ZAFFARONI

TRATADO DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

I

EDIAR

TRATADO DE DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

I.S.B.N. - 950-074-005-2 (Obra Completa)

I.S.B.N. - 950-574-049-2 (Tomo I)

IMPRESO EN LA ARGENTINA

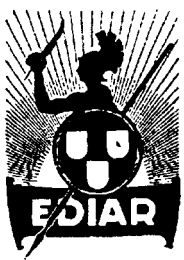
Queda hecho el depósito que exige la ley 11.723.
Copyright by Ediar Sociedad Anónima Editora,
Comercial, Industrial y Financiera,
Tucumán 927, Buenos Aires.
1998.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

TRATADO DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

I



SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA

A la memoria del Señor Profesor Dr. D. Francisco Blasco Fernández de Moreda.

PREFACIO

Habiendo permanecido idéntica la intención que confesamos al poner fin a nuestra "Teoría del delito" hemos seguido adelante hasta abarcar la exposición de toda la parte general de nuestra disciplina. Continuamos la labor, siempre con el pensamiento puesto en el problema, por cierto que cada día más complejo, de la paradoja del derecho penal frente a la libertad del hombre, precisado como está, de limitar su realización, como único camino para posibilitarla. Por lo demás, toda vez que nuestro "Manual" fue elaborado sobre la base de los borradores del trabajo que ahora damos a la publicidad, la estructura de éste se corresponde con la de aquél, siendo también válidas las advertencias que formuláramos en el mismo con motivo de algunos puntos de vista que habíamos cambiado y que ahora exponemos más extensamente.

La bibliografía que indicamos en esta obra la hemos consultado, principalmente, en la biblioteca del Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht, *de Freiburg i. Br., a cuyo Director, Prof. Hans Heinrich Jescheck, y a su personal, debemos reiterar nuestro reconocimiento, y también en la biblioteca del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, que conserva el acervo legado por el Dr. Mauricio P. Daract. El resto corresponde a distintas bibliotecas públicas y de amigos, y a la modesta propiedad del autor.*

Toda vez que en este trabajo queda refundida nuestra anterior "Teoría", debemos reiterar aquí el agradecimiento que al publicar aquélla expresamos a un grupo de personas [1]. *No obstante, de enton-*

[1] Dedicamos ese trabajo al desaparecido Maestro Dr. D. Alfonso Quiroz Cuarón y hacíamos público en él nuestro agradecimiento a los Dres. Ricardo Levene (h.), Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Celestino Porte Petit Candaudap, Francisco

ces a ahora hemos recibido distintos aportes y estímulos, cuya mención es aquí un imperativo de conciencia. Sin perjuicio de recalcar que las omisiones son inevitables, consignamos en especial nuestro más profundo agradecimiento: al Prof. Dr. Don Ricardo Levene (h.), que nos posibilitó el contacto con los alumnos de la Licenciatura en Ciencias Penales de la Univ. Nacional de Buenos Aires en los años 1974 y 1975, como también con los del Doctorado y la carrera en la Universidad del Salvador; a quienes en estos años fueron nuestros Decanos en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata, Profs. Dres. D. Luis María Althabe (†), D. Gastón Pérez Izquierdo, Da. María Teresa Estévez Brasa, D. Adolfo Pérez Portillo; a los Sres. Profs. Dres. D. Manuel de Rivacoba y Rivacoba (Universidad de Chile), D. Antonio Beristain Ipiña (San Sebastián), D. Nelson Pizzotti Mendes (San Pablo), D. Horacio S. Maldonado (Universidad del Salvador), D. Bernardo Beiderman (Universidad del Museo Social Argentino), D. Moisés Moreno Hernández (Univ. Nac. Aut. de México), D. Orlando Gómez López (Univ. del Cauca) y D. Nelson Pessoa (Univ. Nac. del Nordeste), por el aliento que nos han dado, mucho más importante de lo que ellos pueden imaginar; a las instituciones que se han interesado por nuestros trabajos, ofreciéndonos sus tribunas, como las Facultades de Derecho de la Universidad Católica Argentina en Rosario, de la Universidad Nacional del Nordeste, de la Universidad Nacional del Litoral, de San Carlos (S. Pablo), de Mogi das Cruzes (S. Pablo), los Colegios de Abogados de Bahía Blanca, de Corrientes, de Azul, de Mercedes, la Asociación de Abogados de Buenos Aires, el Colegio de Magistrados y Funcionarios Judiciales de Jujuy, las Sociedades Argentina de Criminología, Argentina de Medicina Legal, de Criminología de Rosario, de Criminología del Chaco, los Institutos Metropolitanos de Criminología de San Pablo, de Investigaciones Jurídicas y Sociales de San Luis, el Centro Internacional de Investigaciones para las Ciencias Penales de Buenos Aires; a la Sociedad Brasileña de Criminología y Ciencia Penitenciaria, que nos confirió su Orden de Mérito; a nuestros más directos colaboradores y amigos, Dres. D. Arnol-

---

Blasco y Fernández de Moreda (†), Santiago Sentís Melendo (†), Oscar C. Blarduni (†), Heinz Mattes (†), Enzo Musco, Diego Luzón Peña, Zong Uk Tjong, Olga I. M. de González Mariscal, Elpidio Ramírez Hernández, Sergio García Ramírez, Aureliano Hernández Palacios, Manuel J. Viale (†), Víctor M. Barroso, Roberto Negre (†), Américo Estrada, Dick Marty, Adam Eckert, Martha Moreno Luce, Ernst-Jürgen Riegger.

do Alberto Giménez, D. Jorge Sandro, Da. Lydia T. Luengo de Cullinan, D. Benjamin Sal, D. Miguel A. Arnedo, D. Alfonso Rojas, D. Carlos Crugnale, Da. Celia Miragaya; al Sr. Lic. D. Arturo Durán Bueno, al Sr. D. Jorge Heredia y a la Srta. Marta Yungano, que nos proporcionaron una inestimable ayuda en la preparación de los originales.

Al Pbtero. Dr. D. Gustavo Eloy Ponferrada debemos agradecer la paciente lectura y las importantes observaciones al tomo segundo de este trabajo.

Réstanos consignar el apoyo fundamental que en todo momento hemos recibido de la Editorial Ediar y, en particular, de la atención del Sr. D. Adolfo Alvarez y su personal. Por último, es correcto señalar —aunque, por descontado que sería poco adecuado detallarlo— que también nos han estimulado los escollos del camino.

E. R. Z.

Buenos Aires, enero de 1980

PLAN DE EXPOSICIÓN

1. Plan de exposición. La parte general del derecho penal es obra de los dos últimos siglos. A lo largo de su evolución fue aumentando la ineludible necesidad de una sistematización cada vez más clara. El incremento permanente de esta urgencia obedece al paralelo crecimiento del número de opiniones y elementos que es menester considerar, sin que sea lícita la omisión arbitraria y cómoda. La urgencia sistemática es de tal entidad que hace que, frecuentemente, se pase por alto el fundamento mismo del derecho penal, en vistas a hacer de su parte general una técnica de sistematización teórica. Esa actitud se asemeja a la del arquitecto que se ocupe de precisar los más sutiles detalles de las cúspides y de los capiteles, sin calcular suficientemente la resistencia de los materiales que los sostendrán.

Procediendo sin ánimo enciclopédico, pero con la intención de presentar un panorama general de la problemática, consideramos que un trabajo como el presente debe cumplir la doble función de informar acerca del pensamiento ajeno en respetable medida, como también de exponer el propio.

Creemos que la parte general del derecho penal debe responder a tres preguntas fundamentales: ¿Qué es el derecho penal? ¿Qué es el delito? ¿Cuáles son sus consecuencias penales? La respuesta a estos tres interrogantes básicos configura una tripartición primaria de la parte general, que da lugar a las teorías *de la ciencia jurídico-penal, del delito y de la coerción penal.* A ellas corresponde cada una de las tres partes en que dividimos la obra.

Al comenzar el desarrollo de cada una de ellas, insistimos en el criterio sistemático, precisándolo respecto del aspecto que allí nos ocupa. Aquí nos referimos sólo a la primera, es decir, a la *teoría de la ciencia jurídico-penal.*

Toda ciencia es un saber y todo saber requiere un objeto. El objeto del saber de una ciencia es un "qué" que refiere una parte de los entes, una región de entes. La delimitación de los entes por los que se pregunta una ciencia es su "horizonte de proyección o de trascendencia", que es lo que tratamos en estos dos primeros capítulos. En el siguiente tratamos de precisar esta delimitación, comparando nuestra "región de entes" con las de otras ciencias que pueden confundirse parcialmente con la nuestra.

Pues bien, cuando tenemos un "qué" acerca del que queremos saber, ese mismo "qué" nos condiciona la respuesta al "cómo", es decir, el *método* o camino para llegar a saber, para crear el "sistema

de comprensión" de los entes que quedan dentro del "horizonte de proyección". Del "cómo", es decir, del método, nos ocupamos en el capítulo IV. Como el objeto de nuestra ciencia es fundamentalmente la ley penal, ésta requiere cierto cuidado en su manejo, cuando de hacer el sistema de comprensión de la misma se trata. Es algo similar a la preparación de las muestras o materiales para ser analizados químicamente, en forma de no inutilizarlos para la averiguación que se pretende. De allí que nos ocupemos de los principios generales a que debe ajustarse cualquier tentativa de comprensión de la ley penal.

No obstante, las respuestas al "qué" y al "cómo" no son fijas e inconmovibles. Veremos este fenómeno más detenidamente, pero digamos ahora que el hombre, el científico, procede a delimitar un campo para elaborar luego un sistema que le permita comprenderlo, pero resulta inevitable que este sistema, a la larga, le ponga en crisis su delimitación primera, por lo que necesitará elaborar otra, que dará lugar a otro sistema de comprensión, y el proceso se continuará así a lo largo de la historia. Nuestra ciencia no escapa a esta ley, por lo que nos vemos obligados a mostrar sus sucesivos horizontes de proyección y sistemas de comprensión, en rápida panorámica general (capítulo V), sin poder pasar por alto cómo se dio ese proceso en nuestro país (capítulo VI).

Por último, nuestro objeto de conocimiento tiene una característica, que nos obliga a una consideración indagatoria final para completar su identificación: la ley penal expresa normas que quieren regir conductas humanas en un cierto tiempo y en un determinado espacio físico en que se halla un grupo humano. No obstante, hay ciertas personas que, por razones especiales, quedan fuera de esa pretensión regulativa, o bien ésta se somete a recaudos especiales. De allí que, para completar la identificación del objeto de nuestra ciencia, sea necesario delimitar el ámbito de vigencia del mismo, lo que hacemos en el capítulo VII, excluyendo de éste lo que se refiere al ámbito espacial regulado por el derecho internacional privado.

Por cierto que lo dicho no significa que la delimitación del objeto de nuestra ciencia sea antojadiza y arbitraria. En realidad, ninguna delimitación científica es —al menos en forma absoluta— sino que toda delimitación tiene un por qué que tiene su "historia". Del "por qué" de la delimitación nos ocuparemos en el título segundo de esta primera parte, porque sin él, la teoría de la ciencia jurídico-penal quedaría como un recorte arbitrario de entes, lo que nunca puede ser el objeto de una ciencia.

ABREVIATURAS MAS USADAS

ANTOLISEI: Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale,* 6ª ed. actualizada por *Luigi Conti,* Milano, 1969.

ARGIBAY MOLINA Y COL.: Argibay Molina, José F. - Damianovich, L. T. - Moras Mom, J. R. - Vergara, E. R., *Derecho Penal, Parte General,* Bs. As., 1972 (I y II).

BGH: Tribunal Federal de la República Federal Alemana.

BACIGALUPO: Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito,* Bs. As., 1974.

BAUMANN: Baumann, Jürgen, *Strafrecht, Allg. Teil,* Bielefeld, 1975.

BELING, *Grundzüge*: Beling, Ernst von, *Grundzüge des Strafrechts,* 1930.

BELING, *L. v. V.*: del mismo, *Die Lehre vom Verbrechen,* 1906.

BETTIOL: Bettiol, Giuseppe, *Diritto Penale,* Padova, 1969.

BLEI: Blei, Hermann, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil,* 16ª edición totalmente reelaborada del trabajo de Edmund Mezger, München, 1975.

BOCKELMANN: Bockelmann, Paul, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* München, 1973.

BRITO ALVES: Brito Alves, Roque de, *Direito Penal, Parte Geral,* Recife, 1977.

BRUNO: Bruno, Aníbal, *Direito Penal, Parte Geral,* Río de Janeiro, 1967.

CARRARA: Carrara, *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Universita di Pisa,* Firenze, 1924.

CREUS: Creus, Carlos, *Sinopsis de derecho penal, parte general,* Rosario, 1974.

CN: Constitución Nacional.

CP: Código penal.

CÓRDOBA RODA - RODRÍGUEZ MOURULLO: Córdoba Roda, Juan - Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal,* Barcelona, 1972.

COUSIÑO MACIVER: Cousiño MacIver, Luis, *Derecho Penal Chileno,* T. I, Sgo. de Chile, 1975.

CRIMINALIA: "Criminalia", órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

CUELLO CALÓN: Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal,* Barcelona, 1951.

CHIOSSONE: Chiossone, Tulio, *Manual de Derecho Penal Venezolano,* Caracas, 1972.

DAR: *Deutsches Autorecht,* Revista de derecho del automotor, del Automóvil Club Alemán.

DE MARSICO: De Marsico, Alfredo, *Diritto Penale, Parte Generale,* ed. actualizada por Mario Mazzanti, Nápoli, 1969.

DE LA RÚA: De la Rúa, Jorge, *Código Penal Argentino, Parte General,* Bs. As., 1969.

DJ: *Doctrina Jurídica,* Publicación del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica de La Plata, 1970-1974.

DPC: *Derecho Penal Contemporáneo,* Revista de derecho penal del seminario de Derecho Penal de la Fac. de Derecho de la Univ. Nac. Autónoma de México, 1965-1971.

FEUERBACH: Feuerbach, Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts,* Giessen, 1832.

FLORIAN: Florian, Eugenio, *Parte Generale del Diritto Penale,* Milano, 1934.

FONTÁN BALESTRA: Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho penal,* Bs. As., 1966, I, II, III.

FRANK, *StGB*: Frank, Reinhard von, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich,* 1931.

FRÍAS CABALLERO: Frías Caballero, Jorge, *Temas de Derecho penal,* Bs. As., 1970.

GA: *Archiv für Strafrecht und Strafprozess, (Goltdammer's Archiv),* Rep. Fed. Alemana.

GÓMEZ: Gómez, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal,* I, Bs. As., 1939.

GP: *Giustizia Penale.*

GRISPIGNI: Grispigni, Filippo, *Derecho Penal Italiano,* trad. de Isidoro De Benedetti, Bs. As., 1949.

HALL: Hall, Jerome, *The General Principles of Criminal Law,* Indiannapolis-New York, 1960.

HERRERA, JULIO: Herrera, Julio, *La reforma penal,* Bs. As., 1911.

HIPPEL, I.: Hippel, Robert von, *Deutsches Strafrecht,* I, 1926.

HURTADO POZO: Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho Penal, Parte General,* Lima, 1978.

JA: *Revista de Jurisprudencia Argentina.*

JZ: *Juristenzeitung,* Rep. Fed. Alemana.

JESCHECK: Jescheck, Hans Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil,* Berlin, 1978.

JESÚS, DAMÁSIO E. DE: Jesús, Damásio E. de, *Direito Penal, Parte Geral,* S. Paulo, 1978.

JIMÉNEZ DE ASÚA *Tratado*: Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal,* Bs. As.

LL: *La Ley.*

LISZT: Liszt, Franz von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,* Berlin (se indica año).

MAGGIORE: Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal,* trad. de J. J. Ortega Torres, Bogotá, 1954, I.

MANZINI: Manzini Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., 1948.

MAURACH: Maurach, Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, Karlsruhe, 1971.

MAURACH-ZIPFT: Maurach Reinhart, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tomo I, *Ein Lehrbuch*, fundado por Maurach y continuado por Heinz Zipf, Heidelberg-Karlsruhe, 1977.

MAYER, H., 1953: Mayer, Hellmuth, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1953 (también indicado como *Lehrbuch*).

MAYER, H., 1967: *Idem, Strafrecht, Allg. Teil*, 1967 (también indicado como *Grundriss*).

MAYER, M. E., 1915: Mayer, Max Ernst, *Der Allgemeiner Teil des Deutsches Strafrechts*, 1915 (también se indica ed. de 1923).

MENDOZA, J. R.: Mendoza, José Rafael, *Curso de Derecho Penal Venezolano*, Caracas.

MEZGER, *Moderne Wege*: Mezger, Edmund, *Moderne Wege der Strafrechts dogmatik*, Berlin-München, 1950.

MEZGER, *Lehrbuch*: *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 1949.

MORENO (H), RODOLFO: Moreno (h.), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Bs. As., 1923.

NPP: *Nuevo Pensamiento Penal*.

NJW: *Neue Juristische Wochenschrift*, Rep. Al.

NAUCKE: Naucke, Wolfgang, *Strafrecht, Ein Einführung*, Frankfurt, 1975.

NOVOA, MONREAL: Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, I y II, Sgo. de Chile, 1960-1961.

NÚÑEZ, I y II: Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., 1959-1960.

NÚÑEZ, *Manual*: ídem, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Córdoba-Buenos Aires, 1977.

OBARRIO: Obarrio, Manuel, *Curso de Derecho Penal*, Bs. As., 1884.

OTTO, HARRO: Otto, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Strafrechtslehre*, Berlin, 1976.

PAGLIARO: Pagliaro Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 1972.

PANNAIN: Pannain, Remo, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Torino, 1967.

PIZZOTTI MENDES: Pizzotti Mendes, Nelson, *Súmulas de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, 1978.

PORTE PETIT: Porte Petit, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*, México, 1969.

REV. ARG. CS. PS: *Revista Argentina de Ciencias Penales*.

RDP: *Rivista di Diritto Penale*.

RDP y C.: *Revista de Derecho Penal y Criminología*.

RG: *Reichsgericht*, Tribunal del *Reich*.

RIVAROLA: Rivarola, Rodolfo, *Derecho Penal Argentino, Parte General*, Buenos Aires, 1910.

RIVAROLA, *Exposición*: ídem, *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*, Bs. As., 1890.

RJV: *Revista Jurídica Veracruzana.*

RODRÍGUEZ DEVESA: Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, 1976.

RODRÍGUEZ MOURULLO: Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1977.

ROXIN, *Grundlagenprobleme*: Roxin Claus, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin, 1973.

ROXIN, *Problemas básicos*: ídem, *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, 1976 (trad. del anterior, por Diego Luzón Peña).

RUBIANES: Rubianes, Carlos J., *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, Bs. As.

RUDOLPHI, HORN, SAMSON, SCHREIBER: Rudolphi, Hans Joachim-Horn, Echhard- Samson, Erich-Schreiber, Hans Ludwig, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Frankfurt, 1975.

SALGADO MARTINS, JOSÉ: Salgado Martins, José, *Direito Penal, Introduçao e parte geral*, Sao Paulo, 1974.

SANTORO: Santoro, Arturo, *Manuale di Diritto Penale*, Torino, 1958.

SANTANIELLO: Santaniello, Giuseppe, *Manuale di Diritto Penale*, Milano, 1967.

StGB: *Strafgesetzbuch*, Código Penal (1871, Código Penal del Imperio Alemán de 1871).

SP: *Scuola positiva.*

SCHMIDHÄUSER: Schmidhäuser, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, Tübingen, 1970.

SCHÖNKE-SCHRÖDER: Schönke, Adolf-Schöder, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1970.

SCHULTZ, I y II: Schultz, Hans, *Einführung in den Allgemeiner Teil des Strafrechts*, Bern, 1973.

SOLER, I y II: Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1970.

STRATENWERTH: Stratenwerth, Günther, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1971.

TEJEDOR, *Curso*: Tejedor, Carlos, *Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, 1860 (2ª ed. 1871).

WELZEL: Welzel, Hans, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1969.

WELZEL, *Das neue Bild*: ídem, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 1957.

WELZEL, *El nuevo sistema*: ídem, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. del anterior de José Cerezo Mir, Barcelona, 1964.

WESSELS: Wessels, Johannes, *Strafrecht, Allg. Teil*, Karlsruhe, 1970.

ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Rep. Fed. Alemana.

Primera Parte

TEORIA DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

Título I: Delimitación del objeto de la ciencia del derecho penal.

Título II: Fundamentación filosófico-política del horizonte de proyección de la ciencia del derecho penal.

Título I

DELIMITACION DEL OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

Capítulo I: El horizonte de proyección o de trascendencia de la ciencia jurídico-penal.

Capítulo II: Las fuentes del derecho penal.

Capítulo III: El derecho penal y otras disciplinas: límites y relaciones.

Capítulo IV: El método de la ciencia jurídico-penal.

Capítulo V: Los sucesivos horizontes de proyección de la ciencia del derecho penal (la historia de la legislación penal).

Capítulo VI: La codificación penal argentina.

Capítulo VII: La ley penal en relación al tiempo y a personas que realizan determinadas funciones.

CAPÍTULO I

EL HORIZONTE DE PROYECCIÓN O DE TRASCENDENCIA DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL

I. — EL DERECHO PENAL: 2. La legislación penal y la ciencia del derecho penal. 3. La denominación. 4. El horizonte de proyección o de trascendencia de la ciencia del derecho penal. 5. El derecho penal y la filosofía. 6. El carácter público del derecho penal y el límite de ingerencia del Estado. 7. El límite constitucional de ingerencia del Estado en relación con la función constitucional de la pena. - II. — FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL: 8. Planteamiento. 9. ¿Seguridad jurídica o defensa social? 10. ¿Tutela de bienes jurídicos o de valores éticos? - III. — EL COMETIDO ASEGURADOR DEL DERECHO PENAL EN EL MARCO DEL ORDEN JURÍDICO: 11. El derecho penal y su carácter diferenciador. 12. El carácter sancionador del derecho penal y su autonomía. - IV. — LA COERCIÓN PENAL COMO MEDIO DE PROVEER A LA SEGURIDAD JURÍDICA: 13. El concepto previo de coerción penal. 14. La pena en la estructura de la ley penal: su objeto y su medio. 15. La resocialización como medio preventivo especial. 16. El concepto doctrinario de pena. 17. Las llamadas "teorías de la pena". 18. Crítica del concepto contemporáneo de "retribución". - V. — LAS "MEDIDAS": 19. Las medidas en nuestro código penal. 20. Las penas sin delito (o sea, las llamadas "medidas pre-delictuales"). 21. Las medidas administrativas para incapaces psíquicos de delito (las llamadas usualmente "medidas de seguridad para inimputables"). 22. La agravación indeterminada de las penas (las llamadas "medidas de seguridad post-delictuales"). 23. Conclusiones.

I. — EL DERECHO PENAL

2. La legislación penal y la ciencia del derecho penal. Suele hacerse un empleo dual de la expresión "derecho penal", como de cualquiera que designa una rama de la enciclopedia jurídica. Con ella se designa, por un lado, a un conjunto de preceptos normativos y, por otro, al sistema de comprensión de estos preceptos. En otras palabras: con "derecho penal" suele designarse indistintamen-

te a la legislación penal y a la ciencia que la interpreta, sea alternativa o acumulativamente [1].

Si nos fijamos más detenidamente en la cuestión, veremos que esta duplicidad no se limita a nuestra ciencia y ni siquiera a las normativas, pues cuando decimos, por ejemplo, que la física "no admite" tal o cual cosa, en realidad, lo que queremos significar es que eso está rebatido por los hechos que la física interpreta, toda vez que no es característica exclusiva de las ciencias jurídicas el ser "interpretativas", sino que todas las ciencias lo son: su tarea siempre es interpretar los entes que quedan dentro de su horizonte de proyección y hacer esa interpretación en forma sistemática, es decir, como sistema de comprensión.

El uso indiscriminado de la expresión "derecho penal", ora como legislación, ora como ciencia, no es nocivo si tenemos en cuenta la dualidad que suele encerrar.

Si bien no nos agradan las conceptuaciones tan generales, no por ello ignoramos que para una exposición comprensible es menester un previo concepto general, que sólo se perfeccionará al cabo de nuestro recorrido. Puestos, pues, en este trance, entendemos por derecho penal al *conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor.* Conforme a la previa advertencia formulada, *también cabe entender por derecho penal, al sistema de comprensión de ese conjunto de leyes.*

α) Las aclaraciones de este concepto constituyen todo el contenido de nuestra exposición. No obstante, cabe formular aquí algunas consideraciones preliminares. Ante todo, puede pensarse que este concepto es obtusamente positivista, pero veremos en el desarrollo las limitaciones al legislador que el mismo implica. Igualmente, la circunstancia de que el objeto de nuestra ciencia sea la legislación penal, no significa que el intérprete se halle frente a la ley en una celda que le mantiene aislado del resto del mundo y de todos los otros órdenes del ser, en desconexión con el universo restante. Ello sería una pretensión absurda, porque siempre nos hallamos en una conexión total con el mundo (con la totalidad de los entes y de sus significaciones), puesto que no podemos ser "fuera

1 Cfr. MAGGIORE, I, p. 3; MUSOTTO, GIOVANNI, *Corso*, Palermo, 1960, p. 12; SALGADO MARTINS, p. 18.

del mundo", toda vez que la calidad del hombre presupone la necesidad de "ser en el mundo". El cultor de la ciencia jurídico-penal no puede pasar por alto que los entes que son objeto de su ciencia permanecen en el mundo siempre en conexión con otros entes y que él mismo "es en el mundo", conectado a la totalidad de los entes y a su significado. Tampoco puede ignorar que él interroga a esos entes desde un atalaya, pero que bien pueden ser interrogados —y de hecho lo son— desde atalayas diferentes. En otras palabras, y aunque parezca una perogrullada, es menester precisar que el penalista no puede interrogarse sobre la ley penal sin tener en cuenta que la ley penal y él mismo están en el mundo.

β) Decimos que la coerción penal es una coerción jurídica particularmente grave. Esta gravedad no se evidencia en que la pena pueda ser siempre más grave que una sanción de carácter no penal, sino en que las otras sanciones tienen por fin inmediato una reparación del perjuicio sufrido, sea por un particular, sea por la administración pública. En lugar, la pena excede este marco reparador, porque persigue —directa e inmediatamente— impedir la comisión de nuevas violaciones. Por supuesto que hay límites que no puede exceder en la procuración de este objetivo inmediato, pero ello no neutraliza al mismo.

γ) Hablamos de coerción jurídico-penal y no de pena, porque el derecho penal puede ser entendido en sentido estricto y en sentido amplio. El sentido estricto del derecho penal es el que coincide con el de lo *materialmente* penal para prevenir la comisión de nuevos delitos. En lo "materialmente penal", esto es, en el derecho penal *estricto sensu*, éste opera con la pena como única vía de coerción penal. En lo "formalmente" penal, el juez dispone también de las medidas administrativas que le autoriza el inciso 1º del art. 34 del código penal, esto es, la posibilidad de reclusión manicomial o en establecimiento especial. Estas medidas se incluyen en el código penal porque así lo exige la seguridad jurídica, es decir, a efectos de rodear de amplias garantías su aplicación, por las consecuencias que ésta puede tener, tanto para el sujeto como para terceros, pero no son manifestación de coerción penal ni tienen el carácter de "sanciones".

Cabe aclarar que actualmente tiende a considerarse que también las "medidas" integran la coerción penal. Así, Baumann dice que el derecho penal es "la suma de las normas jurídicas que, para un determinado hecho,

ordenan una determinada pena o medida"[2]. Más adelante daremos las razones de nuestra posición.

3. **La denominación.** Si dejamos de lado las ocurrencias individuales para rebautizar a nuestra disciplina[3], veremos que fueron dos las denominaciones más utilizadas: *derecho penal* y *derecho criminal*. Ambas parecerían responder a dos diferentes puntos de interés, eligiéndose "criminal" o "penal", "según que se haya mirado al hecho individual de la transgresión, al que se contrapone la punición, o al hecho social de la punición misma, como consecuencia necesaria del mal cometido en la transgresión"[4].

Contemporáneamente se usa con casi unanimidad la expresión "derecho penal" en castellano, "diritto penale" en italiano, y "Strafrecht" en alemán. "Derecho criminal", "diritto criminale" y "Kriminalrecht" han sido casi abandonadas, al igual que la locución alemana de raíz latina "Peinliches Recht", remplazada por su equivalente germana[5]. En inglés, en cambio, suele usarse preferentemente "Criminal Law", aunque modernamente, en cuanto a códigos, suele llamárselos "Penal Code". En francés, son usadas indistintamente, las voces "Droit Criminel" y "Droit Pénal".

Recientemene se sugiere una preferencia por la denominación "derecho criminal", por parte de algunos teóricos, por considerar que la de "derecho penal" es estrecha, pues pasaría por alto las medidas distintas de la pena[6]. Por nuestra parte, nos plegamos al uso generalizado, pues, aún considerando que las medidas de seguridad, educación y mejoramiento, tengan naturaleza penal, debe seguirse reconociendo que la principal manifestación de la coerción penal es la pena, que para nosotros —como lo expondremos oportunamente— es también la única en sentido estricto. Con esto no pretendemos negar las generosas tesis que propugna Beristain, cuando postula la denominación "derecho criminal" o "derechos de la criminalidad", en procura de una apertura mucho más respetuosa de la persona humana. Simplemente, creemos que, tal como Beristain afirma, no puede olvidarse que es *derecho*, y en tanto que "criminal" carga el acento sobre la transgresión, nos hace olvidar que su consecuencia, llámesela como se la llame, siempre tiene un contenido *penoso*, que si el jurista pierde de vista, le puede llevar a cualquir error. Lo *penal*

[2] BAUMANN, p. 7.

[3] Sobre ellas, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, parág. 1; DEL RÍO, RAIMUNDO J., *Explicaciones de derecho penal*, Sgo. de Chile, 1945, I, pp. 13 y ss.

[4] PESSINA, ENRICO, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882, pp. 5-6; SANTORO, p. 1; COUSIÑO MACIVER, p. 12.

[5] V. BLEI, 4; MAYER, HELLMUTH, 1967, p. 1; BAUMANN, p. 6.

[6] Así, BERISTAIN, ANTONIO, *Medidas penales en derecho contemporáneo* Madrid, 1974, pp. 76 y ss.; SCHULTZ, I, 312.

refuerza el respeto a la persona, porque nos advierte siempre acrca del dolor de la consecuencia —jurídica y social— del delito [6 bis].

Poniendo el acento sobre la transgresión misma, Tulio Chiosone defiende la denominación "derecho transgresional" [7].

4. **El horizonte de trascendencia o de proyección de la ciencia del derecho penal.** Nuestra ciencia no escapa a las reglas que muestran el avance del conocimiento en todas las ciencias. Si frecuentemente caemos en equívocos a este respecto, será porque no sabemos ubicarnos dentro de una adecuada teoría de la ciencia.

El científico tiene a su cargo la difícil tarea de explicar, de interpretar, un ámbito determinado de entes, haciendo posible la comprensión con otros hombres y entre éstos, acerca de los entes de ese ámbito. Nada distinto hace el teórico del derecho penal: "Trascendiendo la lógica y el criterio práctico de códigos y procedimientos, la teoría descriptiva trata de proveer un cuerpo organizado de conocimiento que no sea menos útil al práctico que válido para el universitario" [8].

El científico, pues, no es el sabio (el *sophós*), el que "sabe", el que está en posesión del conocimiento, sino precisamente *el que busca el conocimiento*. En este sentido, el científico es exactamente lo opuesto al sapiente, sabio o *sophós*: se trata del amante del conocimiento, es decir, del "filósofo" (*philosophos*), en el sentido original de la expresión griega [9]. Si usamos la voz "filosofía" en este sentido primario y original, veremos que las ciencias no son más que "filosofías especiales", que se interrogan en procura del conocimiento acerca del ser de un cierto ámbito de los entes, en tanto que incumbe a la filosofía propiamente tal interrogarse sobre el ser en general (de allí que no se conciba a la filosofía sin ontología).

El científico, como amante del saber, lo busca, pero para encontrar el saber acerca de ciertos entes, tiene que delimitar previamente los entes de que se trata. De allí que todo el instrumental metodológico con que una ciencia busca el saber acerca de un ente o de un conjunto de entes, y con el que construye el "sistema de

6 bis V. BERISTAIN, ANTONIO, *Crisis del derecho represivo*, Madrid, 1977, p. 234; sobre la denominación, también: DAMÁSIO, E. DE JESÚS, p. 4; BRITO, ALVES, 110; etc.

7 V. CHIOSSONE, TULIO, *El derecho y la transgresión*, Caracas, 1975.

8 HALL, JEROME, *The General Principles of Criminal Law*, p. 15.

9 Cfr. JASPERS, *La filosofía*, México, p. 11.

comprensión" de ese ámbito de la realidad, que nos dará el "qué" de esos entes, requiere un *a priori*, que es su horizonte trascendental, su horizonte de proyección, esto es, la delimitación, el acotamiento, la demarcación del sector de los entes que quiere interrogar. Necesariamente, el camino para lograr el sistema de comprensión, dependerá del horizonte de proyección, como que no es igual el método jurídico que el de la biología marina. Ello es inevitable, porque "todo preguntar es un buscar" y "todo buscar tiene su previa dirección que le viene de lo buscado" [10]. No podemos saber qué cae dentro del campo del derecho penal, sin tener previamente una delimitación de tal campo. Sin una idea del fenómeno jurídico, el fenómeno jurídico y el no jurídico se confundirán. De allí que la delimitación no pueda ser meramente empírica [11] y que, por otra parte, tampoco la pueda proporcionar ninguna metodología, porque el método es un paso posterior a la delimitación.

Esta primera delimitación de los entes, que debe cumplimentar cualquier ciencia, *es un momento le subjetividad trascendental*, pero ello no significa que la ciencia quede librada a la pura subjetividad, porque, una vez delimitado el objeto, vendrá luego el sistema de comprensión que corresponde al objeto: cuando hacemos de la ley penal nuestro objeto de conocimiento, nos vendrá desde ella un camino señalado para obtener su comprensión, que será distinto del que debe seguir el biólogo marino o el astrónomo. *Este es un momento de trascendencia objetiva.* De allí que la subjetividad trascendental y la objetividad trascendental no sean términos antagónicos, sino momentos diferentes [12].

Pero esta fijación previa y el posterior sistema de comprensión no son algo fijado de una vez para siempre. El sistema de comprensión llega a quebrar el marco del horizonte de proyección. Nos muestra que los animales no pueden ser autores de delito, por ejemplo. Esta trascendencia objetiva provoca una crisis de la ciencia, que altera su horizonte de proyección y da otro, al que corresponde otro sistema de comprensión.

"El conocimiento va avanzado de un horizonte trascendental que permite un sistema de comprensión a otro horizonte trascendental que surge de esa comprensión. Esta continuidad no se rompe nunca, aunque nos fracase com-

10 HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, p. 5.

11 Cfr. CATHREIN, V., *La filosofía del derecho, El derecho natural y el positivo*, Madrid, 1950, pp. 32 3.

12 Cfr. SZILASI, WILHELM, *¿Qué es la ciencia?*, México, 1970, p. 23.

pletamente un sistema de comprensión en la captación de los entes" [13]. En esta sucesión de horizontes de trascendencia y sistemas de comprensión "jamás podremos, como no sea negando nuestra existencia, orientada de un modo filosófico-científico, comenzar de nuevo, originariamente, ya que no podemos prescindir, sin más, de los modos de comprensión ya logrados, ni proceder despreocupadamente, es decir, sin los prejuicios de lo que ya somos, a trazar proyectos de comprensión que sacaríamos radicalmente por nuestras propias fuerzas de la nada" [14].

En la nuestra —como en todas las ciencias— se sucedieron los horizontes de proyección y los sistemas de comprensión, desde concebir al derecho como regulador del hacer de cosas y animales, hasta reducirlo a una específica regulación de conducta humana por medio de una conminación. Hay otras formas de regular conductas que no son conminatorias y que nadie incluye en el horizonte de trascendencia del derecho: un muro que interrumpe una calle impide el paso (físicamente), lo que es una forma de regular conductas (impidiéndolas físicamente), pero nadie pretende hoy hacerlo entrar en el horizonte de trascendencia de la ciencia jurídica. La conminación a un hombre por lo que él es, tampoco entra dentro de este horizonte, pues no regula conducta (la sanción por el color de la piel, por ejemplo). En el horizonte de trascendencia actual del derecho entran sólo las regulaciones de conducta que operan por una conminación, o sea que se dirigen a quienes pueden (físicamente) realizar las conductas arrostrando las consecuencias (sanciones), es decir, a sujetos que tienen la posibilidad de autodeterminarse conforme o contra la norma.

Puede objetarse que nuestra ciencia padece de crisis demasiado frecuentes, lo que vendría a poner en duda su carácter científico. Esta objeción no es válida, porque precisamente es la capacidad de soportar crisis lo que revela su nivel científico. Cuando una ciencia no sufre estas crisis, es porque ha muerto.

"El nivel de una ciencia se determina por su *capacidad* para experimentar una crisis de sus conceptos fundamentales. En tales crisis inmanentes de las ciencias vacila la relación misma de la investigación positiva con las cosas a que se pregunta. Por todos lados, hoy, en las diferentes disciplinas, se han despertado tendencias a apoyar la investigación sobre fundamentos nuevos" [15].

Las orientaciones idealistas no ayudan a la ciencia jurídica ni a ninguna otra, porque su teoría del conocimiento carece de campo

[13] Idem, p. 34.
[14] Idem, p. 36.
[15] HEIDEGGER, p. 9.

propio, lo que se resume en la famosa afirmación de que "el método crea al objeto". Tampoco puede hacerlo el realismo ingenuo, que desconoce la trascendencia subjetiva en la delimitación del campo u objeto científico. Igualmente inútil resulta la esquematización lógico-formal, que "no hace sino legitimar, *a posteriori*, el trabajo realizado, limitándose a señalar, analíticamente, en el camino recorrido, las formas ya en sí externas del pensamiento; es decir, que lo hace evidente" [16]. En efecto: "los conceptos fundamentales de una ciencia, y la consiguiente fundamentación de esa ciencia, no pueden ser dados por la lógica, porque ésta se limita a estudiar el método del estado accidental de una ciencia" [17]. En derecho penal, los planteamientos lógico-formales son útiles en la dogmática —esto es, metodológicamente— pero no nos sirven para acotar nuestro campo científico, no pudiendo decirnos qué es y qué no es derecho penal. Sólo una adecuada comprensión de la trascendencia subjetiva en el horizonte de proyección y de la trascendencia objetiva del sistema de comprensión, puede darnos la clave del problema, que se hace particularmente evidente con el hecho cierto de que "ninguna noción fundamental de la ciencia se ha mantenido idéntica a sí misma a lo largo de la historia" [18].

La trascendencia subjetiva que se encuentra en el horizonte de proyección de toda ciencia, refleja un cierto "estado de ánimo", pero esto no puede ser entendido en el sentido de que se entrega la ciencia al puro campo del sentimiento. Es posible afirmar que este "estado de ánimo" que orienta las baterías de lo cognoscitivo puede hacer que se "vea mal" el objeto apuntado. Pero esta afirmación sólo podrá hacerse desde el ángulo de un "ver bien" que presupone el conocimiento absoluto del mundo [19]. Si el "encontrarse" puede llevarnos a una ilusión, el conocimiento absoluto del mundo es una ilusión, fuera de cualquier duda. El conocimiento no se alcanza criticando posibles ilusiones desde el balcón de una ilusión segura, sino que vamos avanzando hacia él desde las diferentes perspectivas de los entes, que nos permite e impone la inestabilidad permanente del "encontrarnos".

5. **El derecho penal y la filosofía.** α) La mayoría de los autores del siglo pasado consideraban a la filosofía como "fuente" del derecho penal [20]. Precisaremos más adelante la cuestión de las fuen-

16 SZILASI, p. 17.

17 HEIDEGGER, p. 10.

18 PIAGET, JEAN y otros, *Tendencias de la investigación en las ciencias sociales*, Madrid, 1973, p. 95.

19 HEIDEGGER, 137-8.

20 Así, por ejemplo, FEUERBACH, ANSELM RITTER VON, *Lehrbuch*, 1832, parág. 2; entre nosotros, OBARRIO, MANUEL, *Curso*, 1884, p. 6.

tes y rechazaremos también la posibilidad de extraer todo un sistema del derecho penal directamente de la razón, pasando por alto la legislación positiva concreta, pero, de momento, digamos que si por "fuente" entendemos "algo" de lo que surge "algo", no podemos decir que el derecho penal surge de la filosofía.

Pese a lo dicho, la ciencia del derecho penal, como cualquier otra, presupone un horizonte de trascendencia que se nutre de una ontología fundamental. La pregunta sobre cualquier ente tiene un doble sentido: sobre el *ser* del ente y sobre el *qué* del ente, de eso que es. De lo segundo se ocupa la ciencia; de lo primero la filosofía. De allí que ambas tengan un origen común en la ontología griega. Debido a que todo científico —y el penalista lo es— estudia entes al preguntarse por el *qué* del ente que estudia, tácita o expresamente, presupone un cierto conocimiento del ser. Por eso, "los científicos se mueven dentro del marco de la filosofía, aún cuando jamás hayan oído hablar expresamente de ésta" [21].

La ontología fundamental debe aclarar sus preguntas a partir de la pregunta acerca del ser que interroga por el ser, es decir, del hombre. De allí que la ontología presuponga un esclarecimiento antropológico. Por otra parte, las ciencias no pueden menos que tener "en cuanto modos de conducirse el hombre, la forma de ser de este ente" [22].

Por ello, la ciencia, en general, no está escindida de lo humano ni puede estarlo, básicamente porque es actividad humana, porque es el hombre quien fija su objeto. La ciencia, desconectada del hombre, es una peligrosa ficción ingenua.

β) Una forma defectuosa de encarar la investigación penal es la consideración del derecho penal como una técnica de sistematización lógica, aislada de cualquier dato filosófico. Esta actitud, que es propia de buen número de penalistas, encabezados por Vincenzo Manzini [23], es la peligrosa expresión de una pretensión imposible. Quien pretende trabajar científicamente pasando por alto la comprensión del ser en que se encuentra cualquier científico, está renunciando a hacer conscientes y claros los datos de que parte. Un derecho penal sin fundamentación filosófica puede tener cualquiera, con lo cual queda reducido a una pura técnica interpretativa, cuyas consecuencias son imprevisibles.

21 SZILASI, pp. 14 16.
22 HEIDEGGER, p. 11.
23 V. *infra*, § 155.

Refiriéndose a estas pretensiones, particularmente desarrolladas en Italia, dice Bettiol: "Cuando los teóricos del método 'técnico-jurídico' se preocuparon por desterrar cualquier interferencia filosófica del pensamiento penal, terminaron aceptando, inevitablemente, un particular tipo de filosofía. Sentose así, por lo menos en Italia y a lo largo de treinta años, que la ciencia del derecho penal y la filosofía puede permanecer entre sí en posición antagónica. Y este equívoco peligroso ni siquiera hoy puede decirse que esté totalmente disipado. Surge, además, un ulterior peligro. El rechazo, por parte del penalista, de partir de una consciente posición filosófica de fondo, suele resolverse en una pasiva aceptuación de un sincretismo ideológico, de una vaga idea 'colectivista' que sacrifica al individuo a las exigencias del Todo" [24]. Sólo apelando a una filosofía del derecho penal se pueden "apreciar críticamente los principios fundamentales de la realidad jurídico-penal" [24 bis].

6. El carácter público del derecho penal y el límite de ingerencia del Estado. Dada la función de tutela de bienes jurídicos que el derecho penal tiene, debiendo garantizarlos contra las afectaciones susceptibles de conmover el sentimiento de seguridad jurídica de los habitantes de la Nación, el derecho penal no puede menos que tener carácter público.

Los autores alemanes del siglo pasado le reconocieron en general su carácter de derecho público. Así, Feuerbach sostenía que "el derecho criminal (ciencia del derecho penal; derecho penal) es la ciencia del derecho del Estado que está fundada en leyes contra los súbditos en cuanto infractores de las mismas. De allí que sea una parte del derecho público y se distinga del derecho civil, en tanto que éste incumbe a las personas privadas, y el derecho político, como una parte con él coordinada del derecho público, en tanto éste fundamenta derechos desarrollados en la Constitución del Estado" [25].

Tittmann también afirmaba que "el lugar de los derechos a la seguridad contra lesiones jurídicas mediante penas públicas, señala la relación del Estado con los individuos que realizan acciones que contravienen las leyes penales y señala su lugar entre las ciencias del derecho público" [26].

Hacía excepción a esta opinión el criterio de Kleinschrod, que sostenía su pertenencia al derecho privado, argumentando del siguiente modo: "¿Es el derecho penal una parte del derecho del Estado o del derecho privado? Creo que pertenece al derecho privado, puesto que el objeto del mismo son las acciones privadas de personas privadas". Luego se preguntaba "¿El derecho penal del príncipe es una parte del derecho del Estado? Esto lo sostengo, pero, también el derecho de legislar en materia civil pertenece al

24 BETTIOL, GIUSEPPE, *Aspectos e problemas da atual ciência penalística italiana*, en "M.P.", Paraná, Curitiba, año 6, nº 7, 1977.

24 bis Cfr. PIZZOTTI MENDES, NELSON, p. 3.

25 FEUERBACH, *Lehrbuch*, parág. 1, Giessen, 1823, p. 1.

26 TITTMANN, KARL AUGUST, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutsche Strafgesetzkunde*, Halle, 1806, p. 7; en el mismo sentido BAUER, ANTON, *Lehrbuch des Strafrechts*, Göttingen, 1833, parág. 1, p. 1.

derecho del Estado, pese a lo cual, la facultad de dictar leyes penales (*potestas legislatoria*), el derecho de ejecutar estas leyes contra los criminales (*potestas executoria*) pertenece claramente al derecho del Estado. Pero los crímenes mismos, como acciones privadas, pertenecen al derecho privado"[27].

El carácter público del derecho penal —incuestionable para la doctrina contemporánea— ha hecho pensar a algunos autores, que hay un doble sentido del derecho penal, concibiendo, junto al derecho penal objetivo, un derecho penal "subjetivo", un *jus puniendi*, cuyo titular sería el Estado[28]. Por nuestra parte creemos que tal derecho penal "subjetivo" no existe o, al menos, la expresión resulta equívoca. Afirmamos decididamente que no es concebible un derecho penal "subjetivo" entendido como un "derecho a incriminar" ejercido por el "sujeto" Estado. No nos cabe duda de que el derecho penal es la forma de control social más grave institucionalizada por el Estado, pero de allí no puede seguirse que el Estado "goce" de un derecho subjetivo a incriminar conductas de los habitantes de la Nación y penarlas[29].

El estado no tiene "derecho" a incriminar ni a penar, sino que tiene el *deber* de hacerlo, porque es un deber que surge de su función misma, es decir, de la propia razón de su existencia. El Estado existe porque es necesario para posibilitar la coexistencia y, por ende, para esta función le resulta imprescindible incriminar y penar, porque de otro modo no puede tutelar adecuadamente ciertos bienes jurídicos contra ciertos ataques.

No podemos desorientarnos en esta materia con la observación del fenómeno de que el Estado no siempre tutela los mismos bienes y de la misma manera, sino que lo hace diversamente y en forma que siempre es políticamente discutible, pues responde a ideologías distintas. Pero este fenómeno innegable no traduce la existencia de un derecho "subjetivo" del Estado, sino que sólo atestigua la existencia de criterios diferentes acerca de la forma en que el Estado debe cumplir con el deber garantizador que le incumbe como medio para la cumplimentación de su objetivo fundamental.

[27] GALLUS ALONS KLEINSCHROD, *Systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, 3ª y última parte, Erlangen, 1796, pp. 217-8.

[28] Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, 9 y ss.; SOLER, I, 29; DEL ROSAL, I, 35; etc.

[29] Sobre el dudoso sentido actual del "derecho de penar", LECLERCQ, JACQUES, *Reflexions sur le droit de punir*, en "Estudios Penales", Hom. al R. P. Julián Pereda, pp. 469-487 (487).

El llamado "derecho penal subjetivo" ha sido negado por varios autores. Carnelutti sostenía que ese derecho subjetivo no era admisible porque la consecuencia del ilícito penal no consiste en quedar obligado, sino en ser sometido, argumento al que se aproxima Vassalli, que se funda en que no hay un deber de sufrir la pena, sino que la pena es estado de sujeción del reo. "La inexistencia de un deber jurídico del reo de sufrir la pena excluye la existencia de una relación jurídica en sentido técnico entre el Estado y el reo, que tenga por objeto la aplicación y la ejecución de la sanción penal. Por ende, en lugar de derecho subjetivo de punir, debe hablarse de potestad punitiva estatal. Y la relación que media entre el Estado y el reo (como tal) aparece en todo momento como una manifestación especial de la general relación de soberanía" [30]. Concluye Vassalli que no hay un derecho penal subjetivo del Estado, sino que se trata sólo de un atributo de la soberanía [31].

Camargo Hernández —siguiendo a Grispigni— afirma, en contra de la argumentación de Carnelutti, que el reconocer sólo el carácter de obligación a las voluntarias supone negar tal carácter a las legales y que cuando se dice que el reo queda sometido, no se tiene en cuenta que desde el punto de vista jurídico, el poder de sujeción presupone un correlativo deber de sufrir la misma sanción, puesto que de otro modo, no sería un poder, sino que constituiría un ilícito jurídico" [32]. Creemos que, al menos en nuestro derecho positivo, el argumento no es válido, porque el mero quebrantamiento de la pena no configura ilícito alguno. El mismo Rocco reconocía que "el Derecho de punir" es un deber [33].

No parece haber sido distinto del criterio aquí sostenido, el fundamento que tuvo el Tribunal Constitucional Federal de Alemania al declarar la inconstitucionalidad del parágrafo 218 del STGB, conforme a la 5ª ley de reforma penal, que establecía que el aborto con consentimiento de la embarazada y practicado por médico no era punible si no habían transcurrido doce semanas desde la gestación. Dejando de lado el fondo del problema, que es por demás complejo, lo cierto es que el argumento central del Tribunal Constitucional, consistió en que la ley penal no cumplía suficientemente con el deber de protección de la vida humana. "El deber de protección del Estado que también le impone al Estado el establecimiento de la protección y promoción previa a esta vida" [34].

Por otra parte, la idea de un derecho penal "subjetivo" se vincula en definitiva a la "publicización" de todos los bienes jurídicos, porque esta última sería su consecuencia lógica: si el Estado "gozase" de un *jus puniendi*, todos los delitos afectarían ese único bien jurídico, que no sería otro que el propio *jus puniendi*, cuyo titular es el Estado. No se penaría al homicida porque mató a

30 VASSALLI, GIULIANO, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, p. 99.

31 Op. cit., p. 16; igual MANZINI, nº 45.

32 CAMARGO HERNÁNDEZ, CÉSAR, *Introducción al estudio del derecho penal*, Barcelona, 1964, p. 55.

33 ROCCO, ARTURO, *Opere Giuridiche*, III, Roma, 1933, p. 150.

34 NJW, 1975, pp. 573 y ss.

otro y con ello le quitó la vida a un hombre, sino porque al matar a otro habría lesionado el supuesto derecho del Estado a regular la vida social.

Es válido afirmar que detrás de la afectación de bienes jurídicos, hay una general afectación a un interés público del Estado, lo que hace que el derecho penal tenga carácter público —circunstancia que es pasada por alto en el viejo argumento singular de Kleinschrod—, pero afirmar que ese interés es un derecho subjetivo del Estado es algo que tiene consecuencias inadmisibles. Dogmáticamente no tiene mayor importancia la afirmación de la existencia de este general interés del Estado, que lo hace "objeto formal" del delito [35], es decir, muy escasa relevancia práctica, al menos en el marco de un estado de derecho democrático.

Dentro del contexto del Estado de derecho, lo que viene a cobrar singular importancia, es otro problema, que si no se observa con la debida atención, puede confundirse con lo que acabamos de rechazar. Negamos que haya un *jus puniendi*, y afirmamos que las diferencias acerca del alcance y de la forma de la tutela estatal garantizadora de la coexistencia, son diferencias ideológicas acerca de la forma más adecuada de cumplir con un deber. Pues bien: el problema que ahora nos incumbe es otro. Se trata de saber, dentro de qué límites el Estado debe cumplir este cometido asegurador, por sobre cualquier diferencia ideológica que en su seno tenga lugar. En otras palabras: cuál es el límite que la coerción penal no puede ultrapasar.

No se trata de un único interrogante, sino de un interrogante doble: el límite a la coerción penal debe establecerse determinando en primer lugar sobre qué acciones o conductas puede recaer esa coerción y, en segundo lugar, cuál puede ser la cuantía de la misma, es decir, de qué bienes jurídicos y en qué medida se puede privar al coercionado. De la respuesta a la segunda parte nos ocuparemos más adelante, incumbiéndonos aquí la clarificación de la primera, es decir, del *límite de ingerencia del Estado* en cuanto a la clase de conductas que pueden ser penadas.

La respuesta a la pregunta por el límite de ingerencia del Estado no puede derivarse de ningún *jus puniendi* que no existe, porque se trata sólo de determinar cuál es el límite entre el cumplimiento de un deber jurídico y el campo de la antijuridicidad, toda

[35] Cfr. ANTOLISEI, 133; PAGLIARO, 219.

vez que la ley que pretenda llevar la coerción más allá de ese límite, será inconstitucional (antijurídica), y porque el Estado mal puede ser "sujeto" de un derecho, cuando él mismo es uno de los objetos de protección del derecho penal.

La delimitación encierra una seria cuestión de filosofía jurídica y general, en la que insistiremos frecuentemente en el curso de nuestro desarrollo, pero, por de pronto, trataremos de indagar aquí las fronteras que tiene la coerción penal en nuestro sistema jurídico positivo.

Es a nuestro juicio indudable que el más importante instrumento para la delimitación de la coerción estatal se halla en el art. 19 constitucional, en la parte en que dice: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados".

Sin perjuicio de la importancia fundamental que tiene la regla para todo nuestro orden jurídico, pese a su relativa vaguedad [36], en el campo específicamente penal implica —entre otras cosas— la consagración del principio según el cual *no puede haber delito en nuestro orden jurídico sin que importe la afectación de un bien jurídico.*

Dice Sampay con toda razón, que "en su original artículo 19, la Constitución Nacional enuncia la filosofía que siempre ha sido la fuente del derecho positivo argentino, ya que esta disposición, casi con su actual texto, surge poco menos que a la par de nuestro ser nacional y ha perdurado a través de todas las reformas constitucionales experimentadas por el país" [37]. En el proyecto de Constitución para las provincias Unidas del Río de la Plata, formulado por la Comisión Especial nombrada el 4 de diciembre de 1812, el número 3º del capítulo III decía: "Ningún habitante de la República puede ser perseguido y molestado en su persona y bienes por opiniones religiosas, con tal que no altere el orden público y respete las leyes y costumbres piadosas del Estado" [38].

Monteagudo y el presbítero Antonio Saénz fueron los primeros inspiradores del precepto constitucional que nos ocupa, que en la parte en que consagra

[36] Cfr. LÓPEZ, LUCIO V., *Curso de Derecho Constitucional*, Bs. As., 1891, p. 117. Sobre la importancia de esta disposición constitucional es fundamental el estudio de ARTURO ENRIQUE SAMPAY, *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional*, Bs. As., 1975. Otros autores pasan por alto el fundamental sentido general del mismo (así, MÁRQUEZ MIRANDA, ANÍBAL, *Principios penales en la Constitución Argentina*, Bs. As., 1967, pp. 140 y ss.).

[37] SAMPAY, ARTURO ENRIQUE, op. cit., p. 9.

[38] FRÍAS, ULADISLAO, *Trabajos legislativos de las primeras Asambleas Argentinas, desde la Junta de 1811 hasta la disolución del Congreso de 1827*, Bs. As., 1882, I, p. 458.

el principio de legalidad, proviene de la Constitución Venezolana de 1811, lo que había sido tomado del art. 5º de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: "La ley no tiene derecho a prohibir más acciones que las nocivas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena". El actual artículo 19 fue consagrado en el Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden público ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exceptas de la autoridad de los magistrados". El mismo texto quedó en el Reglamento Provisorio de 1817 y en el art. 112 de la Constitución de 1819, como también en el art. 162 de la Constitución de 1826 [39].

No cabe casi duda que ha sido el presbítero Antonio Saénz el inspirador y redactor de esta disposición, es decir, quien ha sido nuestro primer catedrático de Derecho Natural y de Gentes [40].

Se trata de una disposición que establece la separación del ámbito moral del jurídico. Su exacto alcance creemos que lo proporcionó Estrada, quien planteó con toda claridad la disyuntiva entre el Estado que impone una moral y el que reconoce un ámbito de libertad moral, calificando la primera actitud como "pagana y socialista" y la segunda como "cristiana y liberal" [41]. Esta calificación de Estrada es correcta si tenemos en cuenta lo que con ella quería decir exactamente este autor. Por "pagano y socialista" entendía al totalitarismo, que si bien lo había definido Calicles en Grecia, no es menos cierto que recién se entiende claramente el término después de la formulación de Mussolini acerca del Estado totalitario: "Tutto nello Stato, niente contro lo Stato, nulla al di fuori dello Stato" [42]. Por "cristiana y liberal" entendía toda posición respetuosa de la autonomía ética del ser humano, es decir, de la dignidad humana. Como veremos luego, más detenidamente, cuando el Estado quiere imponer una moral, ésta no merece ya ese nombre, puesto que el mérito moral emerge de la elección, y no lo hay cuando la elección se niega. El Estado que pretende imponer una moral es un Estado inmoral.

Estrada explicaba que "ofender el orden público y la moral pública quiere decir injuriar el derecho de conservación y desen-

39 SAMPAY, op. cit., pp. 10 y ss.; DE VEDIA, AGUSTÍN, *Constitución Argentina*, Bs. As., 1907, p. 100

40 Sobre la importancia del pensamiento de ANTONIO SÁENZ, SAMPAY, op. cit., pág. 13, nota 8 y bibliog. allí indicada.

41 ESTRADA, JOSÉ MANUEL, *Curso de derecho constitucional federal y administrativo*, Bs. As., 1895, p. 181.

42 Sobre ello, SAMPAY, op. cit., p. 29, nota 25.

volvimiento de la sociedad; perjudicar a tercero, quiere decir, injuriar al derecho de otra persona". "Todos los demás actos, cualquiera que sea su naturaleza moral, están fuera de la acción represiva de la ley". Concluía que "según la doctrina argentina, el papel de la potestad social se reduce a proteger derechos" [43].

Es curioso que una disposición de importancia tan fundamental haya pasado casi por alto para otros autores. Así, Florentino González llegaba a decir que nuestra Constitución coarta la libertad de cultos, porque es una cuestión que queda librada a la interpretación legal, sin recordar para nada el artículo 19 [44], en tanto que de Vedia la interpretaba sólo como consagratoria de la libertad de cultos [45], y otros ni siquiera se detienen en ella.

La importancia de esta disposición, sin embargo, no pasó por alto para nuestros primeros penalistas, a quienes muchos que hoy proclaman las más irresponsables sandeces respecto de las facultades represivas del Estado, sería muy conveniente que volviesen a leer, si es que alguna vez lo han hecho. Adán Quiroga escribía, por ejemplo, que "ninguna verdad es más evidente para la ciencia penal: la sociedad no tiene la misión de hacer reinar la moralidad en las acciones privadas; el ser ficticio que denominamos poder público, ha sido instituído para conservar y guardar el orden y la armonía de los derechos, los que no pueden alterarse cuando las acciones son puramente individuales, cuando no se ejercitan en la esfera de la vida de relación", y recordaba a continuación el texto del art. 19 [46].

La reserva del ámbito de lo jurídico a las acciones públicas, consideradas tales las que lesionen el orden público, la moral pública o cualquier bien de tercero, deja el ámbito de lo exclusivamente moral fuera del alcance del derecho.

Cabe observar que por el art. 19, el Estado, no puede tener ingerencia alguna en el ámbito moral privado, porque sólo da al derecho incumbencia en lo que respecta a la moral pública. La referencia a la moral pública se introdujo en la Constituyente de 1853 por indicación del General Pedro Ferré, quien había propuesto que se pusiera "a la moral y al orden público". No obstante, en la sanción, se corrigió la redacción y se puso claramente "al orden y a la moral pública", lo que enmienda la tremenda falla filosófica de la fórmula propuesta, que hubiese anulado todo el sentido del precepto.

43 ESTRADA, op. cit., p. 180; en similar sentido, SAMPAY, op. cit., p. 28.

44 GONZÁLEZ, FLORENTINO, *Lecciones de derecho constitucional*, París, 1871, pp. 32-33.

45 DE VEDIA, loc. cit.

46 QUIROGA, ADÁN, *Delito y pena*, Córdoba, 1886, pp. 36-37.

Comentado este fundamental episodio de la gestación del precepto, dice Sampay que con ello "se corrigió una impropiedad filosófica, porque es imposible someter al juzgamiento de los magistrados la infracción de todas las leyes morales, pues éstas rigen, según ya advertimos, los actos humanos tanto internos como externos, mientras que sólo es posible poner bajo la jurisdicción de los magistrados la violación de la moral referida a las acciones públicas de los hombres, es decir, a aquellas que pueden desordenar la pacífica convivencia de la población. La redacción final del art. 19 tuvo que haber expresado fielmente la idea del general Ferré, no sólo porque en la sesión del 1º de mayo aceptó la redacción propuesta, sino también porque Ferré poseía ideas constitucionales sólidas, abrevadas en la ciencia política clásica" [47].

Sampay interpreta esta disposición enmarcando su origen filosófico dentro del pensamiento tomista, lo que refuerza con la formación de su redactor, esto es, de Antonio Sáenz. No podemos negar esta afirmación, pero nos parece un tanto exclusivista, porque también el precepto se concilia perfectamente con las ideas iluministas y liberales. Si leemos por ejemplo a Hommel, el traductor alemán de Beccaria [48], veremos una clara conexión con este texto: "Los pecados no pertenecen al Rey si son puros pecados" [49]; "no se deben confundir los pecados, los delitos y otras conductas. Tener un agujero en el calcetín no es pecado ni delito, sino vergüenza; casarse con el hermano es en las Escrituras pecado, pero ningún injusto civil. Luego, delito e injusto es sólo aquello mediante lo que perjudico a alguien y sólo éste es el objeto de la ley penal civil" [50]. "No se puede confundir pecado y delito, error y vicio"; "las cosas teológicas deben quedar fuera de la administración de justicia" [51]; "al Príncipe se le ha confiado el bienestar terreno de los súbditos, pero en modo alguno el celestial" [52]. Parece que nuestro artículo 19 procediera de la misma pluma.

Hommel fue un autor conocido y estudiado por Feuerbach, como lo demuestran las numerosas citas del mismo contenidas en la *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinliches rechts.* [53]. A través de esto puede verse también un claro puente ideológico entre los preceptos de nuestra Constitución Nacional y la tradición legislativa penal argentina, lamentablemente ensombrecida con gran descuido en los últimos lustros.

7. **El límite constitucional de ingerencia del Estado en relación con la función constitucional de la pena.** El precepto del ar-

47 SAMPAY, op. cit., p. 20.

48 HOMMEL, KARL FERDINAND, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches, Werk von Verbrechen und Strafen*, Breslau, 1778.

49 KÖSSIG, KARL GOTTLOB, *Philosophische Gedanken über das Criminalrecst aus dem Hommelischen als ein Beitrag zu dem Hommelischen kungen begleitet von*, Breslau, 1784, p. 41.

50 Idem, pp. 39-40.

51 Idem, p. 162.

52 Idem, pp. 121-122.

53 V. CATTANEO, MARIO, op. cit., p. 134.

tículo 19 constitucional, que en nuestra materia significa que no puede haber delito ni pena si no hay una conducta que afecte bienes jurídicos, se compagina perfectamente con el objetivo de seguridad que nuestra Carta asigna a la pena de prisión y que no hay razón para retacearle a las restantes.

La finalidad de la pena no puede ser otra que proveer a la finalidad del derecho penal mismo, de modo que la disposición del art. 19, en cuanto demanda que el delito afecte siempre bienes jurídicos, resulta coherente con la asignación de la función de aseguramiento de bienes jurídicos al derecho penal y con la asignación de la función de seguridad a las penas, lo que hace el art. 18 constitucional respecto de las penas privativas de libertad, al preceptuar que "las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas".

Entre nuestros constitucionalistas, Montes de Oca se ha expresado acerca de este precepto con gran claridad y precisión: "La ciencia jurídica moderna —decía— enseña que el fin de la pena no es la expiación. El Estado no es tutor de las conciencias. Lo único que se consiente a la sociedad contemporánea es que conserve la tranquilidad pública, y para ese sólo fin puede dictar medidas represivas" [54].

Esta disposición fue interpretada en forma errónea por Estrada, quien entendía que la misma se refiere sólo a las cárceles de detención. Estrada pretendía limitar de este modo el alcance de ese texto, fundamentalmente porque partía de la premisa de que la pena es un castigo [55].

No cabe duda que se impone esta interpretación restrictiva para quienes entienden que la pena es un castigo, puesto que de lo contrario deben concluir en que nuestra Constitución prohíbe el régimen penitenciario. Consecuente con este punto de vista, Estrada afirmaba que "las cárceles no pueden ser centros de castigo y mortificación cuando se trata de cárceles de detención; pero si se diera una interpretación excesiva a la cláusula constitucional, se entendería que se prohíbe el sistema penitenciario, según el cual los presidios son verdaderos centros de castigo y mortificación para los presos; y este es uno de los mayores adelantos a que el derecho penal ha llegado en nuestros días. Sería absurdo suponer que la Constitución argentina estorba su planteamiento en la República" [56].

Estrada acudía al expediente de la interpretación restrictiva —limitada a la prisión preventiva— para salvar su concepto de pena como castigo, pero Julio Herrera ni siquiera acude a este recurso, sino que, pese a los antece-

[54] MONTES DE OCA, M. A., *Lecciones de derecho constitucional*, Bs. As., 1896, I, 566.

[55] Parecido criterio sostiene NÚÑEZ, II, 360, nota 55.

[56] ESTRADA, J. M., op. cit., p. 169.

dentes legislativos, entiende que el art. 18, al quitarle a la prisión su carácter de castigo, le quita su carácter de pena, lo que constituye un impedimento para el sistema penitenciario, que lo reduce al absurdo. Herrera afirma que el art. 18 constitucional contrasta singularmente con la moderna concepción de la prisión como pena, "que quita a la prisión su carácter de pena, sin duda porque, en los albores de nuestra emancipación política, nuestros juristas sólo conocían las penalidades en uso en ese tiempo en casi todas las naciones, sin darse cuenta del movimiento de reforma que ya se estaba operando activamente en Europa y América" [57]. Según Herrera, el antecedente que da base a su interpretación histórica es el Estatuto Provisional del 23 de noviembre de 1811 [58] y la disposición constitucional que critica debería ser eliminada en la primera reforma.

En contra de la opinión de Herrera, De Vedia entendía que el precepto se cumple, precisamente, al ponerse en vigencia el régimen penitenciario, pues "la última declaración relativa a las cárceles fue por mucho tiempo una simple promesa" [59]. Cabe observar que el párrafo de Estrada que dio lugar a toda esta polémica no aparece en edición posterior de su obra [60].

Cualquiera sea el antecedente histórico del precepto, lo cierto es que ello no obliga, porque es obvio que la ley se independiza de la voluntad del legislador y el antecedente histórico no queda más que como clarificación.

El art. 18 no distingue entre la cárcel de detenidos y la de penados, debiendo tenerse en cuenta también que el alcance técnico contemporáneo de la voz "detenido" —equivalente a la de sometido a prisión preventiva— estaba en ese tiempo dado por la expresión "retenido", justamente criticada por Bielsa y que es la que usa Estrada. El mismo Herrera usa la voz "detenidos" referida a penados [61]. Por otra parte, es un tanto aventurado pretender que nuestros constituyentes de 1853 no conocían la pena de prisión, pues ello implica afirmar que ignoraban por completo todo el movimiento penal de su tiempo, lo que nos resistimos a creer.

Además, cabe tener presente que Alberdi tampoco distinguía entre cárceles preventivas y de penados, como surge de su artículo 19, fracción 6ª, cláusula 3ª, que decía: "Las cárceles húmedas, oscuras y mortíferas deben ser destruidas" [62].

Cabe consignar que las interpretaciones de Herrera y de Estrada son bastante singulares dentro de nuestra doctrina. En sede penal, Rivarola sostuvo un criterio parecido al de Agustín De Vedia [63], al igual que Peco [64].

57 HERRERA, JULIO, *La reforma penal*, Bs. As., 1911, 181-2.

58 HERRERA, loc. cit., nota 1.

59 DE VEDIA, AGUSTÍN, op. cit., p. 99.

60 ESTRADA, J. M., *Curso de derecho constitucional*, Bs. As., 1901; en "Obras Completas" editadas por ALBERTO ESTRADA, Ts. VI, VII y VIII (T. VI, p. 171).

61 HERRERA, JULIO, op. cit., p. 206.

62 ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Organización política y económica de la Confederación Argentina*, Besançón, 1856, p. 176.

63 RIVAROLA, RODOLFO, *Derecho Penal Argentino*, Madrid, 1910, p. 37.

64 En el sentido de HERRERA se expresa contemporáneamente NEUMAN, ELÍAS, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Bs. As., 1971, 24-26.

El fin de seguridad perseguido por la prisión y la limitación de la ingerencia del Estado a las conductas que afectan bienes jurídicos, son cuestiones necesariamente complementarias, porque un derecho penal que deja librado lo puramente moral a la esfera individual no puede imponer con la pena la expiación, sino sólo el aseguramiento, toda vez que la expiación es un fenómeno moral que tiene lugar únicamente en la intimidad de la conciencia del sujeto.

El art. 29 de la Constitución Nacional de 1949 disponía que "las cárceles serán sanas y limpias y adecuadas para la reeducación social de los detenidos en ellas". En realidad, como ya lo expresamos, el objetivo de seguridad no sólo no es incompatible ni excluyente de la resocialización, sino que ésta es el medio para proveer a la seguridad. Linares Quintana le restaba importancia a esta reforma, pero sin explicar satisfactoriamente la razón [65]. De cualquier forma, creemos que es un tanto exagerado pretender que esta reforma tiene el alcance de un completo plan político criminal [66], porque en un Estado de derecho, la resocialización no puede ser otra cosa que el medio con el que la pena provee a la seguridad jurídica.

No obstante, con esto no queda dicho todo al respecto, porque la exclusión del ámbito moral puro de lo jurídico, con el consiguiente reclamo de penar sólo afectaciones de bienes jurídicos y para seguridad de los mismos, nos señala el límite de lo jurídico en general, pero no nos marca el límite de la posible ingerencia jurídico-penal del Estado. Éste, por cierto que no es firme ni suficientemente claro, como no puede serlo. No obstante, hay una tendencia o política penal, que surgirá más explícitamente cuando concluyamos el análisis de la fundamentación política y filosófica del horizonte de proyección de nuestra ciencia, y que se ha tratado de expresar en la fórmula de la llamada "intervención mínima" [66 bis]. De ésta se desprende la moderna corriente de "descriminalización" [66 ter], que tiende a reducir el número de disposiciones penales a las que sancionan conductas verdaderamente graves contra bienes jurídicos. Así, en ciertos países se han desincriminado varios delitos sexuales, la tenencia de drogas menores y su tráfico, y, en general, múltiples conductas que pueden pasar a ser injustos administrativos o civiles, sin desmedro de la seguridad jurídica, sino, por el contrario, con fortalecimiento de la misma. Dentro de nuestro sistema positivo no hay un límite expreso a este respecto, pero se desprende de todo el sentido de nuestra Carta fundamental, que la misma no está concebida para un estado en el que pro-

[65] LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado*, IV, 319.

[66] Así parece entenderlo LUDER, ITALO A., *La política penitenciaria en la reforma constitucional*, La Plata, 1952.

[66 bis] V. MUÑOZ CONDE, 59; RODRÍGUEZ MOURULLO, 20.

[66 ter] Sobre ello, BERISTAIN, *Crisis del derecho represivo*, Madrid, 1977, p. 58; PRADE, PERICLES, *Descriminalização e despenalização, brevissima abordagem jurídico-penal*, en Hom. a Vicente Rao, S. Paulo, 1976, 357 y ss.; MAURACH-ZIPF, 29 y 37; JESCHECK, 6, 63 y 79; etc.

liferen las normas penales con la generosidad y el desorden que caracteriza al fenómeno en los últimos lustros. El problema, sólo puede ser resuelto a la luz de una adecuada fundamentación antropológica para el derecho penal, de la que luego nos ocuparemos [66 quater].

II. – FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

8. **Planeamiento.** Desde la conceptuación misma del derecho penal es menester penetrar en los grandes debates que le conmueven [67]. En cuanto nos preguntamos qué función cumple este conjunto de dispositivos jurídicos con pena, la disputa doctrinaria surge ineludible. A este respecto hay problemas antiguos y algunos nuevos, pero se siguen planteando ambos y, por cierto, en un orden no siempre claro. Se han pulido algunas aristas de antiguas discusiones, pero a veces a costa de un difícil ensamble que en lugar de facilitar soluciones las impide, en razón de su menor coherencia.

Una disyunción primaria, a partir de la cual se pretende derivar una lista de términos antitéticos y excluyentes, es la aparente antinomia *"seguridad jurídica-defensa de la sociedad"*, expresión la última que también suele reemplazarse por *"defensa social"*. Para los partidarios de la "seguridad jurídica", la pena tendría efecto primariamente sobre los que no han delinquido, como *prevención general*. Para los partidarios de la "defensa social" la pena tendría efecto primariamente sobre el delincuente, esto es, como prevención especial. Con la prevención general se pretende que el que no delinquió no delinca, y con la prevención especial se pretende que el que delinquió no vuelva a hacerlo. La pena entendida como prevención general sería básicamente *retribución* (concepto retributivo de la pena), en tanto que como prevención especial tendría efecto *resocializador* (concepto resocializador de la pena).

Por otra parte, y dentro del campo de los partidarios de la seguridad jurídica, se trata de averiguar *si la pena tutela primordialmente bienes jurídicos o valores ético-sociales*. Se plantean las dos posiciones como opuestas y se pretende que de la respuesta que

66 quater V. *infra*, cap. XIII, d) y e).

67 Varios de estos aspectos polémicos los hemos tratado con anterioridad: *Aspectos penales a incorporar en una futura reforma constitucional*, relato en las Segundas Jornadas Centro-Cuyo de Derecho Penal y Criminología, Merlo (San Luis), 1974; *Los bienes jurídicos tutelados en el código penal chileno*, relato en "Actas" de las "Jornadas Internacionales de derecho penal en conmemoración del centenario del Código Penal Chileno", Valparaíso, 1974.

se dé a esta cuestión depende que el desvalor de delito finque principalmente en el *resultado* o en la *conducta*. Hay quienes llevan más lejos la tesis de la protección de valores ético sociales, pretendiendo que éstos se hallan afectados por la mera violación del deber.

Aunque estos interrogantes se irán viendo más adelante y las respuestas se harán valer en cada uno de los desarrollos que haremos, no podemos eludir aquí el planteamiento conjunto y su solución previa y general. En grandes líneas veremos que, para nosotros, muchas de estas disyuntivas son resultado de una visión parcializada de los problemas, que desemboca en un esquematismo ortodoxo, las más de las veces producto de una defectuosa fundamentación filosófica y de una peor perspectiva política. Una seria fundamentación antropológica de la ciencia jurídico-penal no puede menos que remover esas exageraciones parcializadas. No se trata de afirmar apriorísticamente el "justo medio", sino de procurar la verdad, replanteando las preguntas fundamentales de nuestra ciencia.

9. **¿Seguridad jurídica o defensa social?** α) Los falsos dilemas en que suelen encastillarse las posiciones comienzan frecuentemente con la confrontación de la "seguridad jurídica" y la "defensa social" como funciones excluyentes a asignar al derecho penal. En nuestro concepto, *el derecho penal no puede tener otra función que la de seguridad jurídica*, básicamente porque esa es la función de todo el derecho, de la cual no puede menos que participar el derecho penal[68]. No obstante, con la mera afirmación de que el derecho penal tiene por función el aseguramiento jurídico, decimos poco, en caso de no precisar qué entendemos por "seguridad jurídica", puesto que la misma no puede entenderse como la satisfacción de puros requerimientos formales.

El derecho tiene por función posibilitar la existencia, lo que implica asegurar la co-existencia, porque la existencia humana siempre —e ineludiblemente— es co-existencia. Este aseguramiento se obtiene introduciendo un orden coactivo que impida la guerra civil, esto es, la guerra de todos contra todos[69]. La manera en que el derecho quiere evitarla es asegurando a cada quien un ámbito de existencia. Si —brevemente dicho— entendemos por existencia la re-

[68] BAUMANN, 6; SCHULTZ, I, 23.

[69] Cfr. WELZEL, *Gesetz und Gewissen*, en "Hundert Jahren Rechtsleben" Karlsruhe, 1960, T. I.

lación de cada hombre con su ser, esto es, el elegirse para realizar lo que eligió llegar a ser, la función del derecho será la de asegurar la armonización de las existencias, lo que podrá obtener haciendo relativamente previsibles las conductas ajenas respecto de ciertos bienes jurídicos, en el sentido de que cada uno sepa que su prójimo se abstendrá de realizar conductas que lesionen lo que el derecho considera necesario para que el hombre se realice en co-existencia. La necesidad de que el derecho provea a esta seguridad surge de que el hombre carece de la seguridad de respuesta del animal, que en el hombre es reemplazada por la cultura, de la que el derecho es una manifestación [70].

La función de seguridad jurídica no puede entenderse, pues, en un sentido distinto que en el de aseguramiento de la co-existencia. Esta función se cumple en la medida en que se garantiza a cada quien la disponibilidad —el uso— de lo que fuere necesario para su realización. Estas relaciones de disponibilidad, es decir, estas posibilidades de usar entes, son los *bienes jurídicos*. El derecho penal tutela bienes jurídicos, participando con ello de la general naturaleza y función del derecho. Trata de prevenir para ello las conductas que los afectan, porque los considera necesarios para la existencia, y con ello aspira a asegurar la co-existencia. En síntesis: *"seguridad jurídica" es seguridad de la co-existencia.*

Entendida en estos términos, la seguridad jurídica es un concepto material y no formal, porque no se agota en una garantía abstracta, sino en una garantía concreta de disponibilidad, es decir, una garantía efectiva de la posibilidad de disponer de los entes que son necesarios para realizar la elección existencial. Creemos que esta materialidad de la seguridad jurídica es la que marca la diferencia entre el Estado social de derecho y el Estado "gendarme".

Pero la seguridad jurídica no es un concepto simple, sino complejo, configurando el efectivo aseguramiento de los bienes jurídicos sólo su aspecto *objetivo*, que si bien resulta ser el substrato necesario de la misma, no es en modo alguno suficiente. Para la realización de la elección existencial no basta con poder disponer efectivamente de ciertos entes, sino que también se requiere tener la certeza de esa efectiva disponibilidad. La efectiva disponibilidad es el aspecto objetivo de la seguridad jurídica, pero él se completa con un aspecto *subjetivo*, que es el *sentimiento de seguridad jurídica.*

70 Cfr. SCHULTZ, I, 23; CASSIRER, ERNST, *Antropología filosófica. Introducción a una filosofía de la cultura*, trad. de E. Imaz. México, 1963.

El delito lesionará la seguridad jurídica en los dos sentidos: como afectación de bienes jurídicos, lesionará su aspecto objetivo, y como "alarma social" lesionará su aspecto subjetivo. La lesión al aspecto subjetivo de la seguridad jurídica será, pues, la "alarma social" provocada por el delito.

Esta distinción entre el sentido objetivo de la seguridad y el sentimiento de seguridad jurídica, la hace claramente Carrara, quien distinguía entre daño inmediato y daño mediato. "El daño *inmediato* —decía Carrara— es aquel mal sensible que el delito produce violando el derecho atacado; sea que éste pertenezca a un individuo o a muchos individuos, o a todos los miembros de la agrupación, o hasta a la agrupación social misma, considerada como persona autónoma. Por eso se llama daño directo, porque consiste en la lesión al derecho alcanzado por la *acción* criminal directamente" [71]. "El daño *mediato* es el que el delito ocasiona, además, a todos los otros ciudadanos que no fueron directamente alcanzados por la acción; por eso se llama daño *reflejo;* porque quien lo sufre es alcanzado por reflejo y como de rebote" [72]. "El hombre en sociedad goza de un patrimonio *natural* y, además, goza de un patrimonio que se llama *político*. El patrimonio natural del hombre es el conjunto de todos los bienes que, *como individuo*, le pertenecen: la vida, salud, libertad, bienes, honor, derecho de familia". "Patrimonio político se llama al que corresponde al hombre en cuanto es *miembro* de una sociedad civil, la cual está constituída para el único fin de darle los bienes de la *seguridad* y el *sentimiento de seguridad*" [73]. La distinción entre daño inmediato y mediato ya la había intentado Carmignani, aunque no con tanta claridad, pues confundían el daño mediato en el dolo y la culpa, construcción a la que luego se aproximaría Manzini [74]. De cualquier manera, Carmignani también reconocía que todo delito implica una "disminución de la propia seguridad" [75], lo que se remontaba a Bentham.

La capacidad del aspecto objetivo de la seguridad jurídica para satisfacer al aspecto subjetivo de la misma, dependerá siempre de los requerimientos del último, cuya cuantía es un problema que deberá resolverse siempre a la luz de la cultura. De allí que la respuesta a este interrogante siempre sea histórico-culturamente condicionada.

El sentimiento de seguridad jurídica, en algunas épocas tolera una ingerencia mayor en los bienes jurídicos del infractor al orden, que en otras épocas. La ingerencia en los bienes jurídicos del infractor se hace necesaria para reforzar el sentimiento de la seguridad

71 CARRARA, *Programma*, nº 103.
72 Idem, nº 104.
73 Idem, nos. 105 a 107.
74 CARMIGNANI, *Elementa*, nº 124.
75 CARMIGNANI, nº 122.

jurídica y neutralizar la alarma social del delito, pero no puede exceder el grado de tolerancia, so pena de que esa misma ingerencia cause alarma social, es decir, afecte al propio sentimiento de la seguridad jurídica.

Por lo general, cuando el sentimiento de seguridad jurídica provenga de actitudes enraizadas en posiciones idealistas y de objetivismo valorativo, mayor será la tolerancia a la ingerencia en los bienes jurídicos. En lugar, cuando responda a una actitud conscientemente realista y de subjetivismo valorativo, su tolerancia será menor, reduciéndose a lo razonablemente necesario a la co-existencia. Función paralela del orden jurídico —de profundo contenido ético y moral— es la de educar a los ciudadanos en este último sentido, que es el del máximo respeto a la conciencia ajena.

β) Expresado qué entendemos por seguridad jurídica, y asignada la misma como función del derecho penal, cabe preguntarnos si éstos implican el total rechazo de la "defensa social". Para ello será menester replantear qué puede entenderse por "defensa social", puesto que la expresión se ha tornado harto nebulosa[76]. Básicamente, la escasa claridad del concepto se deriva de que la "sociedad" puede entenderse en dos sentidos diferentes. La "sociedad" puede concebirse: a) como un ente superior del que dependen los hombres; o b) como la relación inter-humana, esto es, como el fenómeno mismo de la co-existencia.

En el primer sentido, la sociedad puede entenderse como un organismo del cual los hombres son células, o bien, en una concepción antropomórfica, en que la sociedad sería un gigantesco ente compuesto de cuerpo y alma. Sea en el organicismo puro o sea en esta concepción antropomórfica, la sociedad es concebida como un ente superior al hombre. Estas concepciones corresponden a un derecho penal transpersonalista y autoritario, que será más autoritario cuanto más quiera acercarse el concepto de "sociedad" así entendida, con el de Estado. La misma no tiene cabida en nuestro sistema jurídico positivo, puesto que nuestra Constitución Nacional no tolera el sometimiento del hombre a un ente superior, sino la limitación del hombre por razones de co-existencia, que, por cierto, no es lo mismo.

En consecuencia, lo que unos parecen querer asegurar con la protección y otros con la defensa, no sería algo muy distinto.

[76] V. *infra*, § 170.

a condición de que entendamos por "social" lo atinente a la co-existencia humana, y por "sociedad" al fenómeno mismo de la coexistencia, único sentido que cabe asignarle a la expresión en nuestro Estado de derecho.

Si la "seguridad jurídica" es el aseguramiento de la co-existencia y la co-existencia es lo "social", vemos que la distancia entre ambos conceptos se acorta hasta superponerse. La "seguridad" tampoco es algo muy distante de la "protección", pues no es más que su resultado. Lo que nos queda aún por indagar es si existe alguna diferencia importante entre seguridad, protección y tutela por un lado, y defensa por el otro, puesto que una amplia corriente doctrinaria prefiere referirse a la "función de defensa social".

La defensa, en el sentido en que se le emplea, no puede ser "defensa de bienes afectados", sino "defensa de los bienes que pueden afectarse en el futuro". Siendo ello así, esa "defensa" no puede ser entendida sino como una prevención tutelar, puesto que no es defensa en el sentido jurídico de la expresión, es decir, en el cual hablamos por ejemplo, de "legítima defensa". En el sentido esctricto de "defensa", no puede haberla contra una conducta futura que ni siquiera se ha planeado. Vemos, pues, que la tan mentada "defensa" no es más que una prevención que opera cuando se ha afectado un bien jurídico tutelado.

Resumiendo: salvo que la "defensa social" sea entendido en sentido organicista o antropomórfico, entre ésta y la seguridad jurídica no existe la antinomia que se pretende. Advertimos, no obstante, que no nos agrada la expresión "defensa social", justamente porque acarrea acentos organicistas y antropomórficos, y especialmente porque no puede ser empleada prescindiendo de la aclaración que hemos formulado, puesto que de lo contrario resulta cierto que "invocando la defensa de la sociedad, se benefician con la protección y la represión los grupos dominantes, representativos de una exígua minoría, cuando no de los intereses exclusivos de caudillos y dictadores" [77].

10. **¿Tutela de bienes jurídicos o de valores éticos?** En torno de la función del derecho penal —y admitida la función de seguridad jurídica en general— se discute si ésta consiste primordialmente en la tutela de bienes jurídicos o de valores éticos, es decir, si tutela bienes jurídicos o pautas de conducta humana. Se pretende que el debate puede tener proporciones inmensas y se sostiene que la res-

[77] PÉREZ, LUIS CARLOS, *Tratado de derecho penal*, Bogotá, 1967, T. I, p. 151; contra la misma, entendida organicísticamente, BRITO ALVES, 137.

puesta tiñe todas las interpretaciones de la ley penal y su concepto mismo, es decir, que afectaría el horizonte de proyección mismo de nuestra ciencia.

Cabe consignar que contemporáneamente, salvo opiniones aisladas, se afirma que el derecho penal cumple una doble función, es decir, la tutela de bienes jurídicos y la de valores éticos. El debate se reduce, pues, a una cuestión de rango.

Jescheck pone en un mismo plano la tutela de bienes jurídicos y la del valor ético-social de la acción [78]; Wessels afirma que el injusto se confirma con el desvalor de la acción y del resultado [79]; Blei reconoce el valor que tiene el bien jurídico para no caer en un derecho penal de intención o de disposición interna (*Gessinnungsstrafrecht*), pero no puede menos que reconocer también "personales situaciones del autor" [80]. Baumann es el autor que contemporáneamente concede prioridad a la tutela de bienes jurídicos [81], en tanto que la mayor parte de la doctrina germana se inclina por el desvalor de la acción o por tesis conciliatorias [82]. H. Mayer le objeta a Baumann que la protección de bienes jurídicos es una función cuestionable, porque cuando se comete un delito, el derecho penal y el juez penal, suelen llegar tarde [83], por lo que no puede explicarse cómo puede el derecho penal cumplir esa función de tutela de bienes. En la doctrina italiana, Maggiore, que se había percatado de esa dificultad, explicaba que los bienes siempre son protegidos en vista de un interés público [84]. Siguiendo este sendero De Marsico se va mucho más allá y termina afirmando que no se trata ya de los mismos bienes de los particulares encarados o vistos desde el ángulo de un interés público, sino de verdaderos derechos e intereses del Estado, con lo que estatiza todos los bienes jurídicos [85]. Pannain se mantiene dentro del marco tutelar de bienes [86]. De estas pocas opiniones doctrinarias, puede deducirse la anarquía que reina en torno al tema, en que tampoco falta la opinión de que el derecho penal tiene por función proveer al "progreso del pueblo" [87].

Al referirnos al anterior debate, hemos adelantado algunos elementos que son útiles para esclarecer este otro planteo. Hemos dicho que el derecho en general procura la conservación de la paz social, es decir, la evitación de la guerra civil (de los ciudadanos). Para

78 JESCHECK, pp. 5-6.
79 WESSELS, p. 2.
80 MEZGER-BLEI, 116-7; MEZGER, *Moderne Wege*, 21-22.
81 BAUMANN, 13-14; en Suiza, SCHULTZ, I, 24.
82 Así WELZEL, 4-5; BOCKELMANN, 53-54; MAYER, H., 1967, 20; Stratenwerth, 28-29
83 MAYER, H., loc. cit.
84 MAGGIORE, I, 36.
85 DE MARSICO, 13-15.
86 PANNAIN, 29.
87 Así ANTOLISEI, 3-4.

evitar la guerra civil, debe garantizar la co-existencia, que equivale a garantizar las existencias, es decir, a procurar garantizar a cada quien la disposición de los elementos que son considerados necesarios para su realización. Esta procuración de la facilitación de la realización del hombre en sociedad, no es nada distinto tampoco, en otro sentido, que la promoción del bienestar general de que habla el Preámbulo de la Constitución Nacional. El derecho penal —en cuanto parte del ordenamiento jurídico— participa de esta función.

La garantía de la existencia —que es garantía de la co-existencia— se efectiviza mediante la tutela de bienes jurídicos, previniendo conductas que los afectan en forma intolerable. Cierto es, como observa H. Mayer, que cuando el derecho penal llega, el bien jurídico ya ha sido afectado, pero, precisamente porque se lo ha afectado es por lo que el derecho penal acude. Si el bien jurídico no tuviese tutela penal o si no estuviese afectado (por lesión o por peligro), la coerción penal no se pondría en funcionamiento. Precisamente, en vista de esa tutela penal es que opera la coerción penal, porque se le ha privado a alguien, o se le ha perturbado, la posibilidad de disponer (usar) de algo que se considera necesario para realizarse, para ser, es que entra en funcionamiento la coerción penal. La coerción penal funciona cuando la afectación es de entidades y forma previstas como amenazadoras de la posibilidad de disposición que los otros tienen de similares entes.

El derecho penal provee, pues, a la seguridad jurídica, aspirando a que no se reproduzcan las acciones lesivas de bienes jurídicos que tipifica. La coerción penal aspira a evitarlas, a prevenirlas. En este sentido no cabe duda de que el derecho penal tiene una clara *aspiración ética,* que participa y corona la general función formadora del ciudadano que compete al derecho. En otras palabras, entendemos que *el derecho penal tiene la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la tutela de bienes jurídicos, previniendo la repetición o realización de conductas que los afectan en forma intolerable, lo que, ineludiblemente, implica una aspiración ético-social.*

Cabe consignar que en este sentido usamos "ético" para denotar lo que hace al comportamiento social, expresión que nada tiene que ver con la moral [88], que la entendemos como cuestión que incumbe a la conciencia individual y que, por ende, es autónoma. En este sentido, la "aspiración ética" del derecho penal, es la aspiración que éste tiene de que no se cometan acciones prohibidas por afectar bienes

88 Cfr. BOCKELMANN, 5.

jurídicos ajenos. *La coerción penal busca materializar esta aspiración ética,* pero la misma no es un fin sí misma, sino que su razón, su "por qué" (y también su "para qué") es la prevención especial de futuras afectaciones intolerables de bienes jurídicos.

Que el derecho penal tenga esta aspiración ética no significa que pretenda regular toda la ética social, ni tampoco que sea él mismo una derivación de la ética. El derecho penal no señala un "mínimo de ética social" [89] porque sí, sino que aspira a un mínimo ético-social porque quiere que con la observancia del mismo se garantice a los hombres el uso de los entes que se consideran necesarios para la realización humana. No se trata, pues, de una pretensión irracional fundada en la costumbre (conforme al original sentido etimológico de la voz *ética*). El derecho no es más que una forma de "control social", pero no aspira a abarcar toda la cultura (entendida como armazón de pautas, más o menos normativo). El derecho penal es una manifestación cultural, pero no es un producto irracional de la costumbre. *No puede entenderse al derecho penal como un medio de reforzar la ética social, el "se" impersonal de la existencia inauténtica.*

El objeto mismo de tutela de bienes es el que le asigna un límite racional a la aspiración ética del derecho penal. ¿De dónde sale la aspiración ética? ¿Qué sentido tiene? No otro que el de evitar las afectaciones intolerables de bienes jurídicos. Por supuesto que no se trata de evitar o prevenir la afectación del bien que ya fue afectado, sino la de otros que no se han afectado. De allí que, normalmente, el titular no pueda disponer de la acción penal.

De esta dicotomía muy a menudo se pretende extraer más consecuencias que las que en realidad veremos que tiene. Así, por ejemplo, Müller-Dietz afirma que "quien reivindica para el derecho penal la tarea única de protección de bienes jurídicos, delimita simultáneamente el ámbito de tarea de la pena. Con ello rechaza las especulaciones de origen metafísico que asignan a la pena la instauración de la justicia en la tierra (Kant) o la reposición de la idea ética que mediante la quiebra del derecho había sido lesionada. Tal metafísica de la pena implica su autodestrucción" [90].

Esto es cierto en tanto se pretenda que la protección de valores es independiente de la de bienes jurídicos concretos, porque en definitiva esa protección siempre estará reclamando un bien jurídico que, a no dudarlo, será el "valor justicia" entendido al modo idealista. No obstante, no resulta

[89] De la función de "mínimo ético" hablaba JELLINEK, *Die Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1908, p. 45.

[90] MÜLLER-DIETZ, HEINZ, *Strafbegriff und Strafrechtspflege*, Berlín, 1968, p. 56.

cierto cuando se reconoce que la tutela de bienes jurídicos implica siempre una tutela de valores y viceversa, pues estando una en función de la otra, ya no es necesario apelar a un valor objetivo y absoluto.

Por otra parte, también Müller-Dietz afirma que "la decisión por la protección de bienes jurídicos implica también el rechazo de toda tentativa de imponer como función del derecho penal la protección contra la 'caída de los calores de disposición interna' (*Gesinnungsstrafrecht*) y en particular de la disposición interna para el derecho" [91]. Esto tampoco es del todo cierto, porque —sin perjuicio de reconocer que estos elementos son indeseables en alto grado— no es menos cierto que desde el ángulo de quienes sostienen que el derecho penal tutela bienes jurídicos y no valores sociales, bien puede afirmarse que el elemento del ánimo revela una disposición proclive a la afectación de bienes, que debe reprimirse.

En síntesis, creemos que le asiste amplia razón a Cousiño MacIver cuando, refiriéndose a este tema dice que "aunque Welzel piensa que la simple defensa de los bienes jurídicos tiene una finalidad meramente negativa-preventiva y que la tarea principal del derecho penal es de naturaleza positiva, ético-social, no creemos que ambas proposiciones sean tan tajantemente excluyentes la una de la otra, pues ello llevaría a la conclusión arbitrariamente apriorística de que el derecho en general, y el derecho penal en particular, no cumplen también —en defensa de los bienes jurídicos— una función ético-social de naturaleza positiva" [92].

El problema que encaramos no significa que cuando se le asigna al derecho penal una función tuitiva de bienes jurídicos (que implica una ineludible aspiración ética), el derecho penal se limita a desvalorar resultados y no se ocupa del desvalor de la conducta, como parece entenderlo un sector de la doctrina [93]. El derecho penal nunca puede desvalorar parcialmente: desvalora un resultado (lesivo o de peligro para el bien jurídico), porque es resultado de una conducta, toda vez que el derecho es un orden regulador de conducta; inversamente, tampoco puede desvalorar conducta sin tomar en cuenta el resultado, porque aunque el resultado es algo distinto de la conducta, no hay conducta sin resultado, sin alguna mutación en el mundo físico (por lo menos en condiciones que interesen al derecho penal) [94].

91 Op. cit:, pp. 59-60.

92 COUSIÑO MACIVER, p. 19; en sentido análogo, HURTADO POZO, 11-12.

93 Así lo entiende MARX, MICHAEL, op. cit.; parece hacerlo en parecido sentido BAUMANN, op. cit.; RODRÍGUEZ MOURULLO, 24.

94 En los "tipos de actividad" tampoco el desvalor recae únicamente sobre la acción, como pretende BOCKELMANN, loc. cit.

El derecho penal ha ido sufriendo un proceso que puede calificarse de "espiritualización", en el sentido de que se ha escindido cada vez más el resultado físico de la afectación del bien jurídico. La presencia del primero siempre es una mutación física, en tanto que la existencia de la afectación del bien jurídico se determina necesariamente a través de la comprobación de un desvalor jurídico. Ese desvalor jurídico nunca puede recaer sobre una mutación física, sino sobre una mutación que es resultado de una conducta que, a su vez, presenta tanto aspectos subjetivos como objetivos, como no puede ser de otra manera. Es completamente arbitrario pretender escindir el desvalor de la conducta del desvalor del resultado, al igual que la pretensión de separar el desvalor de la objetividad de la conducta del de su subjetividad.

El desvalor recae siempre sobre un complejo, que es la conducta, que invariablemente produce una mutación física. No puede prescindirse de ninguno de los aspectos de esta totalidad compleja al traducir el alcance del desvalor jurídico. Tampoco puede pretenderse eliminar el desvalor del resultado, pues como bien dice Stratenwerth, los inconvenientes que esa eliminación traería "contrarían elementales principios de la imputación penal" [95].

En otros autores parece producirse una confusión entre resultado(mutación física) y afectación del bien jurídico. Así, Würtenberger, que no sostiene para nada la teoría del desvalor de la conducta, afirma que eventualmente el desvalor recae sobre la acción y no sobre la afectación al bien jurídico [96], y Krauss afirma que el desvalor recae sólo sobre la acción en los tipos de peligro abstracto, pese a afirmar también que el desvalor del acto y el desvalor del resultado participan de todo injusto, sólo que en distinta medida, según los requerimientos típicos agregando que ningún tipo prohíbe una mera causación y que las concepciones objetiva y personal del injusto (a las que agrega la "social"), no se excluyen, sino que se complementan [97].

La imposibilidad de escindir el desvalor de lo objetivo del de lo subjetivo de la conducta obedece a la estructura misma de la conducta humana, y a que el derecho dirige requerimientos, tratando de motivar o estimular acciones de hombres, es decir, de

[95] STRATENWERTH, G., *Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht*, en "Fest. f. Schaffstein", Göttingen, 1975, pp. 177 y ss.

[96] WÜRTENBERGER, THOMAS, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1959, p. 50.

[97] KRAUSS, DETLEF, *Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht*, en ZStW, 76 (1964), pp. 19 a 68. Sobre el mismo problema: RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, en "Fest. f. Maurach", Karlsruhe, 1972, pp. 51 y ss.; en el mismo, SEILER, ROBERT, *Die Bedeutung des Handlungsunwertes im Verkehrsstrafrecht*, pp. 75 y ss.

seres capaces de receptar sus estímulos. "La ley nunca se ha esforzado, ni se esforzará jamás, en obtener una reacción a su estímulo de parte de aquellos que no pueden reaccionar" [98]. El antiguo derecho penal, que ajusticiaba cosas y animales, tampoco escapaba a esta regla, pues actuaba de esta manera en razón de pensamientos animistas, o bien, por representación del hombre, es decir, por asignarle a esos entes caracteres humanos o la representación de lo humano [99].

Cabe destacar que la circunstancia de que el desvalor de la acción recaiga tanto sobre lo objetivo como sobre lo subjetivo de la misma, por una necesidad estructural de la conducta humana y por la naturaleza del derecho y de la regulación jurídica, nada tiene que ver con la introducción de lo que se llama "derecho penal de intención" (*Gesinnungsstrafrecht*). Así como cualquier conducta penalmente relevante debe causar una mutación en el mundo externo, también toda conducta (penalmente relevante o no) tiene una voluntad, que no puede separarse de ella. El relevamiento penal de esta voluntad no reduce el derecho penal a un derecho penal de "intención", porque la "intención" no es la voluntad, sino una particular disposición del ánimo que hace surgir la misma. Cuando arrojo un ladrillo a la vía pública y roza la cabeza de un transeúnte, según mi voluntad puede tratarse de una lesión culposa (art. 94), penada con prisión de mes a dos años o multa, o de una tentativa de homicidio (arts. 79 y 42). ¿Alguien se atrevería a decir seriamente que, por ello, nuestro derecho penal positivo es un *Gesinnungsstrafrecht*?

Del mismo modo, reconocer que el derecho penal tiene una aspiración ética, no significa negar la importancia del bien jurídico tutelado, y mucho menos aún suprimir ese concepto y dejar al derecho penal reducido a un carácter sancionador de una pura violación del deber jurídico, como otrora lo pretendió Gallas, lo que implica sumirlo en el irracionalismo, privándolo de contenido teleológico [100].

III. EL COMETIDO ASEGURADOR DEL DERECHO PENAL EN EL MARCO DEL ORDEN JURÍDICO

11. El derecho penal y su carácter diferenciador. El derecho penal es una rama del derecho, por lo que participa de las características generales de éste.

Sostener que el derecho penal tiene carácter "cultural, normativo y valorativo [101], es redundante, porque esas características le vienen por ser

98 MUELLER, GERHARD O. W., *El derecho penal. Sus conceptos en la vida real*, trad. de R. Suárez del Campo, Bs. As., 1963, p. 33.

99 V. HENTIG, HANS VON, *La pena. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales*, trad. de J. M. Rodríguez Devesa, Madrid, 1967.

100 V. *infra*. § 314.

101 Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, nº 5; FONTÁN BALESTRA, I, 42-43.

derecho y no por ser "penal". Ya hemos dicho que el derecho es una manifestación cultural, y tanto este aserto como que es "valorativo" y "normativo", parece obvio e inescindiblemente unido a su carácter de manifestación cultural.

Dentro del derecho, hemos visto también que el derecho penal tiene carácter público, lo que hoy no se pone en duda.

Se ha afirmado también que el derecho penal es "finalista", en el sentido de que persigue la obtención de determinados fines, lo que posibilita su interpretación teleológica. Creemos que esta es también una característica general del derecho y hoy resulta obvia la función teleológica que cumple el bien jurídico en la dogmática penal [102].

Hasta aquí, lo único que podemos afirmar es que el derecho penal, por ser derecho, participa de todos los caracteres de éste, y que es una rama del mismo, perteneciente al púbico. No obstante con esto aún no lo hemos caracterizado: ¿Cuál es la característica que distingue al derecho penal de las otras ramas del derecho? La respuesta no puede ser otra que *la coerción penal. La característica diferencial del derecho penal es la coerción penal, pues el derecho penal provee a la seguridad jurídica mediante la coerción penal.*

La seguridad jurídica es buscada por todo el orden jurídico, y cada rama del derecho provee a ella, puesto que la seguridad jurídica es un fenómeno complejo, que presupone condiciones materiales, pero que en definitiva se resuelve en el plano espiritual. *La seguridad jurídica es el conjunto de condiciones externas que crean el sentimiento de seguridad acerca de la disponibilidad de lo que se considera que cada quien ha menester para realizarse en coexistencia. La seguridad jurídica se traduce en la certeza de que podré disponer de lo necesario para vivir, para conservar mi salud, para ejercer mi profesión, para crear una familia, para educar a mis hijos, para disfrutar los valores estéticos, para expresar lo que pienso, etc., sin que nadie me prive o perturbe innecesaria o arbitrariamente.* De allí que todo el derecho provea a la seguridad jurídica y, por supuesto, también el derecho penal.

Esto no significa que la seguridad jurídica sea un cometido formal. Tal era en la concepción del Estado "gendarme", que degradaba al Estado a una función de vigilancia de los límites de una selva [103]. En el Estado social de derecho, la seguridad jurídica es un cometido material. El Es-

102 V. *infra*. § 315.
103 V. *infra*. § 186.

tado social de derecho debe garantizar efectivamente condiciones dignas de trabajo por medio de su derecho laboral, asistencia por medio de su derecho previsional, uso racional de la propiedad por medio de su derecho civil, y, sobre todo, intervenir por medio de su derecho económico para orientar la actividad económica hacia una distribución equitativa del ingreso y aumentar éste. El Estado social de derecho, bien entendido, no se funda en criterios transpersonalistas, sino que para él el hombre sigue siendo el valor supremo, sólo que lo que el Estado "gendarme" le garantizaba de modo formal, pretende éste garantizarlo materialmente y, de esta forma, proveer a una seguridad jurídica de contenido material.

La característica del derecho penal no es, pues, la de proveer a la seguridad jurídica, sino la de hacerlo por medio de la coerción penal. La coerción penal se manifiesta con la pena. No obstante, con esto tampoco hemos llegado aún a la médula del problema: el derecho penal procura la seguridad jurídica por medio de la coerción penal, pero ¿qué caracteriza a la coerción penal? ¿qué la distingue de otras coerciones jurídicas?

No cabe duda de que, considerada globalmente, es la forma más grave de coerción jurídica, pero, en casos concretos, puede no serlo. Así, es más gravosa a veces una reparación de daño civil que una pena, y ello se pone claramente de manifiesto en los delitos culposos. Aunque en general es la coerción jurídica más grave, en concreto puede no serlo, de modo que la gravedad de la coerción no nos sirve para distiguir en cada caso concreto, función práctica ésta que la dogmática debe cumplir.

La clave de la distinción debemos inquirirla a partir de los casos en que a una conducta el derecho le asocia la coerción penal. Siguiendo este camino, vemos que hay conductas que afectan a bienes jurídicos y a las que, sin embargo, no se asocia ninguna pena, porque son usuales en la vida social. Luego, no a toda conducta que afecta bienes jurídicos se le asocia una pena.

¿Es acaso a toda conducta que afecta bienes jurídicos en forma prohibida por el derecho? Tampoco: el incumplimiento de una obligación civil afecta el patrimonio, pero la prisión por deudas pertenece a la arqueología jurídica. Luego, tampoco a cualquier conducta antijurídica se le asocia una pena.

Vemos, pues, que el derecho penal sólo asocia la coerción penal a algunas conductas antijurídicas. ¿Cuál es el criterio selectivo, ¿Porqué el derecho penal presenta este carácter "fragmentario" (como decía Binding)? Cuando observamos el fenómeno más de cerca, nos percatamos de que el derecho penal selecciona aquellas conductas antijurídicas en que no se satisface el requerimiento de la segu-

ridad jurídica garantizando sólo la reparación del perjuicio, sino que demandan una especial acción preventiva. En otras palabras: hay conductas antijurídicas respecto de las que la seguridad jurídica se satisface con la reparación del perjuicio, y hay otras en que la seguridad jurídica demanda la prevención de futuras conductas similares. Esta últimas son las que releva el derecho penal y por ello provee a la seguridad jurídica con la prevención que realiza a través de la coerción penal. De allí también que ésta no pueda limitarse jamás a una exacta equivalencia con la afectación causada.

En síntesis: sostenemos que el derecho penal tiene, como carácter diferenciador, el de cumplir la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la coerción penal, y ésta, por su parte, se distingue de las restantes coerciones jurídicas porque tiene un carácter específicamente preventivo y no reparador.

Somos conscientes de que se nos puede objetar que, al asignarle a la coerción penal una función meramente preventiva, nos estamos olvidando de la función "represiva" del derecho penal. Para nosotros la función "represiva" del derecho penal sólo existe en forma inevitable y nunca debe ser procurada como finalidad de la ley penal. Que la coerción penal es "represiva" es evidente, porque priva de bienes jurídicos, pero que esta "represión" satisfaga por sí misma un sentimiento de justicia [104] nos parece una reminiscencia de viejas teorías expiatorias. Que de hecho, la pena satisfaga mecanismos irracionales de los integrantes del grupo social, no significa en modo alguno que deba buscar esa satisfacción. Por el contrario: el derecho penal, como parte del orden jurídico, no puede renunciar al objetivo educador que siempre ha cumplido en nuestra tradición cultural, desde la polis griega, y basarse en mecanismos irracionales, sino, por el contrario, debe procurar hacer conscientes esos mecanismos y manejar los problemas a nivel racional. La represión penal no es para nosotros una función de la coerción penal, sino una consecuencia necesaria del objetivo preventivo de la misma. La represión que no está justificada por la prevención no es racional y no refuerza el sentimiento jurídico de la población [105], sino que, a lo más, satisface una oscura ansia vindicativa. Uno de los argumentos que recientemente se han esgrimido para defender el carácter retributivo de la pena es que "la sociedad todavía no está mentalizada en cuanto a la conveniencia de que no debe ingresar en prisión quien no tenga necesidad de tratamiento" [105 bis], lo que revela la endeblez de esta pretendida naturaleza. En efecto: si la retribución sólo se impone por factores irracionales, es una inmoralidad la pena misma.

Cabe consignar que el criterio que sustentamos, y que distingue a la

104 GALLAS, WILHELM, *Gründe und Grenzen der Strafbarkeit*, Heidelberg Jahrbücher, 1965, cuaderno IX.

105 Así lo entiende JESCHECK, 2-4.

105 bis SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *La función preventiva del derecho penal*, en "Cuadernos de Política Criminal", Madrid, nº 4, 1978, p. 83.

coerción penal de la restante coerción jurídica por su carácter preventivo, dista mucho de ser pacífico. Veremos en detalle esta cuestión cuando señalemos más precisamente los caracteres de la coerción penal.

12. **El carácter sancionados del derecho penal y su autonomía.** Una amplia discusión se ha trabado entre quienes consideran que el derecho penal tiene carácter sancionador, secundario y accesorio, y quienes opinan que tiene carácter constitutivo, primario y autónomo. El problema no es sencillo, especialmente porque en él se confunden frecuentemente caracteres y conceptos.

En nuestra opinión, no puede hablarse de la autonomía del injusto penal en el sentido de que hay una "antijuridicidad penal", pues la antijuridicidad es resultado del funcionamiento armónico de todo el derecho. En este sentido el derecho penal no es autónomo, como no lo es ninguna rama del derecho.

En otro sentido, puede pensarse que el derecho penal es meramente sancionador, porque si prescindimos de la ley penal, las acciones que en ella se tipifican quedan siendo igualmente antijurídicas. En otras palabras el derecho penal sería sancionador y no constitutivo, porque no crea antijuridicidad. Excepcionalmente, la antijuridicidad se manifiesta recién en el tipo penal, porque pena conductas cuya antijuridicidad recién aparece en la ley penal. No obstante, cabe aclarar que *el tipo penal no crea bienes jurídicos.*

Lo que sucede es que la ley penal, ocasionalmente, establece penas para acciones que son inadecuadas para ser materia de la coerción jurídica no penal. De cualquier manera, estas acciones afectan bienes jurídicos que no surgen con la ley penal, sino que se revelan ya como objeto de interés jurídico a la luz de otros preceptos.

Así, las tentativas que no lesionan bienes jurídicos, resultan prohibidas recién en las leyes penales, pero no puede decirse que la vida, la propiedad o la libertad, comprometidas por una de tales tentativas, sea un bien jurídico que "crea" la ley penal. Igual pasa en el caso de la omisión de auxilio y en el de maltratamiento de animales[106]: ni la vida, ni la solidaridad, ni el sentimiento público de piedad, son bienes jurídicos creados por el derecho penal.

Puede decirse, pues, que el derecho penal es ordinariamente sancionador y excepcionalmente constitutivo, significando con ello

106 Este último es usado como ejemplo en el derecho penal italiano por ANTOLISEI, 33-34; en nuestro derecho positivo, la antigua ley 2786 y la vigente 14.346.

que, generalmente, la antijuridicidad de las acciones delictivas se manifiesta con prescindencia de la ley penal, y, excepcionalmente, su antijuridicidad surge con esta ley, pero siempre es sancionador, en el sentido de que los bienes jurídicos que tutela ya se encuentran erigidos como tales por el derecho en general, o sea que nunca crea bienes jurídicos. Simplemente, lo que eventualmente sucede es que la naturaleza reparadora de la coerción no penal, no la hace idónea para asociarla a algunas conductas, que sólo ameritan la coerción penal, es decir, de carácter preventivo.

Por lo que hace a la autonomía del derecho penal en el orden científico, a nuestro juicio es incuestionable y para nada la compromete la afirmación de su carácter sancionador.

Afirmar que el derecho penal es "accesorio" en cuanto a la tutela jurídica, en el sentido de que opera cuando una conducta se hace acreedora a una coerción jurídica preventiva especial, que complementa la restante coerción jurídica —reparadora— en la tarea de proveer a la seguridad jurídica —que es función de todo el derecho—, no es cuestión que le reste autonomía científica al derecho penal, sino que, por el contrario, se la otorga, precisamente por caracterizarlo de una manera inconfundible.

La circunstancia de que los bienes jurídicos sean tutelados por una coerción jurídica reparadora y por otra preventiva especial, no significa que haya una duplicación de los mismos, puesto que una doble tutela no duplica al objeto tutelado: una caja de seguridad custodiada por dos agentes, sigue siendo sólo una caja de seguridad.

La característica preventivo-especial de la coerción penal, con la que se tutelan en forma accesoria bienes jurídicos que ya son tales por gozar de la tutela que le proporcionan otras coerciones jurídicas que no tienen ese carácter diferenciador, es precisamente lo que funda su autonomía científica y lo que le permite la elaboración de conceptos propios [107].

Por el carácter sancionador del derecho penal se inclinaron gran cantidad de autores. Así, Soler, Núñez y Creus, entre nosotros [108]. Los dos primeros destacan, siguiendo el razonamiento de Grispigni, que no se trata de una prioridad cronológica, sino de una prelación lógica. Del carácter sancionador, Grispigni deducía lo siguiente: "Todas las demás ramas del derecho interno se distinguen entre sí por la naturaleza de sus preceptos, y con más precisión, por la naturaleza de las relaciones tuteladas en el precepto

[107] Cfr. JESCHECK, 40; HURTADO POZO, 15.
[108] SOLER, I, 32-35; NÚÑEZ, I, 39-41; CREUS, 26.

primario de la norma (no pudiendo ofrecer la sanción un criterio distintivo, porque —como ya se dirá— es igual para todos, y consiste en la ejecución coactiva del precepto primario); en cambio, el derecho penal se distingue de las otras ramas del derecho por el contenido del precepto jurídico secundario, es decir, por la naturaleza de la sanción, que es la pena (o sanción criminal)" [109].

Santoro, por su parte, coincide con Grispigni y agrega que "la sanción penal demuestra que el hecho está insuficientemente sancionado por otras ramas del derecho, y por eso mismo interviene la pena" [110].

Ranieri dice que si "de todos los bienes jurídicos que éste protege, no hay ninguno que no reciba protección en otras ramas del ordenamiento jurídico extra-penal, en forma tal que, estando todos los bienes protegidos por el derecho penal también protegidos por otras ramas del derecho, tal protección, siendo lógicamente precedente a la penal, daría a éste una naturaleza puramente secundaria o accesoria" [111]. En lo fundamental, también acepta Ranieri esta posición, aunque niega que el derecho penal tenga naturaleza "secundaria y accesoria", lo que en el fondo es una cuestión de palabras. Es importante la observación de Ranieri en cuanto a que puede haber bienes jurídicos que no aparezcan protegidos por otras normas (sentimiento nacional, sentimiento de piedad a los animales, etc.), lo que podría ser esgrimido como argumento contra su carácter sancionador, a lo que Ranieri responde, con todo acierto, que "el problema en discusión no concierne a una relación temporal entre normas penales y extra-penales, sino una relación lógica que implica la reconstrucción sistemática del ordenamiento jurídico y de sus partes [112].

El gran sistematizador del carácter sancionador del derecho penal fue Binding, con su teoría de las normas, quien sostuvo el carácter "fragmentario" del derecho penal [113], en el sentido de que no se trataba de un sistema de bienes jurídicos tutelados, sino de tutelas fragmentarias que surgen cuando la conducta "es merecedora de pena" (*Strafwürdigkeit*). En este sentido afirmaba Binding que se trata de un "derecho de protección", como una "parte accesoria del derecho" [114].

La afirmación de Binding es una natural consecuencia de que —al correcto decir de Beling— "la antijuridicidad significativa para el derecho penal no es ninguna especial contrariedad al derecho penal, sino, simplemente, la antijuridicidad" [115]. Debido a ello, Max Ernst Mayer también sostenía el carácter sancionador [116], aunque no compartiese, como es notorio, la teoría de las normas de Binding. Hippel, pese a rechazar las concepciones normativas de ambos, también afirmaba que "la esencia del derecho penal no radica en la

109 GRISPIGNI, I, 56.
110 SANTORO, p. 78.
111 RANIERI, SILVIO, *Manuale di diritto penale*, Padova, 1952, p. 27.
112 Idem, p. 28.
113 BINDING, KARL, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bes. Teil*, Leipzig, 1902, pp. 20 y ss.
114 BINDING, KARL, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, p. 9.
115 BELING, ERNST VON, *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1912.
116 MAYER, M. E., Lehrbuch, p. 37.

protección jurídica de bienes no protegidos de otra manera, sino en el particular medio de protección mediante conminación y ejecución de la pena [117].

Otro respetable sector doctrinario considera que el derecho penal es abiertamente constitutivo [118], aunque los argumentos difieren notablemente. Así, Antolisei argumenta que hay prohibiciones que son originales del derecho penal [119]. Para Bettiol la principal diferencia radica en que el precepto civil es ontológicamente diferente del penal, porque mientras el civil tutela un valor privado, el penal tutela un interés público, criterio con el que coinciden De Marsico y Pannain [120]. Para Rocco, en lugar, el principal argumento en favor de la naturaleza constitutiva era la inescindibilidad del precepto y la sanción [121]. Maggiore, aunque le reconoce carácter sancionatorio, merece considerarse como una posición intermedia [122], en tanto que Fontán Balestra parece buscar también una posición intermedia, aunque con sus argumentos defiende el carácter constitutivo. Fontán Balestra afirma que "la ley penal tipifica los hechos más intolerables por su mayor disvalor" [123], lo que no siempre resulta cierto: el merecimiento de pena que traduce la ley penal no se desprende de un mayor disvalor, sino, de que se considere necesaria una coerción preventiva, lo que no siempre corresponde a un mayor disvalor.

Como el más notorio adversario del carácter sancionador se señala a Carrara, aunque creemos que la cita es inexacta, al menos en el sentido que le damos a la expresión "sancionador". En efecto, Carrara decía lo siguiente: "Erraba también en este punto Rousseau, cuando con una de las brillantes clases suyas, decía que el derecho penal no era una ley subsistente por sí misma, sino la sanción de todas las otras. Con esta fórmula se reduce la función del derecho criminal al mero castigo, sin tomar en cuenta la prohibición que, no obstante, es parte integrante de él; se abandona al derecho penal a merced de lo indefinido y se hace imposible construirlo en forma de verdadera ciencia y unificar su principio moderador" [124]. Creemos que lo que dice aquí Carrara poco tiene que ver con lo que nos ocupa, sino que, en términos de moderna dogmática, interpretamos este párrafo como un correcto y adecuado relevamiento de la importancia de la tipicidad en nuestra ciencia, que rectifica una clara exageración de Rousseau.

IV. — LA COERCION PENAL
COMO MEDIO DE PROVEER A LA SEGURIDAD PUBLICA

13. **El concepto previo de coerción penal.** Cuando se analiza la estructura de la ley penal, se puede observar que la violación a la norma que en la ley se expresa, mediante una conducta contraria

117 HIPPEL, ROBERT VON, *Lehrbuch*, 1932, I, p. 3.

118 Por ejemplo, MANZINI, I, 99; RODRÍGUEZ DEVESA, 23-25; DEL ROSAL I, 11-2; BRITO ALVES, 113; RODRÍGUEZ MOURULLO, 35; etc.

119 ANTOLISEI, 33-34; igual, DE MARSICO, 5.

120 BETTIOL, 79-80; DE MARSICO, loc. cit.; PANNAIN, 61.

121 ROCCO, *L'oggetto del reato*, en *Opere*, Roma, 1933, I, 67-8.

122 MAGGIORE, I, 38-9.

123 FONTÁN BALESTRA, I, 50-1.

124 CARRARA, *Programma*, I, Prolegomini.

al orden jurídico por no estar permitida en ningún precepto y reprochable al autor por serle exigible por el derecho una conducta diferente, motivada en la norma, esto es, sintéticamente dicho, el delito, tiene como consecuencia la puesta en funcionamiento de la coerción estatal bajo la forma de *coerción penal*. Este fenómeno únicamente deja de producirse cuando lo impide alguna disposición particular, fundada en razones de política penal (causas penales o procesales que impiden la operatividad de la coerción penal, excluyéndola o cancelándola).

La punibilidad es el resultado de la presencia del delito, pues el delito, por el mero hecho de ser tal, es merecedor de punibilidad. De allí que la punibilidad no sea uno de los caracteres del delito, precisamente porque es su consecuencia. Cuando haya delito y no puede aplicarse pena —por operar una causa de exclusión o de cancelación de la penalidad— lo que falta no es el delito, sino sólo la posibilidad de penarlo, problema que se resuelve exclusivamente en el campo de la coerción penal. La coerción penal busca un efecto preventivo, pero renuncia a él, pese a que haya delito, cuando para procurarlo tendría que afectar otros valores jurídicos que el derecho está claramente interesado en conservar y apuntalar. Este es un problema de coerción penal, que para nada afecta la existencia misma del delito. Por ello, es inexacta la imputación de inconsecuencia entre el sostenimiento del carácter sancionador del derecho penal y la exclusión de la coerción penal como elemento del delito [125].

Por otra parte, cabe consignar también aquí —sin perjuicio de insistir en ello más adelante—, que la ley penal expresa una norma, pero que precisamente lo que la conducta viola no es la ley, sino la norma que permanece antepuesta a ella, como lo señalara claramente Binding, aunque para admitir la consecuencia no sea necesario aceptar toda su teoría normativa.

La circunstancia de que del delito "se siga" la coerción penal no autoriza a considerar al delito como la "causa" de la misma, sino sólo como su supuesto normativo. La coerción penal no es más que un efecto jurídico del delito, que no puede ser interpretado como un resultado en el sentido de la causalidad material, porque tales efectos, "a diferencia de los efectos naturales, al ser producto de una valoración jurídica, constituyen una creación del espíritu humano al reaccionar sobre la realidad social" [126].

La coerción penal es una de las consecuencias jurídicas del delito, pero en modo alguno es la única. El delito es una conducta antijurídica y, como tal, tiene múltiples consecuencias jurídicas que nada tienen que ver con la coerción penal ni con el derecho penal, y que debido a su imponderabilidad no son susceptibles de trata-

125 Esta supuesta inconsecuencia la afirma JIMÉNEZ DE ASÚA, I, nº 8.
126 BETTI, EMILIO, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1959, p. 5.

miento unitario, como no sea en el marco de una teoría general del derecho.

El delito puede dar lugar a responsabilidad civil (reparación del daño), responsabilidad administrativa (pérdida de función o empleo público, expulsión del extranjero), responsabilidad política (juicio político), responsabilidad fiscal (pago de lo defraudado con recargos), medidas políticas (desafuero), profesionales (sanción por un colegio de ética profesional), etc. Consecuencias jurídicas del delito son también las incapacidades que se operan como consecuencia directa de la pena, pero también cabe tener en cuenta que el delito puede tener efectos en el ámbito previsional, sucesorio, jurídico-familiar, contractual civil, mercantil, etc. Por otra parte, la presencia de algunos caracteres del delito son suficientes para producir efectos jurídicos, incluso formalmente penales: la internación manicomial de un sujeto que en estado de incapacidad psíquica de conducta cumplimentó los puros requisitos de una tipicidad objetiva, por ejemplo. Semejante panorama, que no se agota por supuesto en esto, basta para demostrarnos la imposibilidad de desarrollar una completa teoría de las consecuencias jurídicas del delito, que sería por demás heterogénea y, por consiguiente, remisa a cualquier sistematización.

En nuestro concepto la coerción penal se caracteriza por procurar la prevención especial resocializadora. Creemos que este es su modo diferencial de proveer a la seguridad jurídica, que le concede al derecho penal su particular carácter.

La coerción penal no puede tener otra finalidad que la de cumplimentar la función del derecho penal, es decir, proveer a la seguridad jurídica, a la seguridad de la co-existencia, previniendo la comisión de nuevas conductas afectantes de bienes jurídicos con una acción resocializadora sobre el autor.

El instrumento de la coerción penal es la pena. Se pretende que a su lado se hallan las "medidas de seguridad": entendemos que en nuestro código penal las únicas "medidas de seguridad" son las internaciones manicomiales previstas en el inc. 1º del art. 34. La reclusión de reincidentes y habituales no pasa de ser una pena, en tanto que las medidas educativas para menores tienen autonomía frente a nuestra disciplina. Sin perjuicio de volver luego sobre el tema, digamos ya que consideramos que la "medida de seguridad" del inc. 1º del art. 34 no tiene carácter penal, pues llega a ser aplicable a sujetos que ni siquiera han realizado una acción, resultando absurdo pretender la existencia de una consecuencia penal para lo que ni siquiera es conducta humana.

Dicho de otro modo: creemos que la coerción penal puede ser entendida en un *sentido estricto o material,* en el que se reduce a la pena, y en un *sentido amplio o formal* (llamando así, en este

segundo sentido, a todas las consecuencias jurídicas del delito que aparecen reguladas en el texto del código o de las leyes penales), que abarca la internación del art. 34.

14. **La pena en la estructura de la ley penal: su objeto y su medio.** La ley penal en sentido estricto es la que asocia a una conducta una pena. La ley penal en sentido amplio abarca todos los preceptos jurídicos que precisan las condiciones y límites del funcionamiento de esa relación.

La ley penal se compone de un precepto y de una sanción. La sanción que corresponde a la coerción penal es la pena. La pena es la coerción estatal que tiene por objeto proveer a la seguridad jurídica mediante la prevención especial resocializadora de futuras conductas delictivas por parte del autor.

Todo el orden jurídico tiene una aspiración ética, formativa del ciudadano, que trata de hacer de él un hombre capaz de co-existir con sus semejantes. En este sentido, todo el derecho cumple una función de prevención general, que se realiza mediante las sanciones reparadoras: Cuando la reparación no surte efecto preventivo y la repetición de esas conductas se considera intolerable para la convivencia, el derecho acude a la prevención especial, asociando la coerción penal a la comisión de dichas conductas. De allí que la única coerción jurídica que busca primordialmente la prevención de acciones futuras, sea la coerción penal. La restante coerción jurídica procura primordialmente la reparación. En la medida en que se pretende que la coerción penal persigue la reparación como su principal objetivo, perderá su carácter penal, y viceversa, en la medida en que la restante coerción jurídica persiga la prevención especial como objetivo fundamental, irá adquiriendo carácter penal, sin perjuicio de que, en general, todo el orden jurídico tenga una aspiración ética (formadora) de la que nuestra cultura es perfectamente consciente.

No obsta a nuestro planteo que la reparación propia de las restantes ramas jurídicas, sea a veces problemática, sea porque se mide en bienes que no pueden considerarse comparables, o porque la cuantificación sea casi imponderable. De cualquier modo que fuere, la impotencia cuantificadora no le hace perder su carácter de reparación.

La coerción penal, en nuestro derecho penal, tiene por objeto proveer a la seguridad jurídica (por imperativo constitucional), es decir, al aseguramiento de la co-existencia a través de la tutela de bienes jurídicos, lo que realiza con la prevención especial de futuras

acciones afectantes de éstos. Es justamente este carácter diferenciador tan particular lo que hace que la coerción penal sea compatible con otras coerciones jurídicas puestas en funcionamiento por el delito como consecuencia de su antijuridicidad. Precisamente por tener la coerción penal carácter preventivo y la restante carácter reparador, es por lo que no resultan incompatibles.

Por supuesto que la posición que sostenemos, claramente inclinada hacia la tesis de la función preventivo-especial de la pena, dista mucho de ser pacíficamente aceptada por la doctrina, que se inclina de preferencia por la naturaleza retributiva de la pena, a la que asigna una función predominante de prevención general.

No nos cabe duda de que a partir del concepto de pena "puede establecerse deductivamente todo el sistema penal y todo el mundo conceptual del derecho penal", porque "en definitiva, lo que se diga sobre la pena que ha de imponer el Estado es lo que decide todo, principalmente, desde luego, la doctrina de la imputación, que, propiamente hablando, abarca toda la doctrina del derecho penal general" [127]. No es gratuita la circunstancia de que el concepto de pena siempre sea un tanto nebuloso en la jurisprudencia [128] y en la doctrina [129].

Dice con razón Salgado Martins que el problema de la pena constituye el eje de toda la doctrina penal y repercute en todo el sistema, trazando las propias fronteras, más amplias o más estrictas, de la disciplina [130].

Esta afirmación no es en modo alguna gratuita. *Tiraquellus* o *Tiraqueau* (1480-1558), el práctico francés autor de una monografía sobre la pena publicada póstumamente (1597), inicia la tradición de comenzar la exposición de nuestra materia por las penas, es decir, por los efectos de delito, que son los que delimitan la misma. Si bien puede decirse que esto respondía a razones prácticas, *Decianus* o *Deciani* (1509-1582) y *Theodoricus* o *Dietrich* (1580-1640) siguieron una sistemática inversa, más influida por el racionalis-

127 SCHMIDT, EB., en "Derecho injusto y derecho nulo", p. 28; igual, HURTADO POZO, p. 4.

128 KLAUS VOLK, analiza la jurisprudencia alemana sobre el concepto de la pena y la encuentra deficiente y falta de unidad (*Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* en ZStW, 83 [1971], pp. 405 a 434).

129 Las disputas doctrinarias son considerables. A título de ejemplo, nos basta mencionar los siguientes trabajos: SCHMIDHÄUSER, EBERHARD, *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen, 1971; MAURACH, REINHART, *Vom Wesen und Zweck der Strafe*, en "Sohuld und Sühne", 1960, pp. 26 y ss.; BOCKELMANN, PAUL, *Vom Sinn der Strafe*, en "Heidelberg Jahrbücher", 5, 1961, pp. 25-39; NOLL, PETER, *Die ethische Bedeutung der Strafe*, Tübingen, 1962; también en 1970 se reimprimió el trabajo de JOHANNES NAGLER, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, Leipzig. 1918.

130 SALGADO MARTINS, p. 30.

mo, que pretendía ir siempre de las causas a los efectos en las ciencias. La sistemática de Tiraqueau se observa aún en numerosos códigos penales, incluso en el nuestro, en tanto que la de los otros prácticos rige en códigos más modernos y en obras doctrinarias [131]. Si bien no es cierto que hava que agotar el tratamiento de la pena antes de poder averiguar qué es delito, entendemos que hoy debe quedar claro que hay que saber qué es la pena y cuál su concepto general y sus caracteres y función, para recién poder interpretar las leyes penales, que son las que nos darán el concepto de delito, sin perjuicio de tratar en su lugar correspondiente las particularidades de las consecuencias del delito. Esto es una consecuencia inevitable de que la pena es la connotación que nos separa las leyes penales de las no penales y, sin esta separación previa no es posible saber qué leyes habremos de interpretar para averiguar cuál es el delito.

No obstante, las consecuencias de los diferentes conceptos de pena suelen ser esquematizadas y, por ende, simplificadas en demasía, en una forma que a nuestro juicio es errónea. Así, se dice y se repite que cuando se asigna al derecho la función de aseguramiento de la co-existencia (seguridad jurídica), se entiende a la pena como el mal con el que se retribuye el mal causado por el delito, mirándose en éste de preferencia su aspecto objetivo (que atiende a la lesión causada), compaginándose el criterio retributivo con el de culpabilidad entendida como reproche del acto. Por el otro lado, se afirma que cuando se asigna al derecho penal la función de defensa social, se sostiene que la pena es una defensa contra futuros delitos, que mira más a la subjetividad que a la objetividad del delito cometido, que busca la prevención especial mediante la resocialización del autor, lo que se entiende compaginado con el reemplazo de la culpabilidad con la peligrosidad del autor o bien, de la culpabilidad como reproche del acto, por la culpabilidad como reproche a la personalidad del autor. Tales son los términos en que se plantean las disyuntivas, pretendiéndose que unas se derivan de otras y que pueden tabularse en columnas paralelas, partiendo de la función que se asigna al derecho penal en forma ineludible e incompatible.

Este no es un mero planteamiento con valor histórico, sino que hoy, por ejemplo, Maurach plantea la antítesis a partir del derecho penal de culpabilidad, enfrentando al mismo el derecho penal de peligrosidad [132], en tanto que

131 Sobre ello, en detalle, SCHAFFSTEIN, F., *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, trad. de J. M. Rodríguez Devesa, Madrid, 1957, pp. 56-59.

132 MAURACH, 55 y ss.; MAURACH-ZIPF, 65 y ss.

Baumann lo hace partiendo de la antítesis "derecho penal de resultado-derecho penal de hecho" [133].

Ya vimos que —en nuestra opinión— la seguridad jurídica (tutela de bienes jurídicos) y la "tutela de la sociedad" (o "defensa social"), no son términos incompatibles, puesto que ambos, bien entendidos, no pueden significar otra cosa que "aseguramiento de la co-existencia". De allí que rechacemos este encolumnamiento de supuestas incompatibilidades y ensayemos el camino que consideramos correcto, que es el del replanteo total del problema fundamentador.

Si la coerción penal tiene por objeto proveer a la seguridad jurídica previniendo la comisión de acciones futuras, afectantes de bienes jurídicos, cabe antes de nada preguntarse cómo busca lograr este objetivo de prevención, cuál es el medio para prevenir. De cuál sea el medio por el que se procura la prevención dependerá que ésta sea básicamente "prevención general" o "prevención especial".

La *prevención* será *general* cuando el medio con el que se quiere prevenir —la pena— sea entendido como ejemplarización frente al resto de la población, en forma tal que refuerce los valores éticos de los habitantes; en este concepto, la pena tendrá como principales destinatarios a los que no son autores de delitos. El autor del delito no será más que el medio de que se vale el Estado para obtener el control social con la pena.

La *prevención* será *especial* cuando la pena procure ejercer sobre el autor una acción tendiente a que aprenda a convivir sin perturbar o impedir la existencia ajena. En esta concepción, la pena tendrá como principal destinatario al mismo autor del hecho.

Con gran claridad Antón Oneca resume ambos criterios, expresando que "la prevención general es la advertencia a todos para que se abstengan de delinquir; el ejemplo para que, no el delincuente sino los demás, escarmienten en cabeza ajena; la lección ofrecida por el Estado en la cátedra del cadalso o en la pantalla de los muros externos presidiales. La prevención especial es la actuación sobre el culpable para que no vuelva a incurrir en el delito, ya mediante la readaptación al medio social del que se mostró enemigo, ya poniéndole en condiciones de que no vuelva a dañar" [134]. Más adelante sintetiza aún más los conceptos del siguiente modo: "En suma, la prevención general es, en primer término, función pedagógica, reafirmación de la moral

[133] BAUMANN, 22.

[134] ANTÓN ONECA, José, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena. Discurso leído en la apertura del año académico de 1944-1945*, Salamanca, 1944, pp. 6-7.

colectiva y actuación ejemplar conforme a sus principios. Es también intimidación, la cual actúa como instrumento educador sobre las conciencias más rudas, y como medio de que el Estado dispone para el mantenimiento del orden jurídico. Y es, finalmente, satisfacción a la víctima y a los círculos a ella más inmediatos, donde la infracción a la norma tuvo mayor repercusión" [135].

Para los partidarios de la prevención general, el medio es el ejemplo, pero, siguiendo la intensificación de esta vía, los medios llegan a ser la represión intimidatoria y, por último, la venganza. Cuando se elige la senda de la prevención general, el paso de la represión ejemplarizante a la venganza es algo muy sutil y prácticamente de imposible distinción[136]. La prevención general se funda en mecanismos inconscientes, conforme a los cuales el hombre respetuoso del derecho siente que su "super-yo" ha reprimido tendencias que otro no reprimió y, en caso de no haber castigo para el que no las reprimió, siente como inútil el sacrificio de esa represión y su "super-yo" se debilita. El castigo al infractor fortalece al "super-yo" del hombre "respetuoso del derecho". El "super-yo" del ciudadano común y corriente clama venganza por esta vía inconsciente [137]. De allí que el paso de la prevención general a la venganza nunca sea del todo claro y preciso o, mejor dicho, que la prevención general siempre encierre una pretensión vindicativa. Para no caer en ello, los partidarios de la prevención general tienen que hallar un límite, que encuentran en la "retribución", que es el concepto que para ellos define la "pena justa". En este sentido, los que parten de esta concepción deberían concluir —y muchos lo hacen— en que la pena "justa" es el talión, o sea, la retribución del mal con la misma cantidad de mal.

La prevención general, opera, pues, como un reforzamiento de mecanismos inconscientes de la multitud anónima, que son los mismos mecanismos que llevan a la aplicación de la "ley de Lynch" y otros crímenes análogos cometidos por hombres "honestos" y "respetuosos del derecho". Cabe preguntarse seriamente si el derecho penal puede perseguir su fin con tales medios, si puede el derecho penal ser el instrumento que satisfaga las ansias vindicativas de la multitud anónima, si puede el derecho penal alimentar el irracio-

135 Idem, p. 97.

136 Cfr. GOODHART, *English Law and the Moral Law*, London, 1953, pp. 92-3.

137 Sobre este mecanismo, el conocido libro de ALEXANDER, FRANZ-STAUB, HUGO, *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico*, Madrid.

nalismo vindicativo para lograr el control social. La respuesta a estos interrogantes dependerá del derecho penal de que se trate; los derechos penales autoritarios no tienen ningún empacho en hacerlo, pero al derecho penal de un verdadero Estado de derecho nos parece que este camino le está vedado. En un Estado social de derecho, particularmente, el derecho penal no puede valerse de ese impulso inconsciente de venganza, sino que debe tratar de depurar la pena, de hacerla racional, de apartar lo irracional [138], mostrándolo como tal a una población que debe tomar consciencia de ello. El derecho penal que haga esto último revelará una auténtica aspiración ética y liberadora; el otro no será más que un instrumento de dominación.

Que la prevención general y la consiguiente teoría "retributiva" no son más que medios de instrumentar este mecanismo inconsciente, es algo que queda claramente expresado por los mismos autores que comparten estos puntos de vista. Müller-Dietz considera a la retribución como necesaria para la *efectiva protección de los bienes jurídicos* [139], *en tanto que* Hippel definía a la pena como "un mal que se impone al autor por un injusto con el fin de aquietar la conciencia jurídica lesionada (retribución) y de prevenir similares comisiones en el futuro" [140]. Gallas afirma que "como principio de la justicia penal estatal, corresponde sólo una teoría relativa de la retribución, es decir, una consideración que también vea en la pena-retribución un medio para la protección de la sociedad y, con ello, un instrumento", y agrega que la prevención general se cumple llenando con la pena-retribución un general "sentimiento de justicia" de la población, que refuerza su confianza en el derecho y que consiguientemente la aleja de la comisión delictiva [141].

Por otra parte, la retribución se señala como una medida para que la prevención general no desemboque en el terror, pero lo cierto es que el "ojo por ojo, diente por diente" se espiritualizó en el mismo Kant, y la necesidad de devolver igual cantidad de dolor se hace relativa, pues para ello hay que medir la "sensibilidad" de cada quien. Este requerimiento, que fue introducido en otro tiempo hasta en la misma ley [142], apareja una necesaria pérdida de seguridad, que puede llevar la retribución hasta sostener —como lo hacía Mittelstädt— que la sociedad sólo podía dominar a la criminalidad

138 Cfr. RUIZ FUNES, MARIANO, *Actualidad de la venganza*, Bs. As., 1944, p. 41.

139 MÜLLER-DIETZ, HEINZ, *Strafbegriff und Strafrechtspflege*, Berlín, 1968. pp. 111-112.

140 HIPPEL, ROBERT VON, *Lehrbuch des deutsches Strafrechts*. I, Berlín, 1933, p. 403.

141 GALLAS, WILHELM, *Gründe und Grenzen der Strafbarkeit. Gedanken zum Begriff des Verbrechens*, en "Heidelberg Jahrbücher", 1965, IX, pp. 1 a 16 (3-4).

142 El art. 19 del código penal del Imperio del Brasil de 1830 decía: "Influirá también en la agravación o atenuación del crimen la sensibilidad del ofendido".

por el hacha y la guillotina, rechazando con este argumento las penas privativas de libertad [143].

De este modo, la retribución termina perdiendo toda medida y, por ende su carácter de retribución misma. Justa es, finalmente, la observación de Popper-Lynkens, quien afirma que "los grandes espíritus de la Humanidad nunca han pretendido la retribución, y en los momentos más difíciles han perdonado a sus peores enemigos" [144].

El único camino que a nuestro juicio queda expedito para un Estado de derecho, republicano y moderno, no es otro que el de la prevención especial mediante la resocialización del penado, sin por ello desconocer en absoluto que la pena, por más que persiga un fin preventivo especial resocializador, bien puede *de hecho* tener un efecto preventivo general, derivado de que siempre seguirá siendo un mal, porque no puede operar sin privar al penado de bienes jurídicos.

Que la pena se oriente hacia la prevención especial no significa que eventualmente no cumpla de hecho una función de prevención general. La pena sigue siendo "pena" y no vale reemplazar su nombre con ningún eufemismo absurdo porque siempre conlleva la privación de algún bien jurídico del penado. Si esta privación pone en marcha mecanismos conscientes o inconscientes de control social, es una cuestión que deben averiguarla los sociólogos. Ese es un hecho social, quizá menos frecuente de lo que se pretende, pero en ocasiones innegables. Ese puede ser un objetivo tangencial de la pena, pero no creemos que en modo alguno pueda ser inmediato y ni siquiera mediato [145], porque cuando el legislador se plantea ese objetivo, sea en forma mediata o inmediata, lo que hace es valerse de lo irracional para obtener el control social. Una cosa es que reparemos en el fenómeno social dado, y otra bien diferente es que busquemos o usemos ese fenómeno. El error de todos los autoritarismos es, precisamente, buscar con la pena la prevención general, lo que lleva a un aumento desmesurado de la misma, que sume al derecho penal en la irracionalidad, pudiendo llevarlo también a exceder el marco conceptual del derecho para dejarlo reducido a un mero ejercicio de fuerza. En síntesis: la prevención general en un Estado de derecho —y no en un Estado de terror—no puede ser más que el efecto tangencial y eventual de la prevención especial resocializadora, que nunca debe ser buscado ni tomado en cuenta por el legislador racional como un medio para imponer sus valoraciones.

Cabe agregar que si la pena cumpliese una función de prevención general, más gravosa debería ser la pena impuesta a los delitos cuya omisión se encuentra reforzada con menores medios de control social, puesto que en

143 MITTLESTÄDT, OTTO, *Gegen die Freiheitsstrafen. Ein Beitrag zur Kritik d. heutigen Strafensystem*, Leipzig, 1879.

144 POPPER-LYNKENS, JOSEPH, *Philosophie des Strafrechts*, Wien, 1924, p. 104.

145 Como objeto mediato la caracteriza JESCHECK, 2-4.

tales casos la pena debería acrecer su función preventiva. Así, no podría ser tan gravosa la pena del parricidio en relación con la de defraudación fiscal, pues la pena tendría que cumplir un mayor cometido preventivo general en la segunda que en la primera, puesto que en la primera hipótesis, el delito se halla ya prevenido por fuertes pautas éticas, fuertemente arraigadas en los sentimientos individuales.

La prevención general, por otra parte, tiene sólo dos caminos, salvo que el fin retributivo de la pena se tome como un esquizofrénico afán de simetría: la venganza o la educación por el ejemplo. Si excluimos la venganza por irracional, la educación por el ejemplo, no podemos menos que considerarla excluida de nuestro sistema positivo, porque no se compatibiliza con la prescripción de las penas prevista en nuestro código [146].

Debe quedar claro, además, que la pena es entendida por nosotros en un concepto que procura la prevención especial, pero sin afirmar —ni mucho menos— que en los hechos se cumpla tal prevención, pues esta comprobación corresponde a la criminología, cuyas enseñanzas al respecto debe receptar el derecho penal a efectos de adecuarse a la realidad [147].

Muñagorri sostiene que el objetivo preventivo-general de la pena es necesario mantenerlo, para no caer en un exclusivismo preventivo-especial que "puede causar un deterioro en la protección de bienes jurídicos y crear un clima de inseguridad en el ciudadano" [147 bis], pero creemos que con ello confunde argumentos, porque lo verdaderamente necesario no es mantener el fin de prevención general, sino jamás perder de vista que la prevención especial no es más que un medio para proveer seguridad jurídica.

Debe puntualizarse claramente que cuando se asigna a la pena una función preventiva especial, también allí debemos detenernos un momento para no caer en lo irracional, teniendo presente que la resocialización del penado es sólo un medio para obtener la seguridad jurídica. Si perdemos de vista que no se resocializa porque sí, sino para proveer a la seguridad jurídica, también la resocialización desemboca en algo irracional y represivo.

De la referida advertencia, es decir, del carácter de puro medio para la seguridad jurídica que la resocialización tiene, se deriva la consecuencia de que el Estado no puede privar de bienes jurídicos al autor de un delito, tomando en cuenta sólo el límite que le muestra la necesidad de resocialización del mismo.

No se puede eludir el hecho de que para resocializar es necesario privar de bienes jurídicos y, por ende, que la pena siempre

[146] Cf. *infra*, § 586.

[147] Sobre ello, JÄGER, HERBERT, *Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie?*, en "Kriminologisches Journal", 2/1976.

[147 bis] MUÑAGORRI, IGNACIO, *Sanción penal y política criminal*, Madrid, 1977, p. 208.

será un mal, lo que en modo alguno implica que sea retribución [148]. *La resocialización será un bien en caso de lograrse, pero nadie puede pasar por alto que se procura a costa de un mal.*

Queda claro, por ende, que este "bien que se hace a costa de un mal" no es un fin en sí mismo, sino que es un medio para proveer a la seguridad jurídica. La seguridad jurídica no es un puro ámbito material de disponibilidad, sino que es eso entendido como substrato objetivo del sentimiento de seguridad jurídica. La medida de la pena será, pues, la que revelen las necesidades de resocialización, *pero siempre dentro de los límites de privación de bienes jurídicos del penado que sean tolerados por el sentimiento de seguridad jurídica de la comunidad.* La medida de la pena no puede ser la mera peligrosidad —reveladora sólo de la magnitud de la necesidad de resocialización— pues de ser así, la pena, en lugar de contribuir a la seguridad jurídica, la destruiría. La medida de la pena que fuese dada únicamente por la necesidad de resocialización, afectaría al sentimiento de seguridad jurídica de la población. De allí que el límite de la pena deba estar dado por una armónica *integración del límite teleológico* (que señala el grado de afectación de bienes jurídicos del penado necesario para alcanzar la resocialización) *con el límite jurídico*, es decir, con el que impone cierta proporción con la magnitud del delito (o sea, con el grado del injusto y el grado de la culpabilidad).

En síntesis, creemos que la prevención especial mediante la resocialización, como medio para proveer a la seguridad jurídica característico de la coerción penal, requiere que el límite de la pena se determine mediante la integración del límite teleológico con el límite jurídico, entendido como la traducción del grado de tolerancia de afectación de bienes jurídicos del penado que no lesione el sentimiento de seguridad jurídica de la población.

Un ejemplo pedestre nos aclarará el planteo: si mi vecino se embriaga semanalmente y comete pequeños daños consistentes en golpear algunos recipientes de residuos, puedo comprender que se lo prive de libertad un par de días. Teniendo en cuenta que lo hace por gusto, puedo tolerar que se lo prive de libertad una semana, y hasta allí se siente reforzado mi sentimiento de seguridad jurídica. Teniendo en cuenta que lo hace todas las semanas, puedo tolerar que se lo obligue a una entrevista con un médico, y también eso refuerza mi sentimiento de seguridad jurídica. Pero, si un equipo de

148 Cfr. SCHÖNE, WOLFGANG, en "Revista de Ciencias Penales", Sgo. de Chile, enero-abril de 1973, p. 229.

científicos –por serio que fuere– me explica que para "curar" a mi vecino de su hábito de golpear recipientes de residuos, es necesario privarle de libertad durante tres años o someterlo a una intervención cerebral, esto ya no lo comprendería y mi sentimiento de seguridad jurídica saldría muy mal parado del trance, pues la actitud del poder penal sobre mi vecino lo lesionaría en mucha mayor medida que la pequeña lesión producida con el daño a mi recipiente de residuos.

Estimamos que este es el criterio adecuado dogmáticamente para interpretar nuestro artículo 41, que señala como indicadores al grado del injusto, al grado de culpabilidad y admite el correctivo de la peligrosidad [149], en consonancia con el objetivo de seguridad que la Constitución asigna a la coerción penal y con la legislación vigente en materia de ejecución penal.

Señalar a la peligrosidad como único límite para la pena, es olvidar que la resocialización no es un fin en sí mismo, sino un medio para la seguridad jurídica. Las aberrantes consecuencias de una pena resocializadora ilimitada sólo pueden admitirse, como resultado de la absolutización de la resocialización, en un Estado de "iluminados" que están en posesión de verdades absolutas, cuyo fin no es la seguridad jurídica, sino el reconocimiento de esas verdades. En un Estado en que la resocialización no es más que un medio para proveer a la seguridad jurídica, el límite a la resocialización lo impone el propio sentimiento de seguridad jurídica, que se plasma en la ley penal. *Pretender la seguridad jurídica e ignorar el límite que ella impone es una incoherencia en que el medio destruye al fin.*

En cuanto a la tendencia que pretende que la antijuridicidad y la culpabilidad son los indicadores de la peligrosidad [150], cabe observar que pasa por alto que mientras ambas indican desvalores que plasman un indicador jurídico –a los efectos de la pena– para la tolerancia por parte del sentimiento de seguridad jurídica, la peligrosidad no es más que un juicio fáctico de probabilidad, sin contar, además, que mientras las primeras son características del hecho, la última es una característica del autor.

15. La resocialización como medio preventivo especial. En la actualidad –y pese a que el debate sobre la pena está tan vivo como siempre–, casi todos los autores coinciden en afirmar que la pena cumple una función de prevención especial, aunque sólo se

149 Otras interpretaciones dogmáticas, *infra*.

150 Así, de *lege lata*, BAIGÚN, RIVACOBA, GÓMEZ, etc.; de *lege ferenda*; el Anteproyecto de 1974, posteriormente corregido en 1975.

la reconozca bajo el aspecto retributivo de la misma, como hace la mayoría.

No obstante, por "prevención especial" no entiende la doctrina contemporánea cualquier acción que impida al autor la repetición de nuevos delitos, sentido en el cual la máxima medida de prevención especial sería la muerte, sino que se entiende por tal únicamente la que se realiza mediante una acción *resocializadora* del agente.

Si tenemos en cuenta que el derecho penal no puede fundarse sino en la imagen de un hombre capaz de autodeterminación, es decir, de un ente al que se pueden dirigir requerimientos, los meros impedimentos físicos para la comisión de delitos (como son las amputaciones, la castración, la llamada "pena de muerte"), caen fuera del derecho y, por consiguiente, de la prevención especial de que se vale el derecho penal para proveer a la seguridad jurídica. El único medio jurídico para lograr la prevención especial será, pues, la resocialización del autor, que en mayor o menor medida es reconocida por toda la doctrina en los objetivos de la pena.

"Socialización" es el proceso por el cual un sujeto "aprende los valores, normas y orientaciones del grupo al que pertenece", debiendo tenerse en cuenta que "de los tipos fundamentales de procesos de aprendizaje (socialización, culturación y personalización), la socialización pertenece primordialmente a la temprana infancia". Conforme a ello, la "resocialización" no puede ser entendida como una "reincorporación" a secas, del sujeto a la sociedad libre, sino como una "nueva incorporación" [151].

Se trata de una verdadera tarea pedagógica, que en modo alguno puede limitarse estrechamente a las penas privativas de libertad. La multa y otras privaciones de derechos, también tienen un objetivo resocializador, que es el de reforzar la motivación del autor en la norma para la realización de conductas futuras. La misma inhabilitación puede reconocer este carácter, en cuanto busca privar al penado de nuevas ocasiones para el delito.

En este sentido la resocialización no se reduce a cambiar hábitos de vida, sino también —como lo decía Carrara, criticando el concepto estrecho del correccionalismo— el "frenar en un momento

151 KAISER, GÜNTHER, *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Frankfurt, 1972, pp. 6-7; en igual sentido, ROTMAN, EDGARDO, *L'evolution de la pensée juridique sur le but de la sanction penale*, en "Hommage à Marc Ancel", II, París, 1975, pp. 163 y ss. (72).

dado el ímpetu de un afecto, la violencia de una necesidad, la fascinación de una ocasión" [162].

La resocialización es, en definitiva, una integración social con los semejantes [163], pero no deja de plantear problemas que —como pedagogía que es— son comunes a los que plantea toda la problemática pedagógica, y que se resisten a ser sintetizados en una fórmula. No es posible desconocer que, en definitiva, y sin caer por ello en simplificaciones absurdas, el delincuente ha actuado en un marco psicológico cuya estructura está en mucho socialmente condicionada, lo que en modo alguno se puede desconocer, sin que esto implique negar la responsabilidad, ni tampoco admitir —y menos aún propugnar— que la resocialización sea un puro acondicionamiento para la productividad económica.

El problema trasciende en mucho el ámbito de nuestra ciencia y entra en él toda la función del Estado y de la pedagogía. Llevar adelante una tarea de resocialización implica una autocrítica permanente por parte de quien la encara, si no quiere que su labor culmine en una vulgar represión por vía del acondicionamiento para la inocuidad. Pretender que una fórmula legal pueda señalar esto, es algo tan absurdo como pretender señalarle al psicoterapeuta el límite en que tiene que detenerse y respetar las valoraciones culturales o personales de su paciente.

Rotman trata de llegar al fondo del asunto y plantea con claridad el problema del acondicionamiento psicológico del hombre por parte de una sociedad que ineludiblemente le disocia con sus contradicciones, creyendo, como también nosotros suponemos —en contra de las ideologías que pretenden extraer de aquí consecuencias para producir un cambio social "radical"— que la tarea es posible sin tal cambio "radical", es decir, que la resocialización es, pese a todo, posible dentro de nuestra sociedad contradictoria. "La verdadera terapéutica —dice Rotman— consiste en desarrollar la creatividad del sujeto para la promoción del trabajo interior de negación y de eliminación de estructuras psicológicas parasitarias impuestas por el medio". "Esta tarea —agrega— no es la obra de especialistas, sino que debe ser emprendida por el criminólogo, el juez o el funcionario administrativo, en tanto que seres humanos en la experiencia de su propio desacondicionamiento" [164].

[162] CARRARA, *Emmenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena*, en "Opuscoli", I, Prato, 1878, pp. 191 a 217 (209).

[163] *Cfr.* WÜRTENBERGER, THOMAS, en "Die neue Ordnung", 1965/2.

[164] ROTMAN, EDGARDO, op. cit., p. 174.

Concebida de este modo la resocialización, que en el fondo no dista mucho de un análisis existencial, se trata de una tarea sumamente difícil, que comparte las mismas dificultades con que debe enfrentarse el pedagogo y el psicoterapeuta, pero también revela que no es concebible la categorías del "incorregible", o sea, del que no puede ser objeto de "resocialización".

Dice con todo acierto Beristain: "No existe una clase de delincuentes imposibilitada de antemano, para la resocialización. El hombre, por su esencia, se encuentra sometido, a lo largo de su vida, a múltiples procesos de socialización, más o menos acentuados, y en todo momento se desarrolla junto con otros y se amolda a las formas de la comunidad. El proceso socializador perdura en todas las edades, no limitándose a la juventud, pues este íntimo recrearse a sí mismos al contacto con los demás, pertenece a las categorías antropológicas fundamentales de la dimensión comunitaria del hombre, de notable importancia en cualquier fase del existir" [155].

Sin caer en la exageración de Dorado, no puede negarse tampoco, en el marco de un Estado social de derecho, que al sujeto le asiste un cierto derecho a la reincorporación social, atendiendo a que muy frecuentemente es un hombre en situación social difícil [156].

"En suma, es necesario dar un contenido esencialmente social al Estado de derecho, si no se quiere caer, incluso invocando la tutela del orden constitucional, en un sistema de intolerancia y de represión" [157].

Es poco menos que obvio a esta altura de nuestro desarrollo —aunque creemos que nunca es suficiente— insistir en que la resocialización como único medio admisible de prevención especial, nada tiene que ver con las medidas asistenciales y tutelares que se aplican a los incapaces y que no tienen el carácter de sanciones, porque nadie puede decir juiciosamente que se trata de una "sanción" la reclusión manicomial del enfermo mental, salvo las exageraciones de la "anti-psiquiatría". En esas medidas se están tutelando —dentro también del grado en que el sentimiento de seguridad jurídica admite la tutela— primariamente los bienes jurídicos del propio sujeto. Con la pena, en lugar, lo que primariamente se tutelan son los bienes jurídicos ajenos. No puede ni debe confundirse "resocialización" con "tutela de la persona a resocializar"; esto último no es admisible si no consideramos que la persona padece cierta incapacidad que lo disminuye, y esto no es aceptable respecto del autor imputable del delito, que en modo alguno puede considerarse un incapaz, que

155 BERISTAIN, ANTONIO, *El delincuente en el Estado social de derecho*, Madrid, 1971, p. 17.

156 ANCEL, MARC, *La noción de tratamiento en las legislaciones penales vigentes*, en "Rev. Est. Penit.", Madrid, 1968, 485 a 499 (499).

157 MARTY, DICK, *Delle pene e dei detenuti*, en "Corriere del Ticino", del 10 de marzo de 1973.

no tenemos ningún derecho a verle "desde arriba" —como atinadamente dijo Soler criticando a los positivistas—, sino como una persona de la que nos separa la distancia que a veces media entre el pedal de freno y el de aceleración de nuestro automóvil.

16. **El concepto doctrinario de pena.** La pena es, en nuestro derecho penal, la manifestación más importante de la coerción penal, y hablando en sentido estricto, la única manifestación del mismo. Conforme a lo que ya hemos expuesto, podemos decir que *la pena es privación de bienes jurídicos que el Estado impone al autor de un delito en la medida tolerada por sentimiento social medio de seguridad jurídica y que tiene por objeto resocializarle, para evitar nuevos ataques a bienes jurídicos penalmente tutelados.* El grado de tolerancia del sentimiento social medio de seguridad jurídica no puede precisarse en cada caso por la ley con absoluta exactitud, por lo que la misma ordena atender al grado del injusto y de la culpabilidad, reconociendo el correctivo de la peligrosidad.

La pena sólo se justifica por la necesidad de prevenir los delitos. Cuando la seguridad jurídica no se conforma con la reparación de la afectación causada por una conducta, o bien, dada la naturaleza de la conducta, una sanción reparadora se muestra como inidónea para la misma, la seguridad jurídica demanda una coerción preventiva, cuya principal manifestación es la pena, y la demanda de coerción penal —receptada por el legislador— es lo que da a la conducta su calidad de "merecedora de pena" (*Strafwürdigkeit*).

A esta necesidad de seguridad jurídica suele llamársela "justificación política de la pena" [158] y es generalmente reconocida [159]. No obstante, se trata de buscar otros puntales para la pena, que suelen buscarse en la "justicia" de la misma, argumentando que meras consideraciones utilitarias no pueden justificarla [160]. Expresado el concepto en estos términos de "justicia", no se trata más que de una repetición de la idea expuesta por Pellegrino Rossi en tiempos lejanos [161] y que implica una apelación al objetivismo valorativo idealista, con todos los problemas que el mismo acarrea.

Este principio de "justicia" justificador de la pena, recibe también una consideración práctica por parte de Jescheck, quien considera que un orden jurídico no podría mantenerse si el Estado se limitase a la defensa y el lesionado tuviese que seguir viviendo con el autor como si nada hubiese pasado. "La justicia de Lynch y la vuelta a la pena privada serán las seguras conse-

158 Cfr. JESCHECK, 49.

159 Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 60 y ss.; MAURACH, *Vom Wesen und Zweck der Strafe*, 26.

160 MAYER, M. E., *Lehrbuch*, 435.

161 V. *infra*.

cuencias", agrega, llamando a este puntal práctico del principio de justicia, la "justificación sociopsicológica de la pena" [162].

Para nosotros —como lo hemos expuesto— la justificación de la pena por su justicia es la medida de la tolerancia del sentimiento medio de seguridad jurídica, pues creemos que es el único alcance que puede dársele a la expresión, sin caer en el idealismo.

No obstante, cabe reconocer que la objeción de Jescheck apunta a otra cuestión. El problema que Jescheck plantea es que si la pena no tuviese ninguna misión preventiva que cumplir, porque las conductas no pudieran repetirse, sería también en ese caso socialmente intolerable prescindir de las mismas, porque ello provocaría una vuelta a la ley de Lynch y a la venganza privada. Cabe preguntarse si esto es cierto y, personalmente, creemos que no lo es.

En principio, en los casos llamados de "delincuencia ocasional", lo que se procura es devolverlo a la vida civil cuanto antes, incluso prescindiendo de la pena y de la condena en caso en que sea posible la condenación condicional. El unánime movimiento de opinión contra las penas cortas privativas de libertad no es otra cosa que una tendencia a prescindir de la pena que no cumple función preventiva alguna y que, en la realidad social, no son penas. Por cierto que las legislaciones fundadas en este pensamiento no nos han hecho volver a la ley de Lynch ni a la venganza privada.

Hay algunos casos dramáticos y extremos, en que el sujeto activo ha sufrido una incapacidad gravísima que le hace absolutamente inocuo y, pese a ello, nuestra ley penal no autoriza a prescindir de pena en tales supuestos. Así el homicida-suicida que queda ciego, o el dinamitero que pierde las cuatro extremidades en la explosión. Es verdad que el código penal argentino no nos autoriza a prescindir de pena en estos casos, pero no creemos que ello sea un argumento para rebatir nuestra opinión acerca del sentido de la pena en nuestro ordenamiento positivo. Si el código no autoriza al juez a prescindir de pena, creemos que ello obedece a que sería muy difícil estructurar una fórmula estrecha y cierta que los abarque, sin que pueda abusarse de ella o manejársela con discrecionalidad muy peligrosa. Creemos que se trata de un temor prudente y razonable del legislador y no de la expresa voluntad legal le penar a esos sujetos. Nuestro legislador prefiere que esos casos se solucionen por la vía extraordinaria del indulto a correr el riesgo de abrir una puerta demasiado grande. De toda forma, hay en este sentido algunos ensayos en la egislación comparada, como el parágrafo 60 del StGB, que dispone: "El tribunal prescinde de pena, si las consecuencias del hecho que ha sufrido el autor, son de tal gravedad que la imposición de una pena sería ostensiblemente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor haya incurrido por el hecho en una pena privativa de libertad mayor de un año". El número 5 del art. 121 del código brasileño, conforme al texto reformado el 24 de mayo de 1977, dice: "En la hipótesis de homicidio culposo, el juez podrá dejar de aplicar la pena, si las consecuencias de la infracción alcanzasen al propio agente en forma tan grave que la sanción penal se torne innecesaria.". El inc. 1º del art. 26 del código contravencional de la Pro-

162 JESCHECK, loc. cit.

vincia de San Luis dispone que no se aplica pena al que "como consecuencia del hecho sufre daños de gravedad".

Pese a que la legislación positiva aún no ha receptado más ampliamente estos principios, puesto que excluye de ellos a los supuestos de mayor gravedad, creemos que tampoco en ellos —de hallarse un día la fórmula equilibrada y justa— la retracción de la coerción penal daría lugar a una vuelta a la venganza privada, pues se trata de casos que en espíritus sanos no pueden provocar impulsos vindicativos, sino conmiseración.

Se sostiene también que la pena tiene una función ético-individual, al librar al autor de la culpa por medio de la expiación. Esta justificación es para nosotros inadmisible, pues sólo puede sostenerse en el marco de una objetividad valorativa propia de un derecho penal autoritario y transpersonali ta. El art. 19 constitucional impide entre nosotros justificar la pena desde este ángulo y, además, aunque un legislador iluminado —que se creyese único poseedor de la moral— quisiera declarar que la pena tiene fin expiatorio, se hallaría con que no puede cambiar la naturaleza de las cosas, pues la expiación es un fenómeno puramente moral, que jamás puede ser impuesto desde "fuera". Desde fuera sólo se puede imponer un castigo, pero nunca una "expiación". La pena será expiación cuando el condenado así la entienda y asuma —como bien señala Dreher— pues, "de lo contrario, la expiación queda como una palabra vacía" [163].

Suele distinguirse —con razón— la "justificación" de la pena de la esencia de la misma [164]. Una gran parte de la doctrina reconoce en la pena un desvalor ético-social [165]. Lo cierto es que con la pena se traduce claramente un desvalor jurídico, pero el desvalor jurídico recae sobre el acto al que se asocia la pena. Ese desvalor jurídico —que algunos prefieren llamar ético-social— puede dar lugar a confusiones.

Si bien la pena traduce un desvalor, la pena no es el precio que por él se "paga". Ese desvalor corresponde a la conducta de un hombre capaz de autodeterminarse y por ende, capaz de sufrir un reproche jurídico, pero también capaz de ser —dentro de prudentes límites— sujeto de resocialización que tienda a neutralizar las tendencias que exhiba a iguales conductas reprochables. La pena no es ningún "precio", sino sólo la resocialización que trata de imponérsele al autor a costa de privarle de cie tos bienes jurídicos por un cierto tiempo. Que el derecho penal —traduciendo el grado de tolerancia del sentimiento medio de seguridad jurídica de los

163 DREHER, EDUARD, *Die Vereintlichung von Strafen und sichernden Massregeln*, en ZStW, 65 (1953), p. 484.

164 JESCHECK, 40-41.

165 Así, NOLL, op. cit., 18 nota 37; BOCKELMANN, 2; JESCHECK, loc. cit., MAURACH, 5; SCHMIDHÄUSER, 16.

que participan de la comunidad— no tolera que esa resocialización se intenta sobrepasando mucho el límite que indican la magnitud del mal inferido y la del grado de reproche ético-jurídico que de esa conducta puede hacérsele a su autor, no implica que el derecho penal considere a la pena como el mal con el que se "paga" otro mal.

La caracterización que de la pena hace Maurach, como la "retribución del hecho culpable" [166], no la podemos suscribir. En nuestro derecho positivo —al menos— la pena no puede ser entendida como retribución, en razón de la clara disposición del art. 18 constitucional. Nuestro derecho penal nunca puede fundarse en el concepto de pena como retribución, como no sea pasando por alto las precisas disposiciones constitucionales y legales. En nuestro sistema la pena tiene como fundamento la seguridad de todos los habitantes, porque la Constitución garantiza la igualdad civil de "todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino". La seguridad de la coexistencia de los habitantes de la Nación es el fundamento de la pena, lo que se compagina con el propósito de "afianzar la paz interior" del Preámbulo constitucional. Frente a esto, la "retribución" a secas queda convertida en una fórmula hueca.

Tampoco puede decirse que la pena sea un "desvalor ético-social público" [167], porque es sólo la consecuencia de ese desvalor. El desvalor se afirma al afirmarse la autoría del delito y no desaparece aún cuando no se aplique la pena, como acontece con las causas personales que excluyen o cancelan la penalidad y que no eliminan el desvalor del delito, sino que sólo evitan las consecuencias del mismo.

Menester es aclarar que si bien la pena expresa un desvalor ético-social, creemos que en modo alguno esto es una característica diferencial de la misma [168], porque hay acciones que no están conminadas penalmente y cuyo desvalor ético-social se expresa jurídicamente a través de sanciones no penales: no creemos que el orden jurídico considere ético-socialmente disvaliosa la acción de quebrar el vidrio de una morada ajena y no la del empleador que no paga la indemnización por accidente de trabajo a su empleado.

Es incuestionable que la pena tiene el carácter de un "mal", porque es una privación de bienes jurídicos [169], y también es incuestionable que cualquier eufemismo con el que se quiera disimular este carácter es una puerta abierta a cualquier autoritarismo irresponsable, en ocasiones franqueada por espíritus generosos. De ese carácter incuestionable de "mal" surge la necesidad de limitarla como ineludible. Pero esta limitación no viene impuesta por ningún criterio de "justicia" obtenido por medio de un equivalente retri-

166 MAURACH, 5.
167 JESCHECK, 50.
168 Así lo entiende BOCKELMANN, 3-40.
169 V. BOCKELMANN, 2; MAURACH, 5; etc.

butivo, sino que surge de la misma necesidad de proveer a la seguridad jurídica que cumple el derecho penal mediante la pena. *La pena "justa" no es otra que la que procura la resocialización del condenado sin afectar el sentimiento medio de seguridad jurídica de la población.* No se trata de la retribución de ninguna deuda, sino de un límite racional y prudente, que impone el derecho y que el juez traduce individualmente en cada caso.

La idea de retribución ha sido criticada hasta hoy por múltiples autores. Su más agudo crítico fue Nietzsche. En alemán la palabra "Schuld" significa tanto "culpabilidad" como "deuda". La voz castellana "deuda" conserva el primer sentido sólo en el Padrenuestro, pero en alemán ambos sentidos se conservan en el lenguaje corriente. A partir de esta duplicidad, Nietzsche afirmaba que la idea de que todo perjuicio puede ser compensado porque en alguna parte tiene su equivalente, al menos en el dolor del causante, se origina en una relación contractual entre acreedor y deudor. Razonaba que, en la medida en que hacer sufrir produce bienestar, el sufrimiento puede ser una compensación de deudas [170]. A este respecto observaba que también en la pena hay muchos elementos "festivos". Pero, al margen de estas críticas y otras, especialmente acertadas en cuanto a los mecanismos de represión social y al apuntalamiento ideológico brindado por el objetivismo valorativo idealista, Nietzsche pretende que el pensamiento retributivo tiene esencia cristiana, lo que es falso.

En efecto, Nietzsche opuso Dionisos a Cristo. Dionisos es el hijo de Júpiter y de una mortal, que en larga epopeya guerrera se gana el derecho a sentarse entre los dioses del Olimpo. Cristo es lo inverso: es el Dios que en epopeya de amor termina en la Cruz. Uno es el hombre que se hace Dios y otro el Dios que se hace hombre. Para Dionisos la vida justifica el sufrimiento; para Cristo el sufrimiento justifica la vida [171]. Si consideramos a la pena como un sufrimiento, podemos, pues, encontrarle dos justificaciones distintas: la pena justifica la vida (Cristo) o la vida justifica la pena (Dionisos). Si la pena justifica la vida su contenido penoso no podrá desaparecer en lo cristiano (y sólo podrá desaparecer en lo dionisíaco). Con este pensamiento de Nietzsche parecen coincidir muchos pensadores cristianos (piénsese en la antropología de la *natura corrupta* luterana, para la que el derecho es un castigo, una *lex irae*) [172]. No obstante, la pureza de este planteo olvida un detalle importante: el único sufrimiento no es el castigo, sino que *también el crimen es sufrimiento*, y ningún cristiano afirmará que el crimen justifica la vida.

Precisamente, de la circunstancia de que la ley penal se individualiza porque asocia a un precepto una coerción penal, resulta que ésta tiñe toda la ley penal e impide que la ley penal pueda con-

170 NIETZSCHE, *Genealogía*, pp. 71-72.
171 Cfr. DELEUZE, GILLES, *Nietzsche y la filosofía*, Barcelona, 1971, pp. 25-28.
172 Cfr. VERDROSS, 142; WELZEL, *Naturrecht*, 103-104.

cebirse con un objetivo distinto que el de la coerción penal (la seguridad jurídica). Por ello, el objetivo de la pena y de la ley penal debe ser necesariamente el mismo. Esto es lo que impide que se absolutice el cometido resocializador de la pena, revelándose sólo como un medio de proveer a la seguridad jurídica e impidiendo su hipertrofia en forma destructiva de la misma.

En esta hipertrofia aniquilante de la seguridad jurídica suele caer el derecho penal "educador", cuyas diversas corrientes y variantes se mueven en el terreno de los valores objetivos y de la filosofía idealista. Así, Röder creía distinguir entre el objeto de la ley penal —que admitía fuese preventivo— y el de la pena [173]. Ello le franqueaba la entrada a una absolutización del fin correctivo de la pena. Algo parecido pasó con la pena como medio de autoeducación ética de Ugo Spirito.

Toda teoría que asigne a la pena un cometido educador-preventivo, debe admitir, necesariamente, que el derecho penal cumple una cierta función ética, pero esto no significa adherirse a una ética idealista en la forma en que hablaban de cometido ético los partidarios de la escuela penal "humanista" o de la teoría de la corrección. Nosotros hemos expuesto que la "etización" debe entenderse en forma derivada y no como un fin en sí misma. La fundamental función de todo el derecho es asegurar la co-existencia (tutelando bienes jurídicos) y la forma de prevenir nuevos delitos es resocializar a los delincuentes, con lo que se les orienta para que no los cometan, pero el planteo no parte de una ética idealista cuya salvaguarda sea cometido del derecho. Una cosa es tratar de crear pautas de conducta para que no se lesionen bienes jurídicos y otra para salvaguardar valores absolutos y objetivos. Esta última "resocialización" es la de una inmoral "dictadura moral"; la otra, en lugar, viene impuesta por el mero hecho de la co-existencia.

Uno de los más esclarecidos penitenciaristas contemporáneos afirma que la pena sólo puede procurar una adaptación mínima: "Pedirle más —dice— es solicitar demasiado y, por ello, incurrir en una exigencia insensata. Sólo es capaz de generar respeto por las instituciones: subjetivamente, individuos que no delincan, pero no, necesariamente, hombres de excepción, sabios, héroes y santos, mejores que quienes nunca estuvieron prisioneros". "Esto no lo puede dar la cárcel —agrega— de ahí que su misión sea menor: ajuste jurídico, subordinación normativa, sí, pero no heroismo moral. Los peldaños superiores se escalan en instituciones diferentes: la familia, la escuela, la Iglesia, la sociedad política deben dar lo que la cárcel es incapaz de producir; ésta opera, como simple factor de ajuste, sólo cuando aquéllas fracasan dramáticamente, porque para que actúe no basta con una mediana deficiencia, con un fracaso a medias" [174].

17. **Las llamadas "teorías de la pena".** Hasta aquí hemos expuesto nuestro punto de vista acerca de la pena, insistiendo en que la misma se caracteriza por un objetivo predominantemente preventivo-especial de carácter resocializador, que tiene como límite el que le viene impuesto por la misma

173 RÖDER, *Estudios...*, pp. 157-158.
174 GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *La prisión*, México, 1975, p. 23.

seguridad jurídica, a la que provee. Hemos advertido que este concepto no es nada pacífico en la doctrina y nos ocupamos de rechazar la idea de "pena-retribución". No obstante, las concepciones de la pena distan mucho de agotarse en estas dos ideas, sino que hay múltiples "teorías de la pena".

Antes de referirnos brevemente a ellas, insistiremos en algo ya dicho: *toda concepción de la pena es, necesariamente, una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función.* Cae en un error Lyra cuando afirma que no es una "escuela" cualquier teoría de la pena [175], pues cada teoría de la pena, como teoría del derecho penal que es, tiene sus raíces filosóficas y políticas, de las que nos ocuparemos en la sección segunda. Aquí sólo nos ocuparemos de la visión panorámica de las mismas, en la forma en que tradicionalmente se las expone.

La división tradicional de las "teorías de la pena" en *absolutas, relativas* y *mixtas*, se repite por todos los autores a partir de Röder [176], pero la clasificación proviene originariamente de Anton Bauer [177], quien trazaba el siguiente cuadro de las referidas teorías en 1830, pero que aún conserva validez:

A) Teorías absolutas.

B) Teorías relativas
- Teorías de la prevención
  - Teorías de la conminación penal
    - Teoría de la coacción psicológica
    - Teoría de la advertencia
  - Teoría de la irrogación penal
    - Teorías según las cuales el fin de la penalidad se ejerce sobre el mismo contraventor.
      - Teoría del mejoramiento (correccionalista)
      - Teoría de la defensa
        - Teoría de la prevención
        - Teoría de la autoconservación
    - Teoría conforme a la cual la irrogación de pena debe actuar sobre el resto de los ciudadanos (teoría de la intimidación)

a) Las *teorías absolutas de la pena* han desaparecido casi de la doctrina contemporánea. Como tales se señalan fundamentalmente las teorías de Kant y de Hegel. Kant sostenía la necesidad de la pena impuesta por el imperativo categórico y su medida era el talión [178]. Hegel lo hizo partiendo de que el

175 LYRA, ROBERTO, *Nuevas Escuelas Penales*, trad. de Enrique Ramos Mejía, Bs. As., 1938, p. 17.

176 RÖDER, *Estudios*, pp. 42 y ss. Siguen en nuestros días parecido criterio clasificador: JESCHECK, 43 y ss.; BOCKELMANN, 5 y ss.; BLEI, 337; OTTO, 24; ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlín, 1973, 2 y ss.

177 BAUER, ANTON, *Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*, Göttingen, 1830, pp. 270-273.

178 V. *infra*, § 136.

179 V. *infra*, § 140.

mal de la pena se impone por ser la negación del mal del delito [179]. Para estas teorías, es una necesidad ineludible que a cada culpa corresponda una pena. En lugar del "no hay pena sin culpabilidad" (principio de culpabilidad), implican el "no hay culpabilidad sin pena" [180].

A este cuadro de Bauer, Röder le agregaba las teorías "mixtas", que pretenden ser una combinación de las absolutas con las relativas.

La circunstancia de que estas teorías absolutas hayan implicado en su tiempo una limitación al poder absoluto del Estado, por cierto que no les quita su crueldad. Nietzsche afirmaba que este mundo de los conceptos morales en que se mueven, nunca perdió del todo "un cierto olor a sangre y tortura" [181], agregando que "ni siquiera en el viejo Kant: el imperativo categórico huele a crueldad".

La teoría hegeliana de la pena fue sostenida por los penalistas de esta vertiente del pensamiento, pero lo cierto es que, en definitiva, casi todos ellos sostenían teorías "mixtas". Abegg afirmaba, por ejemplo, que la pena no se justifica por su fin, sino que su fin y su fundamento son iguales, esto es: la justicia. Con este argumento rechazaba la objeción de que la pena fundada en la justicia fuese carente de fin [182]. Un parecido criterio absoluto puede verse también en Welcker [183] y en Stahl, que pretendía la absoluta necesidad de destruir en el asesino la imagen de Dios, en razón de que él había destruido esa imagen en otro. Este curioso argumento discurría del siguiente modo: "La vida del hombre es lo más alto de cuya protección se haya encargado al Estado. Dios mismo no puede destruir al hombre, lesionarlo externamente; lo más que exteriormente puede lesionar es la imagen divina en el hombre. El asesinato destruye la imagen de Dios y es por ello el crimen máximo. De allí que el asesinato exija la máxima, la más completa destrucción del criminal: la pena de muerte. Quien se ha lanzado a ser señor de la vida, el asesino, contra él la mayor fuerza del Estado y del orden divino sólo se legalizarán en su misma dirección" [184].

De los autores latinos, el que se mantuvo más fiel a Hegel fue Pessina, quien coincidía con él en el concepto de pena como "retribución jurídica" [185]. También Pessina sostenía una teoría bastante mixta, al afirmar que "la enmienda es una de las condiciones, pero no la finalidad principal, la razón justificadora de la pena" [186]. Aseguraba que la "teoría de la retribución sintetiza todos los otros sistemas como aspectos parciales y secundarios del verdadero, cuyo fundamento es la justicia misma" [187]. Afirmaba que "la pena, en su esen-

180 SCHULTZ, I, 38:

181 NIETZSCHE, *Genealogía*, p. 74.

182 ABEGG, FR. H., *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt a.d. Orla, 1836, p. 59.

183 WELCKER, KARL THEODOR, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe philosophisch und nach den Gesetzen d. merkwürdigsten Völker rechshistorisch entwickelt*, Giessen, 1813.

184 STAHL, FRIEDRICH JULIUS, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, Heidelberg, 1837, tomo II, parte segunda.

185 PESSINA, *Elementi di Diritto Penale*, Napoli, 1882, I, p. 30.

186 Idem, p.34.

187 Idem, pp. 36-37.

cia, es la eficacia de repulsión con que el derecho se vuelve contra la individualidad humana que ha cometido el delito, y lo hace para reparar el desorden del delito, esto es, para reafirmar la propia superioridad sobre las actividades humanas. El fin de la pena es anular el delito" [188].

A estas teorías hace ya un siglo que Jellinek les respondía con gran claridad lo siguiente "Resulta claro que la pena es un acto de justicia, pero no de simple justicia absoluta, sino de justicia social. Y es además claro que la pena se justifica, a pesar de su contenido histórico cambiante, precisamente sólo a través de él. Puesto que el orden social no es invariable, tampoco lo son las perturbaciones". "Sólo un orden rígido e inmóvil puede exigir un contenido rígido e inmóvil de lo justo" [189]. En esa misma obra Jellinek afirmaba con certeza que el núcleo del problema es que unos consideran a la pena como una necesidad ética y otros como una necesidad social [190], frente a lo cual, la solución que hemos expuesto nosotros pretende reconocerle su carácter de necesidad social con límite ético.

β) Las *teorías relativas de la pena* son aquéllas que afirman que la pena persigue un propósito que no mira hacia el pasado, sino hacia la evitación de futuros delitos. Por ello, se trata de teorías preventivas, que van a dar a la prevención general cuando pretenden accionar sobre los que no han delinquido, y en la prevención especial cuando este accionar pretenden ejercerlo sobre el mismo autor del delito.

Dentro de la corriente de la prevención general cabe recordar una antigua "teoría de la intimidación", que entendía que el fin de la pena era la ejemplarización del castigo, sostenida por ejemplo por Püttmann [191] y que se repite en todos los autoritarismos. Dentro de la misma corriente de la prevención general, aunque por cierto que más humana y racional, fue la "teoría de la coacción psicológica" de Feuerbach, que afirmaba que la pena es una amenaza que pretende alejar del delito a todos los posibles autores del mismo. Una corrección de la teoría de Feuerbach fue la "teoría de la advertencia" de Bauer, quien consideraba que la pena no llegaba a ser una verdadera coacción psicológica, sino una mera advertencia, puesto que el derecho no podía imponerse por el terror.

A la tesis de la prevención general se opuso la de la prevención especial. El gran contradictor de Feuerbach en su tiempo —y sostenedor de la prevención especial— fue Grolman, quien a fines del siglo XVIII enunciaba su tesis de la prevención especial. Decía Grolman que "hay amenaza cuando expresa o tácitamente se reconoce que de alguien hay que temer una lesión futura", agregando que "la certeza de la lesión futura no surge de la amenaza, sino sólo cuando su probabilidad es seria y ejecutable". Afirmaba, dentro de este razonamiento, que "un delito, sea consumado o tentado, implica por regla una tácita amenaza futura" [192]. "En consecuencia —concluía— si

188 Idem, pp. 38-39.

189 JELLINEK, GEORG, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878, p. 151.

190 Idem, 91.

191 PÜTTMANN, I. L. E., *Prolusio de poenis exemplaribus*, en "Opuscula Juris Criminalis", Leipzig, 1789, pp. 257-272.

192 GROLMAN, KARL, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer*

el delito o el conato implica una amenaza realizable de lesión futura, puede el hombre actuar sobre el delincuente en forma que no se determine a ejecutar su amenaza (que suprima el impulso hacia el delito). Al sentimiento de placer se opone el de desplacer, a lo agradable lo desagradable. Aquél se alcanzará por un sentimiento de goce, éste por un sentimiento de dolor (mal)". Afirmaba luego que el hombre tiene casi un derecho a intimidar para evitar el delito [193] y que "el mal que se inflinge para la intimidación o para hacer imposible delitos futuros se llama pena. La inflicción se llama punición. Pena no es venganza, sino cálculo pacífico de la razón. No es posible deducir un derecho de la venganza". Citada a continuación a Séneca (*De Clementina*, c. 16): *Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeteria non possunt futura prohibentur.* Terminaba afirmando que "la pena no puede justificarse en otro sentido que como corrección positiva que pueda ser fundada mediante un derecho de educación" [194].

A la prevención especial correspondió más tarde la posición de Röder. En nuestro siglo, se inclinaron por la prevención especial Franz von Liszt, Karl Stooss y, en nuestros días, el neo-defensismo social de Marc Ancel, Jean Graven y Filippo Gramatica, inclinándose también en este sentido el proyecto alternativo alemán de 1966. Contemporáneamente, el puro cometido preventivo-especial de la pena es sostenido desde el campo del determinismo psicológico: "La teoría penal determinista parte de la realidad de la determinación psicológica de la voluntad. Reconoce sólo un sentido a la pena: protección de la sociedad ante el autor, mediante ayuda de la sociedad al autor" [195].

γ) Las teorías de la pena que predominan en la actualidad pertenecen a las llamadas "teorías mixtas de la pena", que casi siempre toman su fundamento de las teorías absolutas y cubren sus fallas con las teorías relativas [196], para lo cual esgrimen como argumento que la reacción estatal contra el delito siempre es compleja y que, en tanto que es impracticable pensar en una coacción absoluta por vía retributiva, caer en la pura prevención especial implica confundir la pena con la "medida" [197]. Así fue como la antigua jurisprudencia alemana creyó hallar la solución con la fórmula de la "prevención general mediante la justa retribución" [198]. La mayor parte de la doctrina contemporánea entiende que la pena tiene un contenido retributivo, lo que combina con algún otro principio, en diferentes medidas y formas [199].

---

ystematische Darstellung des Geistes der deutchen Criminalgesetzen von ..., Giessen, 1798, p. 6.

193 Idem, pp. 6-7.

194 Idem, p. 9.

195 DANNER, MANFRED. *Zum Problem der Kriminalstrafe aus deterministischer Sicht*, en "Kriminalistik", 1968, "separata", p. 19; por una concepción determinista de la pena se han pronunciado: BAUER, FRITZ, *Das Verbrechen und die Gesellschaft*, München, 1957; MERGEN, ARMAND, *Die Wissenschaft vom Verbrechen, Eine Einführung in die Kriminologie*, Hamburg, 1961; NASS, GUSTAV, *Die Kriminellen*, München, 1966; del mismo, *Die Ursachen der Kriminalität*, Berlín, 1973.

196 Cfr. SCHULTZ, p. 41.

197 Así, BOCKELMANN, p. 6.

198 Cfr. JESCHECK, p. 61.

199 V. por ejemplo, WELZEL, 2; MAURACH, 76; MAYER, H., 1967, p. 11; BAUMANN, 1; BLEI, 328; BETTIOL, 86-87; DE MARSICO, 15; ANTOLISEI, 546-548;

Frey afirma que "el principio de la prevención especial y el principio de retribución bien entendido, no se excluyen, sino que se complementan. Ninguno de ellos hace por sí solo la esencia de la sanción criminal, ni de la pena ni de la medida" [200].

Dentro de estas corrientes "mixtas" hay quienes reconocen que la pena tiene un objetivo resocializador, pero sólo como un fin eventual y secundario. Así, Da Costa dice: "La pena podrá excepcionalmente reeducar al condenado. Decimos excepcionalmente, no sólo porque no todos los delincuentes no tienen necesidad de ser reeducados, sino también porque aquellos que necesitan educación no siempre consienten en recibirla, sin hablar de los incorregibles, que no son pasibles de resocialización. Si la pena puede alcanzar este objetivo, paralelo por su inconstancia o rareza, tanto mejor; pero si no puede, deberá al menos, respetando la individualidad y dignidad del condenado, no empeorarlo, restituyéndolo al mundo libre en el "statu quo" en que lo había segregado" [201].

Incluso la doctrina socialista apela a argumentos dialécticos para sostener una teoría mixta. Así, Solnar, profesor de Praga, dice que "nuestra doctrina, en general, afirma el carácter dialéctico de la relación entre la función de prevención especial y la de prevención general de la sanción penal; la prevención especial es, en otros términos, condición de la acción de prevención general y viceversa" [202].

Hace más de medio siglo Jerónimo Montes proponía en España una fórmula conciliatoria: "Ni la razón del derecho de penar está exclusivamente en reprimir el delito cometido, sin otro fin que el de realizar un acto de justicia, ni la pena es únicamente represión, retribución o expiación de la culpa. Es un medio jurídico que, como todo medio de esa índole, cumple una función social. Su fin específico es la protección del orden jurídico contra las agresiones realizadas para evitar agresiones futuras o si se prefiere, contra las agresioes futuras reprimiendo las agresiones pasadas. De este modo, la represión se convierte en prevención, es un medio para conseguir ésta, un modo de la pena; y lejos de oponerse al fin preventivo el fin represivo, se unen y se armonizan". Agregaba a continuación que esta doctrina "que funda la pena-castigo (represión) en un principio social, justificando la represión por la prevención y ésta por aquélla, y poniendo en ambos momentos el principio de la pena y del derecho a aplicarla, comprende y armoniza, en cuanto son armonizables, los demás sistemas, cuyo defecto capital está en su unilateralidad y su simplicismo, tratándose, como se trata, de un problema sumamente complejo" [203].

SANTANIELLO, 257; RODRÍGUEZ DEVESA, 745-6; PAGLIARO, 638; REYES, 373-378; MENDOZA, II, 293; SANTORO, I, 576; PANNAIN, 13; GAITÁN MAHECHA, 292; CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, p. 17; VASSALLI, GIULIANO, *Funciones e insuficiencias de la pena*, en "Hom. a Jiménez de Asúa", Bs. As., 1964, 339; ANTON ONECA, op. cit., p. 102

200 FREY, ERWIN R., *Strafrecht oder soziale Verteidigung?*, en Sch. Z. f. Str., 1953, pp. 405 a 440 (434).

201 DA COSTA, PAULO J., en BETTIOL y otros, *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 118.

202 SOLNAR, VLADIMIR, en el mismo, pp. 311-312.

203 MONTES, JERÓNIMO, *Derecho penal español*, Madrid, 1917, T. II, p. 95.

En nuestra doctrina nacional también suele asignársele a la pena un contenido retributivo, dentro del marco de una teoría mixta de la misma [204]. Una corriente muy difundida en nuestros días, pretende que la pena tiene un fin retributivo y que la ejecución penal tiene fin preventivo especial. Así, el 59 del proyecto alternativo alemán de 1966 dice que "la culpabilidad del hecho determina la medida máxima de la pena", en tanto que el 37 expresa que la ejecución de la pena privativa de libertad "tiene por finalidad obtener la reincorporación del condenado a la comunidad jurídica". Dentro de esta corriente, Pietro Nuvolone expresa que "también la pena tiene una función de prevención (general) en la amenaza y de prevención (especial) en el momento de su ejecución [205].

Este criterio del doble fin de la pena, cae en una contradicción, porque la idea de retribución es incompatible con la asignación de otros fines [206], porque la retribución sólo se explica en el marco de un planteamiento idealista y, por ende, propio de la teoría absoluta de la pena.

18. **Crítica del concepto contemporáneo de "retribución".** No resulta muy comprensible que contemporáneamente se siga sosteniendo el fin "retributivo" de la pena cuando, en general, se han abandonado las posiciones que, partiendo del idealismo filosófico, pretenden que la pena se justifica en sí misma (las llamadas "teorías absolutas"). Entendemos que el concepto debe ser clarificado y, de ser posible, esa clarificación debe provenir de un planteamiento realista no ingenuo.

De las más diversas formas los autores de nuestros días combinan la "retribución" con la prevención especial, expresando todos que la "retribución" no se funda en la "justicia absoluta". En realidad, cuando nos detenemos a ver qué es lo que efectivamente quiere expresar la doctrina con la voz "retribución", no habremos menester de mayor perspicacia para caer en la cuenta de que se trata sólo de la puesta de un *límite* a la coerción estatal, que de otro modo sería absurdamente ilimitada y destructora de la seguridad jurídica [207].

La crítica de estos autores a la idea de prevención especial ilimitada son sumamente criteriosas y no podemos dejar de compartirlas. Así, por ejemplo, Bettiol, refiriéndose a esa idea concebida en forma ilimitada dice que "el proceso de *naturalización* de la idea preventiva pedagógica viene a través del criterio de readaptación llevado a sus más radicales consecuencias, privado de todo momento de valor, empobrecido por la privación de todo con-

204 V. SOLER, II, 346; NÚÑEZ, II, 345-9; FONTÁN BALESTRA, III, 246-9.

205 NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del Diritto Penale*, Padova, 1975, p. 17.

206 Cfr. SCHÖNE, WOLFGANG, en "Revista de Ciencias Penales", Sgo. de Chile, 1973, p. 229.

207 Tales son, por ejemplo, los argumentos de BOCKELMANN, 7; STRATENWERTH, 21; SCHULTZ, 41; etc.

tenido espiritual, identificado en substancia con la idea del amaestramiento o del hábito a las técnicas de la vida social de que también puede ser objeto el animal" [208]. Más claramente aún agrega: "Es necesario tener un sentido del límite, la pena-fin es una de esas ideas que se remiten a una visión eufórica de las cosas del mundo: a la posibilidad ilimitada del hombre de transformarse a sí mismo y a los otros sobre la falsía de un progreso sin fin hacia una sociedad sin plagas, dolores o lagunas, hacia un mundo sustancialmente distinto del actual" [209].

No obstante, la utilización de la "retribución" como idea de límite no es nada nuevo, porque lo hacía ya Carrara en su famosa disputa con Röder: "la potestad de castigar –decía Carrara– recibe a un mismo tiempo su propia *génesis* racional y sus propios *límites*, de la fórmula tutela jurídica", y se preguntaba si podría decirse otro tanto de la fórmula "enmienda del reo", respondiendo negativamente [210].

Desde los albores más o menos sistemáticos de la prevención especial se planteó con singular claridad la pregunta acerca del límite y la respuesta que daba Carrara a esto era la correcta, pues si el derecho penal tiene por objeto la enmienda o el mejoramiento del penado, de ese objeto no surge ningún límite racional. Lo que no se planteaba Carrara era la reducción de la resocialización a mero medio al servicio de la seguridad jurídica. Planteada la cosa en estos términos, la seguridad jurídica es la que nos dará la idea límite para la resocialización, que nunca podrá plantearse como el fin del derecho penal.

No podemos negar que la seguridad jurídica impone un límite, ni que ese límite debe estar dado por una racional proporción entre la cuantía del injusto y de la culpabilidad con la cuantía de la pena, que tolera –sólo en una cierta medida– el correctivo de la peligrosidad, pero no vemos por qué hay que llamar "retribución" a ese límite.

Este límite no está impuesto por ninguna "idea", sino por la realidad misma de la seguridad jurídica, que no es un concepto abstracto, sino concreto y socialmente dado. Para comprender este fenómeno no hay razón alguna que nos obligue a perdernos en los vericuetos del idealismo y de un concepto de "retribución", que siempre es algo que inevitablemente mienta la devolución de un mal.

Creemos firmemente que la doctrina dominante, al emplear la voz "retribución", crea una verdadera confusión conceptual, porque contribuye a mezclar este concepto –de cuña idealista e implican-

[208] BETTIOL, op. cit., p. 9.
[209] Idem, 17.
[210] CARRARA *Programma*, I, p. 394.

cias morales— con el grado en que el sentimiento de seguridad jurídica tolera que se afecten los bienes jurídicos del penado.

Está fuera de cualquier duda que la prevención especial requiere un límite, pero cuando decimos que la prevención especial resocializadora sirve a la seguridad jurídica, ya tenemos ese límite, que se deduce racionalmente de la seguridad jurídica y que no tiene nada que ver con el "castigo", la "reparación", la "retribución" y menos aún la "expiación".

Prueba acabada de que el límite que impone la seguridad jurídica no tiene nada que ver con la "retribución", es que también funciona en casos en que esa idea no puede ni remotamente esgrimirse. En todo pueblo suele haber un "tonto", que es un enfermo mental, pero la seguridad jurídica no tolera que se recluya por vida al "tonto del pueblo" en un manicomio, sólo porque cause pequeñas molestias o insignificantes daños, y en ello no está para nada en juego la idea de "retribución". Incluso respecto de los menores, en que las medidas tienen un claro carácter tutelar, la seguridad jurídica exige que se evite recluirles en instituciones en forma arbitraria, y en esto no juega tampoco la idea de "retribución", sino sólo la consecuencia lógica de que la legislación psiquiátrica y el derecho del menor también proveen a su modo a la seguridad jurídica.

El límite a la prevención especial desaparece sólo cuando se sostiene que el derecho penal procura la resocialización como un fin absoluto, lo que únicamente puede acontecer en una dictadura "ética", pero cuando afirmamos que el derecho penal procurá la seguridad jurídica, la prevención especial resocializadora nace limitada y sin que ese límite demande perderse en el idealista concepto de "retribución".

Nadie puede olvidar que el fundamento del derecho penal no puede ser otro que el objetivo de seguridad jurídica, que lo vincula al resto del orden jurídico. En ningún momento debe confundirse el general objetivo de seguridad jurídica —que sirve de fundamento al derecho penal y de fin a la pena— con el sentido que tiene la pena[211], que es lo que diferencia al derecho penal de las restantes ramas jurídicas. Esta confusión —en la que suelen caer las teorías "mixtas"— es explicable, no sólo porque no pueden ignorarse las respuestas, sino también porque una se deriva de la otra: la ley

211 Cfr. SCHULTZ, I, 41.

penal se reconoce por la coerción penal y el objeto de la coerción penal no puede ser otro que el del derecho penal. Cómo provee la coerción penal a su objeto es cómo cumple su función el derecho penal. No conceptuamos al derecho penal como un simple *qué*, sino que requiere también un *cómo*, fundamentalmente porque del *cómo* se deriva aquí el *qué*: si prescindimos del carácter preventivo de la coerción penal —que es la forma (cómo) provee a la tutela de bienes (seguridad jurídica) — no podremos distinguirla de las otras coerciones jurídicas y no podremos individualizar la ley penal. De allí que sea un problema que corresponde tratarlo aquí y no en la teoría de la pena.

Creemos que la concepción "retributiva", al buscar un límite para salvar la seguridad jurídica, sin percatarse de que ese límite lo da la propia seguridad jurídica —a condición, claro está, de que no se la reduzca a una fórmula hueca— pretende hacer esencia de la pena a aquello en lo que ésta sólo puede hallar un límite, desdibujando con esto a todo el derecho penal, pues le resta su carácter diferenciador.

Así, por ejemplo, entre nosotros, Soler dice lo siguiente: "Las normas jurídicas procuran ora una *reposición* de las cosas al estado anterior, ora una *reparación* ora una *retribución*. Una norma de derecho es una norma penal cuando asume carácter retributivo". Como consecuencia de este planteamiento concluye en que "derecho penal es la parte del derecho compuesta por normas dotadas de sanción retributiva" [212].

Creemos que la reposición de las cosas al estado anterior es una forma o parte de la reparación, pero esto no tiene mayor importancia. Lo fundamental es que nos resulta un tanto incomprensible una "retribución" jurídica que no tenga contenido reparador. Desde un punto de vista idealista convenimos en que puede darse una respuesta coherente, al decir que "repara" el derecho. Además, debemos tener en cuenta que desde que admitimos la posición idealista, no resulta ya coherente asignarle otro contenido a la pena que el de "reparar" el derecho mediante la retribución, por lo que una teoría "mixta" se hace insostenible. En lugar, si dejamos el planteamiento idealista, no se nos ocurre que pueda haber una sanción que retribuya sólo por retribuir. Ni siquiera aceptando que la retribución acude a mecanismos inconscientes de control social puede justificarse esta posición, porque ya con ello se caería en una teoría relativa.

V. - LAS MEDIDAS

19. **Las medidas en nuestro código penal.** Las medidas de seguridad que están previstas en nuestro código penal son la *internación manicomial* y la *internación en establecimiento especial*, ambas establecidas en el inc. 1º del art. 34.

212 SOLER, I, 24-25.

En cuanto a los menores, entiendo que opera en su favor una causa personal de exclusión de pena, que reserva todo su régimen a una disciplina diferente de la nuestra, con una problemática especial en razón de la imagen necesariamente más acabada del hombre que debe guiarla [213]. En consecuencia, entendemos que las "medidas" para menores no tienen carácter penal, en razón de su naturaleza tutelar, incompatible con la sanción penal impuesta por un derecho respetuoso de la dignidad humana.

En cuanto a las llamadas "medidas para reincidentes y habituales", del tipo de la contenida en nuestro art. 52, estamos ciertos de que se trata de una pena, aunque legislativamente se la haya llamado "medida de seguridad (en el art. 115 de la ley penitenciaria nacional). Dicha denominación no cambia nada, porque la pena, en el derecho penal argentino, es una medida de seguridad, desde que las cárceles son para seguridad (art. 18 constitucional).

Contra lo corrientemente sostenido por la doctrina contemporánea, entendemos que la única manifestación de la coerción penal —en sentido estricto o "material"— es la pena, en tanto que las "medidas" no constituyen más que una denominación en la que en forma peligrosamente indiscriminada se engloban penas y medidas administrativas.

En cuanto a las "medidas" que son penas, preferimos llamarlas por su nombre, porque siempre conlleva un sentido "penoso" que alerta sobre el límite y la racionalidad. Por lo que hace a las que tienen el carácter de medida administrativa, advertimos que no obsta al mismo que se hallen legisladas en el código penal, porque no todo lo que contiene un código penal necesariamente forma parte del derecho penal material, como que sostener lo contrario implicaría caer en un criterio ingénuamente formal, dejando el contenido de las ciencias jurídicas particulares a merced de las más antojadizas técnicas legislativas. De allí que consideramos que la llamada "medida" del art. 52 es una pena y que las del inc. 1º del art. 34 tienen carácter administrativo y no penal, salvo en un sentido meramente formal.

En la medida del inc. 1º del art. 34 no se requiere siquiera que haya habido una acción humana, puesto que puede aplicarse incluso a sujetos en estado de inconsciencia, y nadie puede pretender que la coerción penal opere por un hecho que no es una acción humana [214]. Incluso la peligrosidad que

213 Cfr., *infra*, § 39.

214 Hemos sostenido antes otra opinión, considerando que el mismo pre-

está requerida como presupuesto en uno de los casos del inc. 1º del art. 34, no puede ser entendida en el mismo sentido en que emplea la voz "peligrosidad" el art. 41, porque esta última se refiere sólo a la posibilidad de cometer nuevos delitos, en tanto que la primera abarca la posibilidad de autolesión.

En su oportunidad nos ocuparemos de las medidas del art. 34, pero ello obedece a que tienen un carácter "formalmente" penal, que obedece a la voluntad legal de rodearla de ciertas garantías. Del mismo modo nos ocuparemos también de cuestiones procesales que están comprendidas en el código penal y que no por ello pierden su naturaleza.

Creemos que la cuestión de las medidas de seguridad ha conmovido demasiado el derecho penal, a causa de que los autores suelen manejarse con el esquematismo a que hemos hecho referencia antes. Se parte de que la pena es retribución y la medida resocialización, de que la pena corresponde a la culpabilidad y la medida a la peligrosidad, de que la pena traduce un desvalor ético-social y la medida no, de que la pena hace a la seguridad jurídica y la medida a la defensa social, etc. A partir de semejante esquematismo mental, lo que se logra —por un lado— es considerar "medidas" a lo que no son más que penas, en tanto que —por otro— se introducen en el derecho penal verdaderas medidas administrativas, todo ello con grave detrimento de la seguridad jurídica.

Ya hemos expuesto suficientemente que ese esquematismo mental es falso y que la pena provee a la seguridad jurídica en forma preventiva mediante la resocialización del penado. No se nos puede objetar que la pena así concebida prescinda de consideraciones éticas[215], porque creemos que la formación del ciudadano y su resocialización son cuestiones que no pueden hallarse más íntimamente conectadas a la ética. Desde este ángulo, muchas de las llamadas "medidas" no ofrecen ninguna diferencia sustancial con la pena, en tanto que otras muestran claramente que nada tienen que ver con el derecho penal, fuera de una mera conexión formal.

Las "medidas de seguridad" fueron bautizadas así por Karl Stooss en el anteproyecto suizo de 1893. Por cierto que la expresión no aparece en el texto, en que marginalmente se refiere a la "custodia de inimputables" (*Verwahrung von Unzurechnungsfähigen*), si bien Alfred Gautier usa la ex-

---

cepto prevee medidas penales y administrativas, según que haya o no injusto penal (n. trabajo, *La capacidad psíquica de delito*, México, 1969; *Teoría del delito*, Bs. As., 1973). Creemos ahora que esta solución, además de compleja es inadmisible, porque introduce una distinción arbitraria donde la ley trata la cuestión con unidad.

[215] Esta objeción a la prevención la formula BETTIOL, 775-6.

presión en la versión francesa, al denominar marginalmente al instituto *Mesures de sureté contre les irresponsables*[216]. Es en la exposición de motivos del proyecto suizo de 1893, donde Stooss usa esa expresión por vez primera y establece la distinción: "El proyecto —dice— distingue penas y medidas de seguridad. El Estado no debe ejercer su derecho penal ciegamente, sino que al legislar debe tener consciencia del objetivo de toda justicia penal, de luchar contra el delito y de proteger a las personas que viven en el país contra los delitos. Más importante que la retribución del injusto cometido al autor del mal, es para el Estado la prevención del delito. Esta actividad preventiva cae principalmente en la policía y en el juez penal". Afirma que sería peligroso aumentar las facultades preventivas de la policía, "pero no hay razón en caso que esto aparezca como adecuado y tanto los intereses del Estado para prohibir al juez tomar medidas de carácter predominantemente policial, como los del interesado no se pongan en peligro. En razón de esto, el autor del proyecto no ha tenido ningún escrúpulo en confiar al juez penal algunas medidas que antes caían en el ámbito policial más que en el de la justicia. Pero esto será sólo en el caso en que parezca más apropiado confiar la medida al juez que al funcionario policial"[217].

Esta distinción entre pena y "medida" revela claramente que para Stooss la "medida" tenía carácter policial y sólo formalmente estaba vinculada al derecho penal, por corresponder al juez penal su aplicación. No obstante, debe tenerse en cuenta que Stooss se estaba refiriendo aquí sólo a las medidas para inimputables.

Esta posición de Stooss —en el sentido de que la medida tiene carácter policial— fue cambiando, a medida que se iba alejando de la idea de la "pena-fin" de Liszt, y en 1913 sostenía que "las medidas de seguridad no se fundan en una acción determinada, sino en el estado de la persona. No se trata de imponer una punición a nadie por su conducta culpable, sino de tratarle de modo adecuado a su estado. Esta finalidad decide sobre la forma y duración del tratamiento. No obstante, la medida de seguridad tiene en común con la pena la finalidad de detener los crímenes". No obstante, insiste también en 1913 en que la "medida" no tiene carácter penal: "fundándose la medida en la característica peligrosa de una cosa, no tiene naturaleza penal; ella va *in rem*, no *in personam*"[218].

En 1930, el planteo de casi cuarenta años antes es mucho más radical en Stooss, separándose totalmente de Liszt: la pena se funda para él en la culpabilidad y la medida en la sola necesidad de "neutralizar al autor". Así, planteaba Stooss su oposición a Liszt: "El legislador penal tiene que resolver *qué acciones deben ser punibles*. Son los ataques culpables a los bienes protegidos del Estado, de la sociedad y del individuo, cuya protección sólo pue-

216 *Vorentwurf zu einem Schweizerischen StGB, Allg. Teil, Im Auftrages des Bundesrates ausgearbeitet von Carl Ctooss. Avant-Projet de Code Pénal Suisse, Partie Générale, Traduit par mission du Département Fédéral de Justice et Police par Alfred Gautier*, Basel und Genf, Verlag von Georg & Co., 1893, pp. 10 y 11.

217 Idem, pp. 35-6.

218 STOOSS, CARL, *Lehrbuch des Osterreichischen Strafrechts*, Wien u. Leipzig, 1913, p. 192.

de hacerse efectiva con la pena. La segunda tarea del legislador penal radica en fijar los principios sobre la punibilidad de las personas culpables y sobre la forma y cantidad de la pena. El proyecto soluciona esta cuestión en fundamental consonancia con la consciencia jurídica del pueblo suizo y en el sentido del derecho vigente. El proyecto suizo se afirma en la idea de 'ninguna pena sin culpabilidad. Pena conforme al grado de culpabilidad'. El proyecto rechaza la pena-fin de von Liszt, cuya finalidad es distinta conforme a las distintas formas de criminalidad. Von Liszt ya había establecido en el programa político-criminal de 1892: 'Mejoramiento a los capaces de mejoría. Neutralización de los incorregibles'. Él quería alcanzar este objetivo con la pena. El objeto de la pena debe ser la prevención especial. No la culpabilidad del autor, sino su estado, es lo que debe determinar la forma y cantidad de la pena. El proyecto suizo coincide con von Liszt y la Unión Internacional de Derecho Penal en la exigencia de neutralizar al delincuente habitual, pero el proyecto suizo no quiere neutralizarlo mediante la pena, como von Liszt, sino mediante la medida de seguridad de custodia, porque los delincuentes habituales no se hacen destinatarios de mayor pena. Justamente eso caracteriza al delincuente habitual. La política criminal del proyecto suizo se encuentra al respecto en abierta *oposición* a la política criminal de von Liszt" [219].

Las famosas "medidas" que no eran más que "medidas policiales" para sujetos no responsables, se entendieron como "medidas" que diferían de las penas porque se aplicaban en razón del "estado" del sujeto y no por el acto. Partiendo de esta distinción no se necesita mucho para llegar a que en tanto se "retribuye con la pena" el "acto", también se puede prevenir con la "medida" el estado, que ya no tiene porqué limitarse al inimputable, porque hay "estados" en los que se puede encontrar cualquiera, incluso siendo penalmente responsable. Así, se cree que la pena salva su contenido retributivo del acto, en tanto que la "medida" controla o neutraliza "estados del autor", sin que importe para estas últimas que sean autores imputables o inimputables: "El proyecto suizo ha introducido una serie de medidas de seguridad que no tienen el fin de infligir un mal al autor conforme al grado de su culpabilidad, sino tratarlo conforme a su estado. Puesto que la 'pena-fin' de von Liszt perseguía la prevención especial, von Liszt ha rechazado las medidas de seguridad. Lo que el proyecto suizo quiere alcanzar con las medidas de seguridad, von Liszt quería alcanzarlo con la pena, que en el fondo no es pena. La 'pena-fin' era el resultado de especulaciones político-criminales. Las medidas de seguridad en el anteproyecto suizo de 1893 se establecen como resultado de los requerimientos político-criminales de la vida. Ellas deben combatir al delito en lugar de la pena privativa de libertad o con la pena privativa de libertad o independientemente de la pena privativa de libertad" [220]. En 1951, Frey afirmaba rotundamente que el requerimiento de la medida "debe separarse radicalmente del problema de la imputabilidad" [221].

[219] CARL STOOSS, *Zur Natur der sichernden Massnahmen*, en "Sch. Z. f. Strafrecht-Revue Pénal Suisse", 44 (1930), pp. 261-8.

[220] STOOSS, *ídem*, p. 262.

[221] FREY, ERWIN, *Das Verhältnis von Strafe und Massnahme de lege lata und de lege ferenda*, en "Sch. Z. f. Strafrecht", 66 (1951), pp. 295-318 (316).

La "medida de seguridad", al no tener carácter "retributivo", se pretende que no tiene otro límite que el que le impone la obtención de su cometido. "La duración de una medida privativa de libertad —escribía Stooss— no se determina por la culpabilidad del autor, sino que depende del fin y del éxito de la medida. De allí que su duración sea indeterminada" [222].

La defensa "a muerte" de la idea de la pena retributiva llevó al rechazo de la pena-fin o preventiva-especial, fundamentalmente porque esta última parece carecer de otro límite que no sea el que le viene impuesto por la obtención del fin preventivo-especial. No obstante, los sostenedores de estos criterios "retributivos" debieron concederle a los partidarios de la pena-fin que "algo" de razón tenían y, en lugar de procurar un replanteo de las preguntas fundamentales del derecho penal, procedieron a aceptar la incorporación de las "medidas" como algo por completo separado de las penas [223], y destinado sólo a combatir ciertos estados del sujeto. De allí que se haya sostenido a pie juntillas que el fin de la pena es el "castigo" y el de la medida la "defensa" [223 bis], basada únicamente en la peligrosidad del autor [223 ter].

Fue así que, al lado de la pena —reservada para los imputables—, como retribución por la culpabilidad del acto, surgieron las "medidas" aplicables a imputables e inimputables, como prevención de la peligrosidad del autor. Estas "medidas", conforme a los argumentos que sostienen que no tienen carácter de "sanciones" [224] y que son simples "instrumentos administrativos de prevención contra personas peligrosas" [225], los "retribucionistas" admitieron todo un arsenal de medidas que a no dudarlo, afectan la libertad individual y que no conocen ningún límite, porque no tienen carácter "retributivo".

A partir de la ejemplificación con las "medidas" para inimpu-

222 STOOSS, op. cit., p. 263.

223 La distinción entre penas y medidas fue aceptada por BIRKMEYER, KARL VON, *Schuld und Gefährlichkeit*, Leipzig, 1914; LENZ, ADOLF, *Ein StGB ohne Schuld und Strafe, Bedeutung und Tragweite des italienischen Vorentwurfes für die Strafrechtsreform in Deutschland und Österreich*, Graz, 1922 (admiraba incluso el proyecto FERRI, con lo que iba mucho más lejos que la mera aceptación); MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch*, 1912, p. 302; nota 24; BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1908.

223 bis SALDAÑA, QUINTILIANO, *Nueva Penología (Penas y medidas de seguridad)*, Madrid, 1931, p. 43.

223 ter Así, CERNICCHIARO, LUIZ VICENTE, *Diciondrio de Direito Penal*, São Paulo, 1974, p. 322.

224 Así, NUVOLONE, PIETRO, op. cit., p. 452.

225 Así, RANIERI, SILVIO, op. cit., 1952, I, p. 537.

tables, *que tienen un carácter asistencial* y, como es lógico, una medida mucho menos rígida, transladaron las medidas de otros estados y, a partir de entonces, da la sensación de que un buen sector de la doctrina vive en una verdadera esquizofrenia jurídica, en la que, por un lado, se reconoce que el derecho penal es de "acto", pero, por otro, se admiten medidas contra "estados del autor"; por un lado se pretende que el derecho penal es de "culpabilidad", pero al lado de la pena por la culpabilidad entra la "medida" por la peligrosidad; por un lado se busca en la "retribución" un límite a la pena, pero por otro se dejan las "medidas" libradas al tiempo que demande la obtención de su fin; por un lado se procura defender al hombre contra el avance del Estado, por un lado se le dan reglas lo más precisas al juez, pero por otro se le pone a su cargo una "función policial" para combatir "estados del autor".

Desde el momento en que se afirma que la pena es "retributiva", pero que deben admitirse "medidas" que defienden a la "sociedad" contra "estados del autor", el razonamiento circulará por cauces de marcado autoritarismo y totalitarismo penal y político, desembocando en ello de una manera del todo insensible y casi natural: la pena es retributiva del acto; la medida es un recurso policial contra un estado del autor; para retribuir es necesario que el autor sea imputable, pero para someter a la medida policial no es necesario, de modo que las medidas se pueden aplicar a imputables y a inimputables; si las medidas no tienen carácter retributivo no tienen porqué tener límite prefijado, puesto que deben durar hasta que cesa el estado para el que se destinan.

La actitud doctrinaria que establece penas y admite "medidas" con generosidad, frecuentemente para ser la que se corresponde en la expresión popular como "a Dios orando y con el mazo dando", puesto que mientras salva la conciencia con la balanza justiciera en la pena, la vía libre a que la otra mano maneje el martillo con entera libertad, y la hipocresía rayana en el cinismo del argumento que pretende que el "martillo libre" no tiene fin "retributivo", cae ante la realidad —que nadie que conserve un mínimo de lealtad científica puede negar— de que la "medida" priva de bienes jurídicos y cabe agregar que esto lo decimos prescindiendo de consideraciones fácticas, pues cuando vamos a ellas, ya la falsedad absurda de la dicotomía resulta capaz de poner frenético al más equilibrado, puesto que en la práctica, la mayor parte de las "medidas" que implican privación de libertad son prolongaciones de

las penas y —por carencias materiales— se cumplen en los mismos establecimientos que ellas.

Dentro del pensamiento de la pena-fin —al que suele imputarse un ataque a la seguridad jurídica—, Liszt al menos oponía el derecho penal a la política criminal, diciendo que el primero (al que llamaba la "Carta Magna del delincuente") era el límite de la segunda, pero para este derecho penal de "penas retributivas" y "medidas resocializadoras", el planteo esquizofrénico del mismo permite garantizar la seguridad jurídica con la pena y destruirla con la medida, porque ésta carece de límite, es decir, que "permanece al servicio de la política criminal" [226].

Esta dicotomía disociadora y disolvente del derecho penal y de la seguridad jurídica llega al máximo cuando se propone distinguir un código de derecho penal, de carácter "represivo", y un código destinado a las medidas preventivas [227] y, para no perder el propósito de "dejar a salvo los principios", un juicio penal para el delito y otro para la peligrosidad" [228].

No debe tampoco llamar a engaño el frecuente cambio de nombre sufrido por las mentadas "medidas", puesto que no hacen más que tratar de encubrir el único fenómeno real, cual es el de configurar un ideal medio ideológicamente instrumentado para dejar libres las manos a la represión más brutal con pretexto más humanitario [229]. Sólo en el marco de un concepto meramente "formal" de "pena" y de "medida" puede pasarse por alto la circunstancia *material* de que la "medida" también es un mal, porque afecta o priva de bienes jurídicos, pero en cuanto se toma en cuenta su contenido o aspecto material, no puede negarse que tanto la pena como la "medida" tienen por fin la seguridad jurídica y como efecto, invariablemente, un mal en el sentido expuesto [229 bis].

El problema de las "medidas" está oscurecido porque no puede ser analizado tomando como un conjunto unitario lo que nos es presentado como tal, toda vez que bajo la voz "medida" se ocultan entes que tienen naturaleza diversa. Para establecer cuál es su verdadera naturaleza y qué significa en cada uno de los diversos empleos que de las mismas se pretende hacer, no resta otra alter-

226 STOOSS, CARL, op. cit., p. 263.

227 Así, LONGHI, SILVIO, *Per un codice della prevenzione criminale*, Milano, 1922.

228 FRANCHI, en "SP", marzo-mayo de 1910.

229 La ley nazi de 1933 las llamó "medidas de corrección (o mejoramiento) y seguridad" y la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, en 1951, propuso la denominación de "medidas de defensa social".

229 bis Cfr. GIVANOVITCH, THOMAS, *Les Problèmes Fondamentaux du Droit Criminel*, París, 1929, p. 202.

nativa que analizarlos por separado, puesto que con la palabra "medidas" se designan las llamadas *medidas pre-delictuales*, que son las que se aplican a sujetos que no han cometido delito alguno para evitar que los cometan; las *medidas para inimputables*, que en realidad son medidas para sujetos psíquicamente incapaces de delito; y las *medidas post-delictuales*, que son las que se combinan con las penas [230].

20. **Las penas sin delito (o sea, las llamadas "medidas pre-delictuales").** Es natural que, a partir de la afirmación de que la "medida" no es "retributiva", no sea necesario un delito para aplicar la pena, y, además, dirigiéndose la medida a combatir un "estado" del autor, no sea necesario tampoco que este "estado" se manifieste en un delito, sino por cualquier otro medio.

Con estos argumentos, puede sostenerse la aplicación de "medidas" sin que se haya cometido delito alguno, frente a cualquier manifestación del "estado peligroso" del autor. Siguiendo este discurrir, en nuestro país —como no podía ser de otra manera, dado el impacto intelectual del positivismo—, este razonamiento dio lugar a los desafortunados proyectos de "estado peligroso sin delito", que por suerte no obtuvieron sanción legislativa [231].

En realidad, basta leer cualquier ley o proyecto que prevea medidas para el "estado peligroso sin delito", para percatarse de que se trata de una vuelta al delito innominado, con fórmulas que casi nada deben envidiarle a *La Carolina*.

Una de las experiencias culturalmente más cercanas a nosotros del "estado peligroso sin delito", es la española. Los "estados peligrosos" que trata de delimitar el art. 2º de la ley de peligrosidad y rehabilitación social de España de 1970, abarcan supuestos que en la legislación comparada son contravenciones o son delitos, o bien son conductas que no pueden ser relevadas penalmente, porque hacen a la vida privada del hombre y no afectan bien jurídico alguno [232].

Análoga era la calificación del art. 1º de la "Ley de vagos y maleantes" del 4 de agosto de 1933, que fue reglamentada en 1935, rezando el

230 Para un panorama de estas categorías a principios del siglo, GOLDSCHMIDT, JAMES, *Strafen (Haupt-und Nebenstrafen) und verwandte Massregeln unter Berücksichtigung der den Inhalt der Strafe bestimmenden Grundsätze des Strafvollzugs*, en "V.D. des Deutschen und ausländischen Strafrechts", Berlín, 1908, IV, pp. 85 y ss.

231 V. *infra*, § 87.

232 V. Fiscalía del Tribunal Supremo, *Ley de peligrosidad y rehabilitación social*, Madrid, 1972.

apartado "g" del art. 1º de la reglamentación: "Y, en general, todas aquellas personas que por su forma de vida habitual, dedicada a actividades inmorales, demuestren un estado de peligrosidad por analogía con lo dispuesto en la ley" [233].

Semejantes fórmulas no pueden estar más que destinadas a sembrar una tremenda inseguridad jurídica y, por cierto que los autores de la ley española de 1935 han confesado abiertamente su fracaso, aunque responsabilizando del mismo a la carencia de establecimientos y al uso arbitrario que de texto hizo la magistratura" [234].

La defensa de la ley española de 1970 la ha hecho entre nosotros Cúneo Libarona, quien rechaza las críticas fundadas en la seguridad jurídica con un curioso argumento: "Para tiempos de libertad, de jueces subordinados a enjuiciamientos por arbitrariedad, de amplia posibilidad de defensa, de correcto proceso preventivo, no podemos abrigar temores. Para tiempos de tiranía, es inútil hablar de instrumentos legales. El dictador hace lo que quiere con o sin norma reglamentaria en su poder. Más bien creemos que estas leyes de tratamiento preventivo 'cierran las puertas de las tiranías'. Los pueblos sanos, las sociedades que resocializan a sus inadaptados, es difícil que caigan en manos de tiranos" [235]. Daría la sensación de que para este autor, con buenos jueces, no son necesarios los tipos legales.

La mayor parte de la doctrina española contemporánea, sin distinción de sector político ni doctrinario, no comparte la defensa del autor argentino. Así, Rodríguez Devesa afirma que "una intervención que signifique una privación prolongada de libertad, llámese pena o custodia de seguridad, perfora todo el sistema de garantías características de un Estado de derecho, que no puede admitir ingerencias de esta clase en la vida privada, si no se ha realizado todavía ningún acto delictivo" [236]. Antón Oneca, refiriéndose a la ley anterior, decía que "toda la ley adolece de falta de garantías" [237]. Cerezo Mir dice terminantemente que "deberían suprimirse las medidas de seguridad predelictuales" [238]. Una fuerte crítica a la misma le formula también Muñoz Conde [239] y en parecido sentido se expresa Beristain [240], como también Barbero Santos [241]. Las segundas jornadas de Profesores Numerarios de Dere-

233 RODRÍGUEZ DRAUGUET, ALFONSO, *Defensa social, tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos y maleantes, ley y reglamento*, Madrid, 1935, p. 324.

234 Cfr. RUIZ FUNES, MARIANO, *La peligrosidad y sus experiencias legales*, La Habana, 1948, p. 458; JIMÉNEZ DE ASÚA, VII, p. 722.

235 CÚNEO LIBARONA, MARIANO, *Estados peligrosos*, LL, 3-II-76.

236 RODRÍGUEZ DEVESA, 819.

237 ANTÓN ONECA, JOSÉ, I, 596.

238 CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso*, Madrid, 1976, I, p. 30.

239 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 40-42.

240 BERISTAIN, ANTONIO, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Madrid, 1974, pp. 79-81.

241 V. BARBERO SANTOS, MARINO, *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los derechos italiano y alemán*, en "Estudios", Valladolid, 1972, pp. 13 y ss.; del mismo, *Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma*, en NPP, enero-marzo de 1975, p. 13. También, autores varios, *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia, 1974.

cho Penal de España, reunidas en Barcelona el 4 y 28 de mayo de 1974, declararon que la admisión de medidas de seguridad predelictivas conculcan los indeclinables postulados de la certeza y la seguridad jurídicas" [241 bis]. Nos parece que con la opinión de los más ilustres penalistas de España —a la que debe agregarse el tardío arrepentimiento de los autores de la primera ley española— quedan respondidos los argumentos defensivos de Cúneo Libarona.

Por si no fuese lo dicho respecto de España suficientemente demostrativo, recordemos que Venezuela siguió el pésimo ejemplo de España en 1939 y que hoy, una monografista e investigadora del tema, concluye a su respecto: "La ley de Vagos y Maleantes se nos muestra como un simple instrumento de castigo, y la distinción entre medidas privativas de libertad y penas privativas de libertad se nos aparecen como la de un signo con diferentes significantes, pero con una misma significación. La creencia rehabilitatoria o correccional sólo se da al nivel del "discurso" como justificación, para ocultar el "castigo", donde reside la convicción. Es este, justamente, el rol ideologizador de la vigente Ley sobre Vagos y Maleantes en Venezuela" [242].

En 1960, aunque no se entiende bien cuál es el propósito del argumento, pareció querer esbozar una defensa de la aplicación de estas penas a sujetos que no cometieron delitos, Laplaza, argumentando con un desafortunado antecedente histórico —que también recuerda Cúneo Libarona— y que fue el código rural de la Provincia de Buenos Aires: "Yo me pregunto —decía Laplaza— lo que era, lo que significaba la disposición del art. 289 del código rural de la Provincia de Buenos Aires, que regía en 1865, cuando decía: "será declarado vago todo aquél que careciendo de domicilio fijo y de medios conocidos de subsistencia perjudique a la moral por su mala conducta y vicios habituales". Era procesado sumariamente por el juez de paz, y se le juzgaba por el jury formado por dicho juez y dos municipales o alcaldes. La medida, pena, sanción, medida de seguridad, medio penal o como se le quiera llamar, consistía en hacerle servir coactivamente en las armas por tres años, o en mandarlo a la policía para trabajos públicos, por un año" [243]. Si con esto se pretende defender al "estado peligroso sin delito", sólo nos basta recomendar la lectura de "Martín Fierro". No nos cabe duda de que los positivistas no fueron los que "inventaron" el estado peligroso sin delito, porque tampoco nos cabe duda de que en toda época hubo sectores que quisieron gozar de poderes despóticos y de eliminar el —para ellos molesto— principio de legalidad.

El contenido penoso de la pena no se lo quita su cambio de nombre. La única forma constitucional en que un derecho penal —en el marco de un Estado de derecho— puede ejercer una acción

[241 bis] V. BERISTAIN, ANTONIO, *Crisis del derecho represivo*, Madrid, 1977, p. 110.

[242] HERNÁNDEZ A., TOSCA, *La ideologización del delito y de la pena*, Caracas, 1977, p. 112.

[243] LAPLAZA, FRANCISCO, en "Jornadas de Derecho Penal" (Buenos Aires, 22-27 de agosto de 1960), Bs. As., 1962, p. 156.

preventiva predilictual, mediante penas —porque la restante acción predelictual no le incumbe— es con una legislación contravencional coherente y jurisdiccionalmente administrada. Es posible que ante el caótico panorama de nuestro derecho penal contravencional, aplicado por la policía y con leyes que llaman "jueces" a funcionarios policiales, resulte tan lesivo de la seguridad jurídica como el "estado peligroso sin delito", pero la comparación no es válida, porque no tiene sentido querer superar una violación al principio del debido proceso legal, del *habeas corpus* y de la división de los poderes del Estado, con una violación al principio de legalidad.

Un racional sistema penal contravencional no es lo mismo que un "estado peligroso sin delito", pues el primero se manejará con tipos legales, en tanto que el segundo invariablemente terminará en una vaga fórmula general, que deja al magistrado cualquier ámbito de arbitrariedad.

21. **Las medidas administrativas para incapaces psíquicos de delito (las llamadas usualmente "medidas de seguridad para inimputables").** En cuanto a las medidas que se aplican a sujetos que al momento del hecho se hallaban en estado de incapacidad psíquica de delito, son medidas administrativas que sólo son procesal y jurisdiccionalmente penales, pero en modo alguno son materialmente penales. Estas medidas no pueden llamarse "sanciones", porque no son la sanción a ninguna conducta[244]. No puede hablarse de una manifestación de la coerción penal cuando no ha mediado siquiera injusto o tipicidad, como sucede en algunos supuestos en que, no obstante, es aplicable la medida al art. 34 inc. 1º párrafos 2º y 3º, que incluso puede aplicarse cuando no ha habido conducta (inconsciencia).

En este sentido tienen plena razón quienes afirman que las medidas de seguridad tienen carácter administrativo y no penal, pues este tipo de medidas sin duda lo tiene. En lugar, no puede hablarse de una general naturaleza administrativa de las medidas de seguridad, porque se concede carácter administrativo a lo que son en verdad penas, con las consecuencias insostenibles que semejante concesión acarrearía.

La naturaleza administrativa de las medidas es defendida por Soler, quien con todo acierto expresa que su naturaleza penal se esfuma en cuanto no

244 Cfr. SOLER, SEBASTIÁN, *Las medidas de seguridad no son sanciones*, en "Anuario de Derecho Penal", Madrid, 1964, p. 215.

puede ser considerada causación por violación de un deber [245]. Por parecido camino transita Bettiol, pero lo cierto es que esta posición debe distinguirse de la nuestra. Bettiol centra su posición en que la medida es preventiva y la pena represiva, y lo preventivo nada tiene que ver con el derecho penal, que se agota en lo represivo. La diferencia entre esta posición y la nuestra estriba en que los que sostienen una teoría administrativa de la medida, generalmente se refieren a todas las "medidas", y por esta vía consideran como de naturaleza administrativa lo que no pasa de ser pena o modalidad de la ejecución penal. Esta consecuencia deviene necesariamente de considerar a la pena como una cuestión de justicia y a la medida como cuestión de utilidad [246], o a la pena retributiva y a la medida preventiva. *No estamos de acuerdo con este criterio, sino que, al considerar que la pena tiene un carácter preventivo, queda en claro que las "medidas" post-delictuales son penas.* En lugar, las medidas que se aplican a quienes no han cometido delitos son medidas administrativas, aunque jurisdiccionalmente penales, en razón de su gravedad.

22. **La agravación indeterminada de las penas (las llamadas "medidas de seguridad post-delictuales").** La tendencia a disolver al derecho penal en dos ramas jurídicas que casi se ignoran mútuamente, retributiva una y preventiva especial la otra, tiene su punto álgido y más delicado, cuando se trata de la admisión de "medidas de seguridad fundadas exclusivamente en el estado peligroso del autor", y que operarían en los casos de autores imputables, en forma conjunta, sucesiva o alternativa con la pena, fundada en la culpabilidad. El colmo de esta tendencia disociadora se obtiene cuando se afirma que esa "medida" tiene duración indeterminada.

Frente a quienes pretendieron que la pena es sólo retribución —negando todo contenido resocializador— y a quienes entendían que la pena tenía un contenido resocializador —negando que su cuantificación demande una cierta proporcionalidad con el delito—, es decir, frente a los dos *sistemas monistas* (sólo penas retributivas o sólo "medidas resocializadoras), se alzaron los *sistemas dualistas*, que pretendieron combinar ambos. El compromiso que siempre implica un sistema "dualista" puede materializarse de distinta forma. Fundamentalmente, hay tres fórmulas compromisorias dualistas:

a) *El sistema de la doble vía.* En la mayoría de los Estados domina el llamado sistema de la "doble vía". La medida será

[245] SOLER, op: cit.

[246] Así, ROCCO, ARTURO, *Le misure di sicurezza e gli altri di tutela giuridica*, en "Op. Giuridiche", III, 1933, 113.

(naturalmente que fuera del caso de los inimputables) acumulativa con la pena impuesta y será ejecutada junto a la pena.

b) *El sistema de la única vía.* En los sistemas monistas se ordenará sólo la pena o la medida. Los partidarios de este sistema parten de la consideración que no se podría imponer una pena cuando su aplicación no daría ningún resultado, debiéndose imimponer la medida de seguridad. En los sistemas de la única vía se ordenará directamente la medida en lugar de la pena (así Inglaterra), o bien se reemplazará inmediatamente la pena impuesta (Suiza, parág. 42). De una vía son también los sistemas que no imponen medidas, sino sólo penas, que deben asumir los efectos de la custodia de seguridad, en especial mediante la característica de condena indeterminada (U.S.A., Grecia).

c) *El sistema vicariante.* El sistema vicariante es un sistema de compromiso entre el de la única y el de la doble vía. Se pronunciará la pena siempre conforme al grado de la culpabilidad, pero la ejecución se aplazará con la imposición de la medida y sólo bajo determinadas circunstancias se ejecutará posteriormente (Suiza, para la imputabilidad disminuída y para la internación en casa de trabajo) [247].

En cuanto a las consecuencias prácticas de las penas y las "medidas", existen grandes diferencias de país a país[248], pero, de toda forma, los sostenedores de la existencia de diferencias entre ambas consecuencias post-delictuales referidas a autores imputables, repiten con cierta coincidencia los mismos argumentos: la pena se funda en la culpabilidad y la "medida" en la peligrosidad.

Dreher sintetiza los argumentos del siguiente modo: "El llamado sistema dualista o de la doble vía, que distingue las penas de las medidas, pudiéndose imponer conjunta o alternativamente (sistema vicariante), tiene como presupuesto que estas reacciones separadas puedan y deban ejercer distintas funciones sobre el hecho penal. Al respecto se asignará por lo regular a la pena la función de expiación y retribución, como también la de intimidación

247 FREY, ERWIN, *Aufbau des Strafrechtssystems*, en ZStW, 65, 24-25.

248 Sobre ello, HERRMANN, HORST, *Die mit Freiheitentziehung verbundenen Massnahmen der Sicherung und Besserung*, en "Materialen zur Strafrechtsreform", II, 1954, Bonn, pp. 193-208. Sobre todo ello y los distintos sistemas en particular, SOMMERLATE, HANS-WOLFGANG, *Das Problem der Ein-und Zweipurigkeit*, Breslau-Neukirch, 1938; Zanetti, Bernardo, *Le misure di sicurezza nei codici penali italiano e svizzero*, Friburgo, 1940 (tesis); HEDAYATI, MOHAMED ALÍ, *Les misures de sureté et la réforme moderne du droit pénal*, (tesis), Géneve, 1939; RABINOWICZ, LEÓN, *Mesures de Sureté*, París, 1929.

a terceros, mientras que las medidas deben alcanzar el *mejoramiento* o la intimidación del autor, tanto como la seguridad ante él o de él. La pena será la reacción sobre la culpabilidad en el pasado; la medida la reacción contra la peligrosidad del autor amenazada para el futuro. La distinción puede resumirse diciendo que la pena es la reacción sobre el hecho y la medida la reacción sobre el autor" [249].

Para Olesa Muñido, las diferencias serían las siguientes: "1º) La pena se deriva de un valor universal, la justicia, como consecuencia última de la infracción de una norma penal; la medida de seguridad es fruto de la necesidad de proteger a la sociedad contra el delito y es, por lo tanto, un concepto de utilidad. 2º) La pena es tutela jurídica; la medida de seguridad prevención especial. 3º) La pena exige para su imposición un previo delito; la medida de seguridad la existencia de un estado peligroso que puede producirse sin la producción de un hecho delictivo. 4º) La pena se aplica 'porque', 'causalidad eficiente'; la medida de seguridad, "para qué", 'causalidad finalística'. 5º) La pena tiene su antecedente en una situación exterior al hombre, la acción; la medida de seguridad en una situación interna, teniendo para ella sus manifestaciones entidad tan sólo de índice de su existencia" [250].

Estos argumentos sintetizan los criterios diferenciadores que también suscriben muchos otros autores. Exner afirmaba que la pena "persigue la prevención general y funciona de modo preventivo especial, en tanto sea ello posible en el marco de su objetivo principal. El medio de seguridad persigue la prevención especial y funciona en forma preventiva general en tanto esto resulte por sí del marco de su objetivo general" [251]. De este modo, no es exclusivo el fin que le asigna a la pena y el que le asigna a la medida, sino que pretende reconocerle a ambas iguales fines, sólo que con el predominio preventivo general en la pena y preventivo especial en la medida. Parecido es el criterio de Antón Oneca [252]. Sin embargo, que la pena o la "medida" surtan más o menos efecto preventivo general, es algo que no puede asegurarse apriorísticamente, porque ese es un efecto social y no jurídico, no pudiendo negarse que las "medidas", "en lo que tienen de privación de derechos, también *son intimidantes*" [252 bis].

Calando un poco más hondo en las consecuencias últimas de las "medidas" dentro de un sistema dualista, puede observarse que éstas se imponen porque el sujeto ha "causado" un resultado, lo que revela que puede causar otro, es decir que, en definitiva, se trata de una privación de bienes jurídicos que sufre el autor en razón de la pura "causalidad", lo que implica que *la medida traduce una forma de responsabilidad objetiva.*

[249] DREHER, EDUARD, *Die Vereintlichung von Strafen und sichernden Massregeln*, en ZStW, 65 (1953), pp. 481-395 (481).

[250] OLESA MUÑIDO, FRANCISCO FELIPE, *Las medidas de seguridad*, Barcelona, 1951, p. 137.

[251] EXNER, FRANZ, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlín, 1914, p. 228.

[252] ANTÓN ONECA, op. cit. Salamanca, 1944, p. 105.

[252 bis] MUÑAGORRI, IGNACIO, op. cit., p. 208.

Así, Blei afirma que "la pena repone, en su consideración ontológica, el orden jurídico tutelado. Ella refuerza a los partícipes del derecho en su sentimiento jurídico en el sentido de una dirección final hacia los ideales del valor jurídico. La medida, por el contrario, tiene por objeto la conservación del orden material exterior. Su fundamento no radica en el pasado, sino en el futuro. A las determinaciones causales que previsiblemente habrán de provocar conductas socialmente desfavorables, las medidas oponen reacciones causales contrarias". En apoyo de esta tesis, decía Mezger en el Congreso de Roma, que la pena se vincula a la libertad y la medida a la determinación, que la medida se vincula a la determinación "causal" y la pena a la determinación "personal", manteniendo la separación entre ambas, pese a hablar de "unificación", fórmula en que encubre un claro sistema vicariante [253].

Este era, en definitiva, el criterio de Karl Stooss, cuando afirmaba y repetía —como lo recordamos hace un momento— que las medidas van *in rem*, no *in personam*, lo que le llevaba a negarle el carácter penal a las mismas: "No tienen naturaleza penal las medidas de seguridad. Las medidas de seguridad no se fundan en una acción determinada, sino en el estado de una persona. No se trata de imponerle a un culpable un sufrimiento penal por su conducta, sino de tratarle en forma adecuada a su estado. Este objetivo decide la forma y duración del tratamiento. Las medidas de seguridad tienen, sin embargo, en común con la pena, el objetivo de impedir delitos. Fundándose la pena sobre el carácter peligroso de una cosa, no tiene naturaleza penal, va *in rem*, no *in personam*. Algunas penas del derecho penal austríaco son por su naturaleza medidas de seguridad o tienen predominantemente ese carácter" [254].

El supuesto sistema dual no hace más que encontrar un compromiso entre dos imágenes antropológicas que se excluyen: el hombre no puede ser tratado como un hombre, con su característica de "ser en el mundo", capaz de autodeterminación, y, a la vez, como una cosa entre las cosas. *El hombre no es un centauro, sino un hombre.* No nos cabe duda alguna de que la "antinomia pena-medida de seguridad tiene su génesis histórica en el permanente contraste de fondo —incluso aplacado en la superficie— entre el determinismo positivista y el indeterminismo tradicional" [255].

El problema de la doble imagen antropológica fue puesto de relieve por Beiderman en 1960 [256], quien sostuvo que la pena afecta al hombre en su condición de persona, en tanto que la medida le afecta en su sola condición de

253 MEZGER, EDMUND, *Die Vereintlichung der Strafe und sichernden Massnahmen*, en ZStW, 66 (1954,, pp. 172-179.

254 STOOSS, CARL, *Lehrbuch des Österreichisches Strafrechts*, Wien u. Leipzig, 1910, p. 179. Repite el mismo concepto en la p. 192 de la edición de 1913.

255 NUVOLONE, PIETRO, *Antinomie fossili e derivazioni nel codice penale italiano*, en "Trent'anni...", Padova, 1969, I, 705; también, *Das Problem der Verantwortlichkeit im italienischen Strafrecht*, en el mismo, pp. 725 y ss.

256 BEIDERMAN, BERNARDO, en "Jornadas de Derecho Penal", Bs. As., 1962, p. 162.

hombre. Por supuesto que con esto no quiere Beiderman decir que la medida desconozca la jerarquía del hombre, pero, de cualquier modo, su planteo sólo es admisible respecto de inimputables y otros incapaces psíquicos, porque sin revestir este carácter no hay derecho alguno a decir que el hombre ha actuado o ha operado en condición que no es la de persona. Incluso respecto de los incapaces psíquicos —por lo menos de algunos— no estamos ciertos de que se pueda hacer semejante afirmación con tanta seguridad.

Quizá la mejor explicación a este problema la proporcione Bettiol, cuando afirma que en nuestro tiempo ya no sabemos "si la auténtica imagen del hombre de nuestro tiempo es la naturalística del 'hombre peligroso' o la espiritual del 'hombre culpable' ". "La carencia de solución del problema fundamental del derecho penal —agrega— es decir, una coherente elección entre el derecho penal de culpabilidad y la defensa social, deriva fundamentalmente de la falta de elección de filosofía de fondo. Cualquier otro problema político-legislativo y hermenéutico, a mi parecer, es sólo un corolario de aquel enunciado" [257].

Este compromiso circunstancial no es, en definitiva, más que una coyuntura desfavorable que todo lo confunde. El tinte autoritario del positivismo, con su concepto unitario de "sanción", que por tener sólo un objetivo absoluto ante el cual desaparecía todo límite, arrasaba con la seguridad jurídica, era algo suficientemente claro, como surge de la mera lectura de la "Criminología" de Garofalo, por ejemplo. En el sistema dualista, en lugar, el tinte autoritario se encubre, porque, en definitiva, se maneja con una teoría absoluta de la pena —de cuño incuestionablemente idealista— y a renglón seguido desaparece la concepción antropológica que con ella se corresponde, cediéndole el escenario a una antropología biológica correspondiente al mejor —o peor— positivismo.

Para colmo, la disolución mental a que responde este sistema es de un idealismo tal que pretende que el derecho penal se maneja con penas, en tanto que las famosas "medidas" las aplica el juez penal, pero en el fondo son medidas administrativas policiales. De esta forma, el juez penal debe manejarse con dos imágenes distintas del hombre: con la de una persona (ente capaz de autodeterminación) para aplicarle las penas y con la de una cosa de jerarquía análoga a la de una piedra, para aplicarle las "medidas" administrativas de policía.

No creemos que sea menester mucha penetración para descubrir aquí un autoritarismo sumamente peligroso y, por otra parte, nos parece que es necesario desenmascararlo sin piedad alguna,

[257] BETTIOL, GIUSEPPE, *Aspectos e problemas da atual ciência penalística italiana*, en "M.P.", Paraná, Curitiba, año 6, nº 7, 1977, p. 10.

pese a que sabemos perfectamente que atacar al sistema dualista de "penas" y "medidas" parece —en opinión de muchos— atacar algo que se presenta como la más genial creación sintética de la ciencia penal, concepción que sólo creemos que pudo sostenerse por una insuficiente reflexión filosófica, porque, en realidad, no pasa de ser el envase de conveniencia para el autoritarismo penal degradante de la imagen del hombre como persona.

El mal encubierto autoritarismo de esta fórmula de compromiso se puso claramente de manifiesto en la legislación italiana, donde este pensamiento vino de perlas al autoritarismo triunfante al momento de la sanción del código de 1930.

Arturo Rocco sostenía que las "medidas" no tienen el carácter de sanciones penales, caracterizándolas del siguiente modo: "1) Las medidas de seguridad tienen por fin sólo la utilidad social, no la justicia, moral o social. 2) Las medidas de seguridad tienen por fin sólo la prevención o defensa o, para decirlo mejor, la defensa preventiva, no la defensa represiva. 3) Las medidas de seguridad tienen por fin la prevención de la reincidencia, no del delito primario. 4) Las medidas de seguridad tienen por fin sólo la prevención de nuevos delitos por parte del autor del delito, no por parte del damnificado o de terceros extraños al hecho. 5) Las medidas de seguridad tienen por fin sólo la prevención especial o individual (próxima, directa, inmediata), no la prevención general o social (remota indirecta, mediata). 6) Las medidas de seguridad tienen por fin la prevención criminal o no criminal indistintamente, es decir, tanto la prevención de los delitos objetiva y subjetivamente, tales, como la prevención de delitos sólo objetivamente tales, que es como decir, de hechos que no constituyen delitos. 7) Las medidas de seguridad tienen por fin la prevención especial o individual exclusivamente mediante la adaptación moral y social del individuo a la sociedad o mediante la eliminación del individuo de la sociedad, o, mejor aún, mediante la inocuidad social material o física de él: nunca mediante intimidación y coacción psicológica individual sobre el autor del delito" [258].

Quedaba claro que Alfredo Rocco le restaba jerarquía penal a las medidas y que detrás de ello se movía la finalidad autoritaria —que consagraba incluso la responsabilidad objetiva— en un ensamble incompatible, lo que se ve sin duda alguna en la "Relación" del proyecto oficial de 1930, en que dice: "Hay medios de defensa preventiva del Estado contra las causas individuales de los delitos consistentes en recursos administrativos de policía sustancialmente no diversos de los disciplinados en las leyes de seguridad pública, que constituyen sin duda objeto de los cuidados del legislador penal y han sido efectivamente llamados a la legislación penal propiamente dicha en los más recientes proyectos de código penal que se vienen elaborando en Europa y otros lugares. Son éstas las llamadas medidas de seguridad" [259].

[258] ROCCO, ARTURO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, en "Opere Giuridiche", III, Roma, 1933, pp. 713 a 745 (743-4).

[259] ROCCO, ALFREDO, *Relazione al Re*, en "Gazzetta Ufficiale" del 26 de octubre de 1930.

Arturo Rocco consideraba claramente que al lado del derecho penal en sentido estricto cabe un "derecho no penal", que no es más que la expresión de un "Estado policíaco". Consideraba que las medidas tienen carácter administrativo y la reparación carácter civil, y hablaba así de un derecho criminal "penal" y de un derecho criminal "no penal", compuesto este último por el derecho penal administrativo y el derecho criminal civil. "Se trata de un nuevo y complejo derecho criminal —decía—, al mismo tiempo preventivo y represivo, penal y no penal, penal civil y administrativo". Afirmaba que "ese derecho criminal, que es el derecho criminal del mañana, es el nuevo derecho criminal de la Italia fascista" [260].

Esta orientación —que en el fondo es incompatible con la Constitución de la República Italiana— se mantiene por mayoría de la doctrina de ese país, la que, de este modo, encubre un claro pensamiento autoritario, que traiciona su mejor tradición doctrinaria con una máscara republicana.

Los argumentos de los hermanos Rocco se repiten por muchos autores. Así, Battaglini afirma que "la pena se concibe por nuestro derecho positivo como un instituto ético-jurídico relativo al acto humano y a la cuestión de la voluntad. Respecto a la pena se consideran diversos grados de culpabilidad y se resuelven problemas de justicia; con la medida de seguridad, por el contrario, no se resuelve ningún problema relativo a la voluntad, sino que se adopta una providencia apta para satisfacer una necesidad de defensa social (principio de utilidad, no de justicia)" [261]. Vannini también repite los argumentos de los Rocco, como si se tratase de la panacea del derecho penal: "En nuestra legislación —dice— desvinculada de las estrecheces de los esquemas tradicionales, encuentra lugar un complejo y perfecto sistema de medios preventivos de lucha contra la delincuencia, es decir, de medidas administrativas de seguridad que, a diferencia de la pena (la que previene reprimiendo, actuando contra un ilícito, dirigiéndose contra el culpable), efectúan su función preventiva dirigiéndose contra el individuo socialmente peligroso, y tendiendo con los medios más diversos (curativos, correctivos, educativos, intimidatorios y coactivos) a impedir materialmente el delito y sobre todo a eliminar en el delincuente aquellas causas endógenas que podrían determinarlo nuevamente al delito" [262].

Nuvolone, dentro de la misma línea, afirma que las "medidas" son "sanciones que tutelan un bien penalmente protegido, pero que en su esencia no tienen carácter punitivo", agregando que "siguen a un juicio de desvalor objetivo, pero no de reprobación". Siguiendo la misma línea de razonamiento, afirma que pueden llamarse "sanciones integrativas o sustitutivas de las sanciones penales, con carácter esencialmente preventivo", o también, "sanciones criminales de la norma-garantía en sentido objetivo" [263], lo que no hace más que revelar su carácter de "medidas" de responsabilidad objetiva.

Para la mayoría de los autores italianos, las "medidas" tienen carácter administrativo [264], aunque aún sin desconocerle carácter penal se admite su aplicación retroactiva, lo que implica una maniobra poco sutil para violar el

[260] ROCCO, ARTURO, "Opere Giuridiche", cit., III, p. 745.

[261] BATTAGLINI, GIULIO, *Diritto Penale, Parte generale*, Padova, 1949, 634-5.

[262] VANNINI, OTTORINO, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Firenze, 1954, p. 338.

[263] NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 18.

"nulla poena sine lege". El art. 25 de la Constitución Italiana dice que "Nadie puede ser penado sino en razón de una ley que haya entrado en vigencia antes del hecho cometido", y agrega que "ninguno puede ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por las leyes". De aquí se pretende deducir que la medida de seguridad puede aplicarse retroactivamente, aunque se entiende que la retroactividad de la medida no abarca los presupuestos de aplicación, es decir, el delito que da lugar a la misma[265]. Esta solución es sostenida doctrinariamente por autores respetables, como Welzel[266] y Cousiño MacIver[267], lo que, por cierto, no deja de alarmarnos, como tampoco nos alarma menos la expresa consagración de esta solución en las leyes penales (parágrafo 2º, nº 6 del StGB; art. 75 del código brasileño). Mucho más prudente se muestra el código de Austria, cuyo § 1 proclama la irretroactividad de las medidas preventivas, salvo cuando al tiempo del hecho estuviese prevista otra medida o pena más rigurosa o de equivalente rigor.

Desgraciadamente es menester reconocer que los sostenedores del concepto retributivo de la pena, a fuerza de defender el mismo como límite necesario para la seguridad jurídica, han debido reconocer la necesidad de resocialización, pero como ésta no tenía cabida en su tesis acerca de la pena y del derecho penal, arriaron sus banderas frente al autoritarismo de cuño positivista y con ello han provocado uno de los mayores daños que la seguridad jurídica ha sufrido en el campo penal. Toda una extensión de ese campo, incuestionablemente suya, ha quedado reducida a una "forma" penal, la han cedido por medio de los sistemas dualistas al derecho administrativo, para que una vez que el hombre fuese tratado como "persona" con la "pena retributiva", ellos mismos, puestos ahora en administrativistas, lo tratasen como una cosa peligrosa.

Este proceso de penetración positivista, inevitable ante la indefensión en que el sistema idealista dejaba a los retribucionistas frente a la ideología oculta en el positivismo, que argumentaba con datos de la realidad social (aunque actuaba con otro idealismo objetivista), es puesto de manifiesto respecto del código italiano, al tiempo de su sanción por Overbeck, quien decía: "De tal forma, los compiladores del proyecto italiano concuerdan con el punto de vista de la así llamada orientación neo-clásica, según la que, pese a conservar la sanción punitiva, en línea de principio, el propio carácter represivo que hasta ahora le ha sido reconocido, débese instituir y elaborar junto

264 Así, por ejemplo, FROSALI, RAÚL ALBERTO, *Sistema Penale Italiano*, Torino, 1958, I, p. 295; en contra, CARACCIOLI, IVO, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, pp. 237 y ss.

265 Sobre ello, CARACCIOLI, IVO, pp. 99 y ss.

266 WELZEL, 26.

267 COUSIÑO MACIVER, 83 (sobre la discusión doctrinaria en Alemania, el mismo, pp. 117-118).

a él, un sistema totalmente distinto, de medidas netamente preventivas, actuándose así aquel realismo que recientemente fue afirmado con agudeza de investigación por la escuela clásica alemana y particularmente por Beling, Birkmeyer y Nagler" [268].

Para evitar el aniquilamiento de la seguridad jurídica que la pena resocializadora implica cuando no se tiene en cuenta que la resocialización no es más que el medio para proveer seguridad jurídica, se apeló a la retribución y, por lógica, al idealismo, pero cuando ya no fue posible ignorar que la realidad exige la resocialización, el idealismo dejó indefensos a los penalistas y les pareció que el compromiso era la solución. Lamentablemente, ese compromiso se traduce en un derecho penal que considera al hombre como persona y demanda "retribución", que opera superpuesto a otro "derecho penal" que considera al hombre como una cosa peligrosa. Se mira al autor como persona y se le "retribuye" el mal por la sola necesidad de "reparar el derecho", como si un "mal" sumado a otro "mal" fuese menos "mal". Después —o conjuntamente— con este mal, se lo considera una "cosa peligrosa" y se le inflinge todo el mal necesario para hacer cesar el peligro que de él emerge. Esta es la penosa realidad autoritaria de un derecho penal disuelto esquizofrénicamente en un sistema dualista.

El problema que plantea la introducción de "medidas" —que sólo se apoyan en la "peligrosidad social" del sujeto, respecto de las garantías individuales, es sumamente serio y, sin duda, estas medidas ponen en serio riesgo estas garantías, cuando no implican un abierto ataque a las mismas [269]. Da Costa reconoce claramente que, "como el concepto de peligrosidad social, sobre el que se basa la medida de seguridad, está fundado sobre un cálculo de probabilidades, sean éstos de naturaleza criminológica o estrictamente normativa, choca esto frontalmente con el principio de la certeza del derecho" [270]. Nuvolone, pese a que defiende la constitucionalidad de las mismas, no puede menos que reconocer que introducen un dato de incertidumbre [271].

El sistema italiano, que siempre fue visto como un "compromiso tran-

[268] OVERBECK, ALFRED VON, en *Il progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*. I, Roma, 1930, pp. 143 a 158. Sobre el criterio de los autores alemanes citados, BIRKMEYER-NAGLER, *Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform*, editados en Leipzig, 1908-1914.

[269] Sobre medidas y garantías es sumamente instructivo, STRATENWERTH, GÜNTHER, *Zur Rechtsstaatlichkeit der Freiheitentziehenden Massnahmen im Strafrecht. Eine Kritik des geltendes Rechts und des Entwurfs 1965 für eine Teilrevision*, en Sch. Z. f. Strafrecht, 82 (1966), pp. 337-384.

[270] DA COSTA, PAULO J., en BETTIOL y otros, *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1962, p. 160.

[271] NUVOLONE, PIETRO, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, en "Enciclopedia del Diritto", T. XXVI, Milano, 1976, pp. 632-662 (633-634).

sitorio" [272], ha dado lugar a serias discusiones acerca de la constitucionalidad de las "medidas", la que está seriamente puesta en duda en un trabajo de Elia [273].

La subsistencia de las "medidas" en Italia es el resultado de la resistencia a alterar el código de 1930, lo que se puso de manifiesto con claridad en la comisión de 1945, en que para proyectar un nuevo código se propuso tomar como base el código de Zanardelli, lo que en principio fue rechazado, tratando de hallar una solución de compromiso, como puede observarse claramente en la introducción al proyecto de 1949 [274].

Realmente, no es nada fácil comprender cómo puede verse en un sistema de penas cuidadosamente cuantificadas por la retribución, y "medidas" que privan de libertad en forma indeterminada, un verdadero sistema "garantizador" [275].

Por otra parte, la consideración del hombre como una "cosa peligrosa", siempre implica que es un sujeto al que debe aplicarse una "medida", porque "no sabe", "no puede conducirse en forma responsable". Esto es inadmisible cuando se trata de sujetos imputables [276]. Se olvida que tratar al delincuente como un ser necesitado de protección es degradarle, porque "la protección reduce la lucha por la libertad, embota las capacidades para la acción y acostumbra al favorecido al mundo infantil del favor y de las concesiones unilaterales. La libertad no es un regalo, sino un fruto laborioso. Se protege aquello que de antemano se sabe que nunca será libre" [277].

Cabe preguntarse cómo toda esta confusión fue posible. Para sintetizar la forma en que ella se produjo, a efectos de poder comprenderla —porque de no ver su historia íntima no podremos alcanzar las causas de estas contradicciones insalvables— digamos que la pena retributiva, manejada con fundamentos idealistas, pero que de toda forma reconocía un límite bastante preciso, chocaba con la realidad social —como que era un producto idealista—, lo que hizo que el *derecho penal retributivo* se desprestigiase. Fundados en el reconocimiento de las demandas provenientes de la realidad

272 MILILLO, DOMENICO, *Pene e misure di sicurezza nella odierna fase evolutiva del diritto penale*, en "Hom. a Florian", Milano, 1940, pp. 151 a 159 (159).

273 ELIA, *Libertà personale i misure di sicurezza*, Milano, 1962; sobre esta discusión, NUVOLONE, op. cit., p. 454.

274 *Progetto 1949*, p. 8.

275 Así, por ejemplo, la posición de MAURACH en pp. 119-124 de "Jornadas de Derecho Penal", Bs. As., 1962.

276 No obstante, también éste es uno de los argumentos que parece esgrimir CÓNEO LIBARONA (op. cit. en LL).

277 PÉREZ, LUIS CARLOS, *Tratado de derecho penal*, Bogotá, 1967, T. I, pp. 71-72.

social, los positivistas pretendieron oponerle un *derecho penal resocializador*, que pretendía reemplazar a la pena retributiva por la medida resocializadora, la que perdía todo sentido del límite. Los retribucionistas criticaron las medidas resocializadoras con argumentos muy sólidos (por ejemplo, los de Birkmeyer y Binding), pero no fueron capaces de encarar una comprensión de la problemática proveniente de la realidad social, porque su idealismo les impedía esta comprensión. Al no obtener esta incorporación, ni captar al hombre como un ente que se autodetermina en una circunstancia en la que se halla inmerso, y al no comprender tampoco que la seguridad jurídica es también —y fundamentalmente— un hecho social y no un juego de abstracciones simétricas, no les quedó otro camino que encastillarse en su posición y defender una parte del derecho penal, dejando la restante prácticamente fuera del mismo y liberada de cualquier límite racional.

Esto no fue un armisticio, sino una tregua, en la que parecen seguir luchando, por un lado los retribucionistas y por el otro los preventivistas. Pero este Estado de tregua fue instrumentado legalmente en los códigos, y en tanto que Stooss lo hacía en el código suizo con el fin de armonizar y unificar, Rocco lo hizo en el código italiano con el fin de consagrar el autoritarismo penal, sobreponiendo allí el idealismo en boga en el fascismo (al que se le concede el campo de la pena) con el materialismo rudimentario que había defendido el positivismo (al que le concede el campo de las "medidas"). En síntesis: la incapacidad del idealismo retribucionista para replantear los problemas reales, dio lugar al avance del preventivismo ilimitado y la tregua entre ambos fue usada para lesionar a la seguridad jurídica, con pretexto de síntesis científica.

Como si todo lo que hasta aquí hemos dicho fuese poco, no podemos tampoco pasar por alto que en nuestro proceso de conocimiento no está prevista la forma de probar la peligrosidad, ni hay un verdadero derecho procesal penal encaminado a ello[278], siendo una cosa la admisión de la peligrosidad como un criterio correctivo en la cuantificación, que emerge de la misma prueba de los hechos y de la forma en que se desarrollaron, como de los antecedentes del procesado, y otra cuando pretende tomársela como criterio único para fundamentar una privación de libertad.

Lo cierto es que cuando analizamos lo que los códigos o la doctrina llaman "medidas post-delictuales", nos hallamos con consecuencias del delito que denotan dos tendencias: una pretende

[278] NUVOLONE, PIETRO, *Pene e misure di sicurezza*, Milano, 1962, p. 35.

combatir la delincuencia habitual, en tanto que otra quiere prevenir la delincuencia de etiología patológica [279]. Frecuentemente, tenemos la sensación de que esas "medidas" no pasan de ser ciertas modalidades de ejecución penal o ciertos tratamientos a los que el sujeto es sometido durante la ejecución penal o después de ella, pero que no conocen un carácter ontológicamente diferente o separado, y como no sea el que le imponen su general indeterminación, y si bien pueden ser convenientes o necesarios, atendiendo a su identificación con la pena o con una forma de ejecución de la misma —particularmente cuando de "medidas" que privan de libertad se trata— no hallamos razones para eliminar el nombre de "pena" y considerarlas simplemente tales, sin necesidad de hacer peligrar la seguridad jurídica al dejarlas libradas al límite que les impone la mera obtención de sus finalidades.

Las principales "medidas" que contempla el *código suizo* son: la internación de delincuentes habituales (art. 42), la colocación en casa de educación para el trabajo (art. 43), el tratamiento para ebrios habituales (art. 44), el tratamiento para toxicómanos art. 45).

Las "medidas" de mejoramiento y seguridad contempladas en el *código alemán* de 1975, son las siguientes: a) Medidas privativas de libertad: internación en establecimiento especial psiquiátrico (parág. 63); internación en establecimiento de desintoxicación (parág. 64); internación en establecimiento socio-terapéutico (parág. 65); internación en custodia de seguridad (parág. 66); b) Medidas no privativas de libertad: supervisión de la conducción (parág. 68); privación del permiso de conducir (parág. 69); prohibición de profesión (parág. 70).

El *código brasileño* de 1940 divide a las "medidas de seguridad" en patrimoniales y personales. Considera medidas patrimoniales a la confiscación y a la interdicción de establecimiento o de sede de sociedad o asociación. Las "medidas de seguridad personales" las divide en "detentivas" (internación en manicomio judicial, en casas de custodia y tratamiento, en colonias agrícolas o en institutos de trabajo, de reeducación o de enseñanza profesional) y "no detentivas" (libertad vigilada, prohibición de frecuentar determinados lugares, exilio local) (art. 88).

"Contra este doble camino de las consecuencias jurídicas, se ha argumentado que también la pena persigue estos fines y que la medida, en tanto que implica privación de libertad, en realidad no es otra cosa que una pena" [280], argumento que hasta hoy no hemos visto que haya podido rebatirse en forma satisfactoria. El

[279] Estas son las tendencias que veía MARC ANCEL hacia 1930 y que no creemos que se hayan alterado en gran medida (V. MARC ANCEL, *Penas y medidas de seguridad en derecho positivo comparado*, en "Anuario de D.P. y Cs. Penales", Madrid, 1956, pp. 443-453.

sistema vicariante no ha podido nunca delimitar la pena y la medida, porque al reemplazar la pena por la medida, se opera un traslado de la función penal a la "medida", con lo que los límites quedan confundidos[281].

Hace más de medio siglo que se reconoció —aún por los que defienden la separación dualista— que la medida se superpone a la pena.

Hafter distinguía entre pena y medida, pero no dejaba de reconocer que la pena tenía también un fin de prevención especial. La prevención general en la pena la consideraba como "uno junto a otros fines de la pena"[282]. Dice luego que la medida cumple también una función de prevención general, pero en menor medida que la pena[283].

"Un derecho de medidas tiene —como es usualmente reconocido— no sólo funciones de mejoramiento y educación, sino también de seguridad y de protección", afirma Danner[284], en tanto que Geerds dice que "no produciendo la pena sólo mal como expiación, sino también seguridad e intimidación para los otros y mejoramiento para el autor, así también se reconocerá, por otro lado, el efecto de mal de la medida y que, aparte de la seguridad, también persigue propósitos de prevención general y especial"[285].

Por otra parte, no podemos pasar por alto que la prisión misma nació como "medida de seguridad". "Toda forma de punición requiere que de alguna manera se detenga al infractor hasta la ejecución de la sentencia. Cuando la resolución era inmediata y la sentencia se ejecutaba enseguida del juicio, este período de detención era breve; donde había demora entre el juicio y la ejecución de la sentencia, fue necesario encontrar algún lugar seguro para detener al infractor. En este sentido limitado de detención, las prisiones existieron mucho antes del uso formal de la prisión como pena"[286].

Si bien la mayor parte de la doctrina reconoce una diferencia de fondo entre la pena y las "medidas"[287], la posición que soste-

280 BAUMANN, JÜRGEN, *Unterbringungsrecht*, Tübingen, 1966, p. 33.

281 MARQUARDT, HELMUT, *Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Massregel*, Berlín, 1972, p. 41; sobre las dificultades prácticas y teóricas también EISENBERG, ULRICH, *Strafe und Freiheitsentziehende Massnahme*, Hamburg, 1967.

282 HAFTER, ERNST, *Lehrbuch des schweizerisches Strafrechts, Allg. Teil*, Berlín, 1926, p. 249.

283 Idem, p. 251.

284 DANNER, MANFRED, *Repressives Strafrecht oder praeventives Massnahmenrecht?*, Hamburg, 1967.

285 GEERDS, FRIEDRICH, *Die Bekämpfung des Berufs-und Gewohnheitsverbrecher und Behandlung des Rückfalls*, en "Materialen zur Strafrechtsreform", T. II, Bonn, 1954, pp. 175 y ss.

286 KORN, RICHARD R.-MC CORKLE, LLOYD W., *Criminology and Penology*, New York, 1959, p. 405.

287 V. por ejemplo, JESCHECK, 648; BOCKELMANN, 257; WESSELS, 58; BLEI, 383; BAUMANN, 726; MAURACH-ZIPF, 87 y ss.

nemos tampoco se halla huérfana de seguidores, distando de configurar una opinión aislada, pues han sido muchos los autores que han insistido en que la medida es también un "mal" y en que la diferencia con la pena no es sustancial.

Defendiendo el sistema "unitario" sueco, Sueri dice claramente que la supresión de la distinción "no significa que se haya destruido el principio de proporcionalidad, es decir, el principio que establece que debe haber una adecuada relación entre la actividad criminal del individuo y la medida penal que se le impone en el juicio". "La ley prescribe tiempos máximos ciertos que, como hemos visto, también valen para las medidas más estrictas —cuyo objeto puede ser un delincuente habitual—, especialmente la internación". "El doble camino presupone un punto de partida dogmático del que resulta que el delincuente recibe una pena para expiar su falta moral. El legislador sueco es de la opinión de que esta forma de consideración es metafísica y de que esta clase de justicia debe ser dejada a fuerzas más altas. No podría ser tarea del Estado practicar la retribución a cada quien por su mala voluntad, sino sólo, protegerse en su propio interés y en el interés de sus conciudadanos contra conductas culpables en la relación social" [288].

Es sumamente atinada la observación de Sueri acerca de que "cuando se le asigna a la pena un contenido, sus límites con la medida quedan desdibujados" [289].

En 1936, Nagel sostenía un criterio parecido, negando que hubiese distinción alguna entre la pena y la custodia de seguridad: "La ejecución práctica demuestra que la custodia de seguridad no se limita simplemente a su función aseguradora, sino que al mismo tiempo opera como medida retributiva. Igualmente, la pena tiene junto a la retribución otros efectos, como el aseguramiento y el mejoramiento. La custodia de seguridad actúa (sobre el delincuente) más fuertemente que la pena privativa de libertad común, precisamente por su indeterminación. Se pregunta si se puede hacer una separación en la ejecución de la custodia de seguridad y la pena. Se aludirá al respecto que también corresponde una distinción efectiva entre prisión y reclusión. Pero esto no cambia la naturaleza equivalente de ambos institutos penales. Comportándose la custodia de seguridad como pena, no se ve la razón por la que no pueda también concebírsela como pena. El carácter de pena como medida de retribución, no sufrirá con ello, puesto que la función de seguridad de esta pena de seguridad tendrá un significado mayor que la usual pena privativa de libertad" [290].

Hall se expresa con claridad, aunque pretende endilgarle al sistema de la única vía una deslealtad: "Se le ha reprochado ya a la custodia de seguridad el 'embuste de las etiquetas' (Kohlrausch) ('Hasta ahora tú has pagado; ahora vienes al ala B y serás asegurado'). Debemos reconocer que la pena

288 SUERI, KNUT, *Die Behandlung der Gefährlichen Gewonheitsverbrecher in der nordischen Ländern*, en ZStw, 80 (1968), pp. 176 a 188 (185).

289 Idem, p. 176.

290 NAGEL, HEINRICH, *Die Sicherungsverwahrung in ihrem Voraussetzungen nach deutschem, swedischem, norwegischem und dänischem Recht vergleichend dargestellt*, Seestadt Rostock, 1936 (?), pp. 83-4. En igual sentido, MEYER, CLAUS, en "Tagungsberichte der Strafvollzugskommission", 1967, I, p. 9.

de seguridad temporalmente indeterminada merece el mismo reproche. No salimos del embuste de las etiquetas, sea que digamos 'custodia y mi pena' o 'pena y mi custodia'. Quizá pueda eso también expresarse así: El sistema de la doble vía es desleal en la ejecución (la custodia se ejecuta como pena). El sistema de la única vía es desleal en la condenación. El juez engaña al autor, actuando como si condenase al autor a una pena temporalmente indeterminada por su mayor culpabilidad, cuando en realidad lo hace por su especial peligrosidad" [291].

Lo del "embuste de las etiquetas" era recordado por Kohlrausch en 1924, como una "buena expresión" [292]. En análogo sentido, el profesor norteamericano Mueller dice que la denominación más correcta y realista para las consecuencias del delito es la de "pena", "toda vez que aún cuando el objetivo sea rehabilitar, el sujeto es necesariamente confinado y por benigno que sea, dicho confinamiento es perjuicio y el perjuicio, a su vez, penalidad" [293].

No puede desconocerse que "toda privación de libertad es un mal, aparezca como el legislador quiera" [294]. A este respecto es sumamente clara la opinión de Barbero Santos, quien afirma que "el argumento de que las medidas no pretenden causar un sufrimiento, sino simplemente tienen un fin asegurativo o corrector, carece de valor una vez que se sabe que tanto la pena como la medida se concretan en una pérdida de libertad coactiva, con la desventaja para las medidas de ser su duración indeterminada" [295].

Todo este planteamiento, conforme al cual negamos que haya una diferencia esencial entre las penas y las llamadas "medidas post-delictuales", particularmente cuando son privativas de libertad —y más aún cuando no se dirigen a enfermos— como es el caso de nuestro art. 52, lo realizamos en el plano teórico, pero en el plano práctico la situación es aún más absurda, porque en la mayoría de los países esas penas no son otra cosa que una simple prolongación de la pena original, con la desventaja de su indeterminación, que pone seriamente en peligro la certeza que la seguridad jurídica demanda al derecho.

Esta carencia de medios fue una de las causas que nos decidió a criticar el sistema del proyecto de 1974, que después de proponer un complicado sistema, disponía en su art. 78 ter: "Mientras no se crearan todos los establecimientos penales e instituciones previstas por este código, los jueces encuadrarán la ejecución penal dentro de las posibilidades que permitan los

291 HALL, KARL ALFRED, *Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe*, en ZStw, 70 (1958), pp. 41 a 63 (59).

292 KOHLRAUSCH, ED., *Sicherungshaft. Eine Besinnug auf den Streitstand*, en ZStw, 44 (1924), pp. 21-34 (33).

293 MUELLER, GERHARD O. W, op. cit., p. 32.

294 DREHER, EDUARD, *Die Vereintlichung von Strafen und sichernden Massregeln*, en AStw, 65 (1953), pp. 481-495 (482).

295 BARBERO SANTOS, MARINO, *Postulados político-criminales*... cit., en NPP, enero-marzo 1975, p. 13.

establecimientos existentes y los recursos disponibles" [296]. La comisión parecía entender que primero debía estar la ley para que después viniesen los establecimientos.

Semejante idealismo legislativo sólo puede ser respondido por la experiencia, y a ella nos remitimos. En el informe presentado por el Ministerio de Justicia italiano a las Primeras Jornadas de Defensa Social de América Latina (agosto de 1974), que fue redactado por Giuliano Vassalli, Giandomenico Pisapia y Alessandro Malinverni [297], se lee esta interesante lección sobre un código idealista con casi medio siglo de vigencia: "La distinción tradicional entre sujetos responsables y no responsables (por su enfermedad mental o por su inmadurez) que la tendencia positivista superaba, fue conservada y, con la prudente intención de evitar los escollos filosóficos, completada por la invención de la categoría todavía misteriosa de la 'capacidad de entender y querer'. A las personas no peligrosas y responsables se les castigará con una sola pena; a las personas responsables y peligrosas se les someterá a la pena y una vez cumplida ésta, a la medida de seguridad; a las personas no responsables y no peligrosas no se les someterá a ninguna pena; y finalmente si son no responsables pero peligrosas, se les someterá a las medidas de seguridad únicamente. Entre las dos categorías de personas responsables y no responsables se inventó por fin en equívoco "tertium genus" de personas parcialmente responsables quienes sufrirán pena reducida y una vez purgada ésta, serán sometidas a la medida de seguridad. Como se puede comprobar, se trata así de una verdadera obra maestra del arte de la combinación. Sin embargo, las medidas de seguridad en detención (colonias de trabajo, colonias agrícolas, casas de alienados criminales, establecimientos de tratamiento y guardia, reformatorios judiciales), en su aplicación práctica, constituyen una duplicación de la pena y no ofrecen ninguna eficacia reeducativa" [298].

Como corolario, los catedráticos italianos, que hablan en nombre del Ministerio de Justicia de su país, dicen como consejo para los legisladores penales de los países en vías de desarrollo: "Los programadores, para evitar que el desarrollo de su país se haga persiguiendo objetivos nobles por supuesto, pero sin tener los instrumentos para alcanzarlos, tendrán pues que tomar debida cuenta y sacar provecho del conocimiento de estas experiencias negativas y de otras experiencias similares tanto como de la extrema dificultad de la materia que acabamos de describir. En una situación de este tipo puede parecer útil considerar la cuestión del lado práctico. Se tratará, en un primer paso, de introducir mejoras progresivas en las estructuras (edificios, equipos) y en la organización penitenciaria (selección y preparación del personal y distribución de las tareas). Los mejoramientos tendrán que buscar la realización de la comunidad menos alejada de la sociedad libre, a la cual el detenido tendrá que reintegrarse, principalmente mediante incentivos a su sentido de responsabilidades personales, ofreciéndole oportunidades de manifestarlo y consolidarlo" [299].

[296] V. *Proyecto de Código Penal*, Buenos Aires, 1975 (nuestra observación en p. 141).

[297] *Primeras Jornadas de Defensa Social de América Latina, celebradas entre el 5 y el 7 de agosto de 1974*, Caracas, pp. 153 y ss.

[298] Idem, pp. 169-170.

[299] Idem, pp. 170-171.

En cuanto a la situación en España, con parecidos términos se expresa Barbero Santos [300]. Con toda razón sostuvo Carballa en 1960 que, de no contarse con los centros especializados, "estamos simplemente frente a una gran ilusión, una gran ilusión que se puede traducir en un procedimiento totalmente ingenuo aunque esperanzado, o que se puede traducir en injusticias verdaderamente aberrantes" [301].

La tendencia a la unificación de la reacción penal, que sólo tiende a diversificarse en cuanto a su ejecución, tiene un claro antecedente en Liszt y su expresión legislativa contemporánea es el código sueco. No obstante, Liszt todavía distinguía entre penas y medidas, pero eso era debido a que consideraba "medidas" a las que se aplicaban a los menores, por ejemplo, pero refiriéndose a las "medidas" que nos ocupan, es decir, a las "medidas" del tipo de las de nuestro art. 52, decía que "si la medida de seguridad está vinculada a la comisión de una acción punible, bien puede admitir en sí misma la esencia de la pena (un mal unido al juicio de desvalor); y por cierto también que desde el punto de vista de la teoría de la retribución. Y en tanto que la pena también permita paralelamente el fin de mejoría y el de seguridad, en esa medida entra la pena en el ámbito de la medida seguridad" [302].

En tanto que las medidas fuesen post-delictuales, Liszt sostenía un criterio unitario, que es el que consideramos correcto en cuanto a este género de medidas se refiere, hecha la salvedad del límite que les impone la seguridad jurídica. De allí que afirmase que "en el ámbito que le es común puede la medida de seguridad reemplazar a la pena (vicariando con ella) y viceversa" [303].

Debe quedar claro que si Liszt aceptaba la diferencia entre penas y medidas era porque aceptaba que las "medidas" pueden aplicarse sin delito. Su concepto de pena, medida y relación entre ambas aparece sintetizado en los siguientes párrafos: "Pena es, conforme al derecho vigente, el mal que el juez penal impone al delincuente para dar expresión al desvalor social sobre el hecho y el autor. Dos características configuran el concepto de pena; ellas son: I) una lesión a los intereses protegidos del autor, una intervención en la vida, en la libertad, en el patrimonio del delincuente; pero ella es II) simultáneamente, un manifiesto desvalor del hecho y del autor. En la primera característica finca ante todo la prevención especial, y en la segunda el efecto preventivo general de la pena". "Medidas de seguridad son aque-

[300] BARBERO SANTOS, MARINO, op. et loc. cit.
[301] CARBALLA, JUAN B., en "Jornadas de Derecho Penal", Bs. As., 1962, p. 154.
[302] LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin u. LEIPZIG, 1919, p. 236; este texto no lo registra la edición de 1908, apareciendo en la de 1911 y posteriores.
[303] Ibidem.

llas medidas estatales con las que se persigue exclusivamente, ya la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educativas o de mejoramiento), ya la exclusión del incapaz de adaptación de la sociedad (medidas de protección o medidas de seguridad en sentido estricto)". "La relación de la medida de seguridad con la pena es muy discutida. La cerrada contraposición de ambos conceptos, como se encontraba en Birmeyer y otros, contradice las reales relaciones. Sin embargo, es seguro que la medida de seguridad no necesariamente va unida a la comisión de una acción punible para ser usada y con ello va más allá del concepto de pena; así, cuando se impone la medida de cuidado educador para niños y jóvenes abandonados aún no devenidos delincuentes, o cuando se custodia al enfermo mental peligroso antes que haya cometido ningún delito" [304].

Siguiendo la línea de Liszt, su discípulo Eberhard Schmidt buscó una armonización entre el pensamiento retributivo y el preventivo especial, dando a este último gran importancia, al par que no da mayor relevancia a las medidas [305].

En cuanto al sistema sueco, que carga el acento "en que principalmente vale un monismo para la reacción del sistema de la ley" [306], cabe observar que ha receptado en respetable medida la concepción de la pena-fin de von Liszt [307].

Nos resta considerar que Bettiol ha ensayado un concepto de medida que es por entero diferente al que se pretende fundamentar cuando usualmente se la opone al de la pena retributiva. Bettiol aspira a que las medidas no tengan por fundamento la peligrosidad, sino la atención al hombre. Pretende así que su fundamento no sea tanto "la peligrosidad social como la obligación del Estado de intervenir para eliminar los obstáculos que impiden el pleno desarrollo de la personalidad humana, como una enfermedad, una tara, una necesidad, un estado de ignorancia y similares...". "La medida de seguridad es así quitada de un mundo positivista y utilitario para ser inmersa en el mundo de los valores y salir llena de eticidad. Ella se convierte en la expresión de un deber moral para el Estado que interviene represivamente con la pena en nombre de las exigencias retributivas, y preventivamente con la medida de seguridad en nombre de la caridad o de otras exigencias éticamente relevantes" [308].

Si bien no podemos menos que compartir el criterio del ilustre Maestro de Padua, creemos que dentro de un concepto de pena resocializadora que reconozca como fin y límite la seguridad jurídica, siendo la resocialización sólo el medio para proveer a ella, quedan comprendidas estas medidas que, por muy nobles que sean los objetivos que persiguen, tampoco podemos olvidar que implican una limitación a la libertad y, por consiguiente, también

304 Idem, pp. 234-5.

305 SCHMIDT, EBERHARD, *Vergeltung, Sühne und Spezialprävention*, en ZStw, 67 (1955), pp. 177 a 195.

306 AGGE, IVAR, *Das neue schwedische StGB*, en ZStw, 76 (1964), pp. 107-145 (115).

307 Cfr. AGGE, IVAR, *Die neue Strafgesetzgebung in Schweden*, en Sch. Z. f. Strafrecht, 82 (1966), pp. 1-23 (10-11).

308 BETTIOL Y OTROS, *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1962, p. 12.

exigen un límite que le impone la propia seguridad jurídica, a la que en definitiva proveen, pues dotan a un habitante de lo que es necesario para que disponiendo de ello no perturbe la ajena existencia.

23. **Conclusiones.** A un idealismo penal, que con el talión impuesto como necesidad ideológica pasaba por alto la realidad humana, se le opuso un materialismo penal que, pretendiendo captar esa realidad humana, sólo captó la de un fenómeno biológico. El primero dio lugar a un deshumanizado derecho penal retributivo y el segundo a un deshumanizado derecho penal preventivo. El primero quiere penas talionales y el segundo medidas policiales. El primero se aleja de lo humano porque concibe al hombre como capaz de autodeterminación pero se olvida de sus circunstancias; el segundo se aleja de lo humano por atender a las circunstancias y olvidarse que el hombre es capaz de autodeterminarse dentro de ellas. Ninguno de ambos capta el fenómeno humano como complejo de hombre y circunstancias.

Un supuesto tercer derecho penal que pretende distinguir entre penas y medidas, no proporciona una comprensión del fenómeno humano, sino que se limita a superponer ambas comprensiones erradas, con el serio peligro de dar entrada a cualquier aberración y confundirlo todo, en forma tal que, cuando la confusión se hace con fines autoritarios, permite instrumentar los defectos de las dos imágenes falsas del hombre que, aunque incompatibles, pretende amalgamar.

Limitándonos a superponer dos falsedades, no podemos obtener ninguna verdad. Es necesario replantear las preguntas fundamentales para tratar de captar el fenómeno humano y, por consiguiente, de la pena, desde otra dimensión, dada por una comprensión antropológica adecuada.

Si entendemos al hombre como un ser capaz de autodeterminación, pero que siempre actúa dentro de un marco circunstancial, cuando actúa en forma que afecta la existencia ajena, y cuando en esa emergencia la seguridad jurídica no se conforma con la sanción reparadora (o retributiva) —propia de las otras ramas del derecho— aparecerá la pena, siempre que ese sujeto no haya actuado en tal inferioridad de condiciones que su autodeterminación sea insignificante o nula, en cuyo caso no tendremos más que dejarlo librado a las medidas asistenciales administrativas (medidas para inimputables).

La pena será el intento de resocializarlo para que pueda desarrollar su propia existencia sin volver a afectar la existencia ajena, pero para ello no es posible perder de vista que se halla frente a un sujeto que es una *persona* y que al intentar resocializarle necesariamente le está causando también un mal, porque no puede hacerlo sin privarle de algunos bienes jurídicos. Teniendo esto presente, la pena no puede afectar al sujeto más allá de lo que se lo permite la condición de persona del mismo ni de lo que le tolera el sentimiento medio de seguridad jurídica —que es el mismo que reclama la pena—. Allí surge el límite que tiene toda pena resocializadora, que si bien admite que se tome en cuenta el pronóstico (probabilidad) de conducta del sujeto, con él no puede alejarse mucho de una racional proporcionalidad con la cuantía de la lesión jurídica inferida por el autor del delito y con la cuantía de la culpabilidad del mismo.

Enfrentando este concepto de pena, que trata de fundarse en la captación de las principales líneas de una imagen antropológica no parcializada, con el complejo que se da en llamar "medidas", y distinguiendo dentro de este último las distintas hipótesis que arbitrariamente se incluyen, resulta que:

α) La pena se distingue nítidamente de la medida que se aplica al incapaz de delito y que tiene carácter administrativo (y sólo formalmente penal), puesto que la coerción penal sólo opera cuando se ha cometido el delito.

β) La medida "pre-delictual" (que en nuestro derecho la reemplaza un arbitrario procedimiento contravencional) es una pena sin delito, extraña a nuestro Estado de derecho, y la única vía para obtener lo que con ella se pretende es una adecuada y constitucional legislación contravencional.

γ) La medida "post-delictual" para imputables, es una pena, puesto que no puede tener objetivos distintos de la pena y al igual que la pena demanda un límite que le impone la seguridad jurídica. Dicho de otro modo: cuando se dice que la pena es retribución, pero a la retribución se le asigna un fin que está fuera de la retribución misma, con ello se le está asignando a la pena un contenido distinto de la retribución, que queda relegada al simple papel de criterio limitador, con lo que la diferencia entre la pena y la medida post-delictual desaparece.

CAPÍTULO II

LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

1. — LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL EN SENTIDO ESTRICTO: 24. Precisión de algunos conceptos. 25. Fuentes de producción y de conocimiento del derecho penal: el principio de legalidad penal. 26. El destinatario de la norma penal. - II. — EL DERECHO PENAL COMO MATERIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA PENAL: 27. Concepto de política penal. 28. Política penal y legislación penal. 29. La política penal y la dogmática penal. 30. La función crítica de la política penal. 31. Política penal, derecho penal y filosofía. - III. — LAS FUENTES DE INFORMACIÓN SOBRE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL: 32. Las fuentes de información de la ciencia del derecho penal en la Argentina. 33. Panorama general sobre las principales fuentes de información de la ciencia del derecho penal en el extranjero

I - LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL EN SENTIDO ESTRICTO

24. **Precisión de algunos conceptos.** Hemos visto que la expresión "derecho penal" encierra un doble significado —el de "legislación penal" y el de "ciencia del derecho penal"—, que es necesario precisar frecuentemente para no caer en confusiones. Esa precisión se hace muy necesaria cuando nos referimos a las "fuentes" del derecho penal.

En lengua castellana, "fuentes significa tanto manantial de agua que brota o surge de la tierra, como principio, fundamento, causa u origen de que procede alguna cosa", y es claro que "en el derecho, la expresión se emplea metafóricamente para señalar el origen o principio del mismo" [1]. No obstante, nada queda claro, de no precisar *qué es lo que queremos averiguar de dónde viene*, puesto que unas serán las fuentes cuando hablemos de la legislación penal y otras cuando nos estemos refiriendo a la ciencia jurídico-penal.

[1] PORTO, JESÚS EDELMIRO, *Fuentes del derecho penal*, La Plata, 1952, p. 11.

En el primer sentido —en el de legislación o conjunto de preceptos penales— podemos distinguir, siguiendo la tradición doctrinaria imperante —que proviene de Stammler— entre "fuentes de producción del derecho penal" y "fuentes de cognición del derecho penal" [2].

Con la expresión *"fuente de producción"* se designan a los sujetos productores de los preceptos jurídicos-penales; la voz *"fuentes de cognición"* denomina estos preceptos, que son los materiales a cuyo conocimiento contribuye la ciencia jurídico-penal.

Otra cosa por completo diferente son las *fuentes de información acerca de la ciencia del derecho penal,* es decir, de dónde obtenemos la información sobre el estado presente o pasado de los conocimientos que puede brindarnos la ciencia jurídico-penal, o sea, la bibliografía penal.

Con toda claridad expresa Rivacoba la distinción entre fuente de producción y de conocimiento: "Fuente de producción es —siguiendo a Federico de Castro— cada fuerza social con voluntad normativa creadora, cada sector de la sociedad dotado del poder de crear Derecho objetivo, mientras que fuente de conocimiento es la manera propia y privativa que tiene de crearlo, la forma que el derecho objetivo asume en la vida social y por cuyo medio puede ser conocido" [3]. Así, por ejemplo, el Poder Legislativo es la fuente de producción y la ley la fuente de conocimiento.

Suele hablarse de fuentes "inmediatas" y de fuentes "mediatas" del derecho penal. Fuente inmediata es la que tiene fuerza obligatoria normativa por sí misma, en tanto que la mediata la recibe de otra. Así, la ley es una fuente inmediata del derecho penal y la ética social es una fuente mediata en cuanto que, por remisión de la ley, puede ésta —dentro de ciertos límites, por supuesto— adquirir fuerza obligante normativa, que originariamente no posee.

En nuestro sistema penal vigente, *la única fuente del derecho penal (o la única fuente inmediata, si se acepta esa clasificación) es la ley en sentido material.*

α) *La costumbre* no es "fuente del derecho penal", o bien, puede admitirse que tiene sólo carácter de fuente "mediata", en

[2] Así, con variantes, SOLER, I, 121; MAURACH, 81; MAURACH-ZIPF, 101 y ss.; WELZEL, 13; BLEI, 20; PORTE PETIT, I, 97; SCHULTZ, I, 46; CEREZO MIR, 142; BETTIOL, 89; DE MARSICO, 16; SANTANIELLO, 9; etc.

[3] RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL DE, *División y fuentes del derecho positivo*, Valparaíso, 1968, pp. 56-57.

caso de aceptarse esta clasificación. Esta posición asignada a la costumbre tiene vigencia para todo el derecho, en función de lo dispuesto por el art. 17 del código civil, al que no hay motivo alguno para negarle vigencia respecto del derecho penal, sino que, por el contrario, cobra primordial importancia en éste, por la necesaria limitación que sufre la costumbre en nuestro campo en virtud del principio de legalidad constitucional del art. 18. De allí que la disposición del art. 17 del código civil sea perfectamente aplicable a la legislación penal: "Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente".

Frente al dispositivo constitucional, debe quedar bien claro que la costumbre no puede ser una "fuente" (inmediata u originaria) en cuanto a la creación de preceptos penales. Esto no obsta al reconocimiento del incuestionable fenómeno de que la ley penal a menudo remite a ella en forma expresa o tácita, como sucede con expresiones que sólo pueden desentrañarse ateniéndose a la ética social [4].

La costumbre, cuyo carácter de fuente sólo puede serle reconocido como fuente secundaria, derivada o mediata, no sólo debe ser relevada cuando la ley penal remite a ella directamente y en forma expresa o tácita, sino también cuando la ley penal remite a otra ley no penal que a su vez remite a la costumbre.

La ley penal no puede ser derogada por la costumbre en función del mismo principio de legalidad y de la exclusión del principio procesal de oportunidad que de él se deriva, pero el art. 17 del código civil rige para todo el resto del orden jurídico y, por ende, dada la redacción que el mismo ha cobrado después de la reforma de la ley 17.711 —que suprimió la parte en que rechazaba totalmente la costumbre derogatoria o *desuetudo*— no cabe descartar la relevancia penal de una costumbre *contra legem* cuando se trata de una ley no penal, a la que deba remitirse la ley penal. Tal sería el caso de los reglamentos de tránsito que hayan caído en desuso sin ser formalmente derogados y que la autoridad administrativa haya hecho caer en desuso por no exigir su cumplimiento.

[4] Cfr. CEREZO MIR, 150; RODRÍGUEZ DEVESA, 210; el caso de la ley que remite a otra que la tiene por fuente también en MUSOTTO, GIOVANNI, *Corso di Diritto Penale*, Palermo, 1960, p. 41; CORREIA, EDUARDO, I, 131.

Esto no podía ser admisible cuando —antes de la ley 17.711— el art. 17 del código civil disponía expresamente que "las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes", lo que era el rechazo de plano de la *desuetudo*. Así lo entendieron nuestros autores[5] y creemos que ese entendimiento era correcto conforme a la ley civil vigente al tiempo en que lo formularon. En la actualidad, entendemos que ese concepto no es sostenible frente a la sugestiva derogación del precepto que restaba toda importancia jurídica a la *desuetudo*.

Es indiscutible que es un principio general necesario para la vigencia del derecho, que el derecho no puede ser derogado por la costumbre, "pero también es verdad que en ocasiones, ha habido que admitir que no puede aplicarse a algunas situaciones singulares", como bien dice Borda, quien atinadamente agrega que "la vida del derecho es tan vigorosa, que más de una vez los tribunales se han visto forzados a admitir la derogación de la ley por la costumbre y a reconocer el predominio de ésta sobre aquélla"[6].

β) Tampoco la jurisprudencia es "fuente" del derecho penal en sentido estricto, aunque se trate de jurisprudencia plenaria. No admitimos la opinión que asimila la jurisprudencia plenaria a una ley interpretativa[7], por compartir los argumentos que desde antaño se han esgrimido en nuestra doctrina: la jurisprudencia plenaria no puede ser fuente del derecho, porque se dirigiría a particulares, sin que nadie le exija llenar los requisitos de la ley, es decir, sin la publicidad del art. 2º del código civil.

El anterior argumento es empleado por Soler[8] y Porto trata de rebatirlo, pero creemos que no lo logra, al menos en toda su extensión. Coherente con su posición, Porto sostiene la irretroactividad de la jurisprudencia plenaria más gravosa, pero también admite —y esto lo admitimos también nosotros— la posibilidad de que el error funcione como eximente en tales casos[9], sólo que en esto Porto resulta contradictorio con su propio planteamiento, pues para aceptar el error como eximente debemos antes admitir que esa jurisprudencia es retroactiva, que no opera como la ley penal, porque en el caso contrario no tenemos para qué apelar al error, sino sólo a la jurisprudencia anterior más benigna.

[5] Así, PORTO, op. cit., 113; NÚÑEZ, I, 96; en España, donde rige igual disposición civil, RODRÍGUEZ DEVESA, 211; MUÑOZ CONDE, 90; CEREZO MIR, 151; RODRÍGUEZ MOURULLO, 67; en Brasil, DAMÁSIO E. DE JESÚS, 23.

[6] BORDA, GUILLERMO A., *Manual de derecho civil, parte general*, Bs. As., 1976, p. 49.

[7] V. en este sentido, PORTO, op. cit., pp. 115 y ss., con cita de ENRIQUE AFTALIÓN.

[8] SOLER, I, 126.

[9] PORTO, op. cit., 130.

El otro argumento que emplea Soler creemos que está bien respondido por Porto: Soler dice que la jurisprudencia plenaria sería una ley supra-constitucional, porque obligaría a los jueces aún por sobre la Constitución, lo que no puede hacer ninguna ley formal. Creemos que eso es inadmisible, porque la jurisprudencia plenaria se hace obligatoria para los jueces de primera instancia por una ley que, de *ningún modo*, puede obligar al juez a contrariar la Constitución, dentro de cuyo ámbito la ley debe encuadrarse. *Entre la Constitución y la jurisprudencia plenaria, el juez debe estar a la Constitución.*

El rechazo de la pretendida irretroactividad de la jurisprudencia plenaria es casi clásico entre nosotros [10]. En Alemania Naucke sostiene —aisladamente en esa doctrina— que la jurisprudencia plenaria no es una cuestión de derecho procesal sino de derecho penal o material y, por ende, cree que la jurisprudencia plenaria más gravosa tampoco puede tener efecto retroactivo. Cita en apoyo de su tesis una sentencia del tribunal de Karlsruhe, en que pareció seguirse ese principio [11]. Sostiene este autor que si conducir en estado de embriaguez y causar por ello la muerte de alguien se considerase —como algunos creen— un homicidio doloso, la jurisprudencia que así lo entienda no podrá aplicarse al caso en que se cambie de criterio, sino recién al primero que se cometa después del cambio y publicación del fallo [12]. El argumento parece ser razonable porque Naucke, al igual que Porto hace un cuarto de siglo, plantean un problema de culpabilidad (de posibilidad de conocimiento y comprensión de la antijuridicidad), pero no de legalidad.

Por otra parte, darle a la jurisprudencia plenaria el carácter de una ley interpretativa implica una lesión al principio de división de los poderes del Estado, puesto que el Poder Legislativo no puede delegar sus funciones en el Poder Judicial. De toda forma, debemos añadir que tenemos muy serias dudas acerca de la constitucionalidad de las leyes que consagran la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria para los jueces de primera instancia [13].

Desde otro punto de vista, se ha sostenido que la jurisprudencia en general es fuente del derecho, siendo ésta una posición jusfilosófica que respetamos como tal, pero que no compartimos, y cuyo máximo exponente entre nosotros es Carlos Cossio, quien sostiene la posición "judicialista" respecto del derecho, a partir de la concepción del derecho como conducta [14].

[10] V. DE LA RÚA, 59; jurisprudencia de la Capital, Sala V^a, LL, 21-II-66; "El Derecho", 22-II-67.

[11] NAUCKE, WOLFGANG, *Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot (Art. 103 abs. 2 GG)*, en NJW, 1968, 2321 a 2324.

[12] V. NAUCKE, WOLFGANG, *Strafrecht*, p. 75; en contra, JESCHECK, pp. 99 nota 33.

[13] Cfr. SOLER, I, 125.

[14] Aparte de la egología, también le reconoce carácter de fuente PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona.

Cabe agregar que en algún momento de nuestra historia, la jurisprudencia tuvo verdaderamente el carácter de fuente del derecho penal. Dejando de lado los "autos acordados" y otros de la Recopilación de España [15], así acontecía en los albores de nuestro derecho patrio, en que el Reglamento de Justicia de 1817 dispuso que "toda sentencia en causas criminales, para reputarse válida debía ser pronunciada por el texto expreso de las leyes, sin que por eso, sin embargo, se entendieran restablecidas las que por atroces e inhumanas había proscripto o moderado la práctica de los Tribunales Superiores" [16].

γ) La mención que hace la ley civil acerca de los *"principios generales del derecho"*, plantea el problema de averiguar si tales principios pueden ser fuente del derecho penal. La expresión no es clara y, por ende, es susceptible de ser entendida en distintos sentidos. Por nuestra parte no creemos que estos principios sean sólo los principios constitucionales, porque no tendría sentido la expresión, sino que opinamos que los mismos son los principios jurídicos fundamentales sobre los cuales se asienta la legislación en su sentido general y, como tales, deben presidir toda interpretación legal.

No obstante, cabe aclarar que una cosa es tener en cuenta estos principios para interpretar la ley, y otra bien distinta es pretender pasar por sobre el principio de legalidad llevando como estandarte estos principios. En el primer sentido tienen plena vigencia para el derecho penal, pues sería absurdo pretender que la ley penal no debe interpretarse de acuerdo con los "principios generales del derecho". En el segundo sentido, estos principios no pueden esgrimirse como argumentos para arrasar el principio de legalidad, puesto que éste es, precisamente, una clara derivación de los mismos principios generales de nuestro derecho penal, impuesto por la seguridad jurídica. Dicho más brevemente, lo que no puede admitirse es que se integre judicialmente la ley penal acudiendo a los principios generales del derecho, en forma que lesione el principio de legalidad.

Pese a ello, es menester aclarar que cuando la ley penal remite a otra ley —como es la civil— que acepta e impone esa forma de integración judicial, la misma debe ser admitida en derecho

15 V. *Tomo tercero de Autos Acordados, que contiene nueve libros, por el orden de Títulos de las Leyes de Recopilación*, Madrid, 1775, por D. JOACHIN IBARRA, Impresor de Cámara de S. M.

16 OBARRIO, MANUEL, *Curso*, 1884, p. 84.

penal, sin perjuicio —claro está— de que aplique su construcción propia para determinar si hay delito.

δ) Hay otros conceptos de *"fuentes del derecho penal"*, que si bien son más que discutibles, no podemos ignorar. Es bastante cercana la clasificación de las fuentes en *"materiales"* y *"formales"* con la que las clasifica en *"directas"* e *"indirectas"*.

Para quienes clasifican las fuentes en materiales y formales, "materiales" sería "todo aquello que contribuye a determinar el contenido concreto de las normas jurídicas: por ejemplo, una convicción religiosa, la plataforma política de un partido mayoritario, una doctrina filosófica, un interés que logra imponerse, etc." [17]. Por esta senda, dentro de este concepto de fuente "material" entra también la filosofía, con lo que se vendría a dar razón a los autores antíguos. Las fuentes "formales" serían sólo aquellos "hechos o actos a los cuales se les atribuye una específica aptitud para crear normas jurídicas. Así el procedimiento formal establecido para que el Congreso sancione una ley, hace de la ley una fuente formal" [18].

Por último se hace también referencia a fuentes "directas" e "indirectas". "Directas" serían las que por sí solas producen o tienen la capacidad de producir normas jurídicas (un parlamento, una municipalidad, etc.). Las fuentes "indirectas" serían las que no tienen esa capacidad, pero pueden influir en la producción llevada a cabo por las fuentes directas, por lo que también se las llama fuentes "coadyuvantes". El ejemplo más claro de fuente "indirecta" sería la doctrina [19].

En sentido estricto, no creemos que la doctrina pueda ser considerada "fuente" del derecho penal, pues creemos que la misma no fue fuente del derecho ni siquiera en los tiempos del *jus respondendi*, dado que en esos tiempos tenía directamente la categoría de ley.

De cualquier manera, todas estas clasificaciones nos muestran que, en definitiva, hay una tendencia a entender la palabra fuente en dos sentidos: en un sentido más restringido o estricto y en un sentido más lato o amplio, sea que esta mayor amplitud se obtenga

[17] VILANOVA, José M., *Filosofía del derecho y fenomenología existencial*, Bs. As., 1973, p. 283.

[18] Idem, 284.

[19] Sobre esta clasificación, con gran claridad, RIVACOBA Y RIVACOBA, op. cit., pp. 57-58.

incluyendo en él las normas culturales que reciben sanción legal (fuentes "mediatas"), los factores que pueden influir en la legislación (fuentes "indirectas" y fuentes "materiales"). En cuanto a las fuentes en sentido estricto (fuentes inmediatas, directas o formales), respecto del derecho penal es casi unánime la opinión de que sólo lo es la ley.

En el sentido amplio o lato del concepto de fuente, prácticamente tiene cabida todo el resto de lo que se discute si es o no "fuente", porque este sentido lato es bastante difuso. No cabe duda de que el derecho penal frecuentemente remite a la ética social, como que no puede dejar de reconocer que hay un orden ético ni dejar de aspirar a cumplir un cometido ético. Tampoco nos cabe duda de que la doctrina y la jurisprudencia pueden influir en la legislación, como que las leyes —al menos en tiempos normales— suelen ser proyectadas por doctrinarios y jueces. Pero también las ideas filosóficas, religiosas, políticas, sociales y las circunstancias socio-políticas y económicas influyen decisivamente sobre la legislación y, de este modo, podemos considerar que toda la cultura es fuente del derecho penal. Dicho en estos términos, creemos que nos habremos ido muy lejos en el concepto de "fuente", porque éste se torna inconmensurable, dado que el derecho penal es una obra humana y si queremos ver como fuente de esa obra toda la proyección del hombre en su obra, todo lo humano será "fuente". Semejante idea de "fuente" es inmanejable científicamente, por lo que debemos desecharla.

Sin embargo, así como no es posible cerrar los ojos a algunos fenómenos, tampoco es posible pasar por alto que si bien todos los conceptos de "fuente" en sentido amplio sirven para crear un semillero de pleitos doctrinarios acerca de si tal o cual es fuente, tampoco podemos ignorar que con ese sentido amplio se busca siempre una apelación al realismo, una conexión del derecho con la realidad, procurando alcanzar "algo" que esté un poco "más allá" de la ley. La tarea es difícil, porque de no procederse con cordura y con muchísimo cuidado, se corre el riesgo de caer en una reducción del derecho penal y, por otra parte, se hace problemático hallar el límite que el dogmático debe poner a lo que cabe tomar en cuenta como "fuente *lato sensu*" y que se halla "más allá" de la ley.

Creemos que el límite debe ser puesto por lo que hallamos en forma inmediata e incuestionable como determinante que concurre y concreta la formación del orden legal, que es la *decisión política*

En este sentido lato de la voz "fuente", lo que inmediatamente es fuente de la ley penal es la decisión política que la determina. Las leyes penales no pueden menos que traducir una cierta *política penal*, que es fundamental desentrañar para lograr su adecuada interpretación.

De este modo, creemos que la fuente del derecho penal en sentido amplio es la política penal, sobre la que puede influir la doctrina, la criminología, la jurisprudencia, la ética, la religión, los usos y costumbres, la economía, la filosofía, etc. No obstante, creemos que lo más prudente es reservar el sentido amplio de la voz "fuente" a la política penal, no siendo en modo alguno conveniente extenderlo a las demás porque, en tal caso, el concepto se hace inmanejable por inconmensurable. Dicho esto, claro está, siempre con la aclaración de que la única "fuente" en sentido estricto es la ley.

25. **Fuentes de producción y de conocimiento del derecho penal: el principio de legalidad penal.** Hemos afirmado que la única fuente de conocimiento del derecho penal es la ley penal, usando siempre la expresión "fuente" en sentido estricto. Prácticamente, esta afirmación implica el enunciado del principio de legalidad, del que, como consecuencias ineludibles, se derivan los principios de irretroactividad de la ley penal incriminatoria o más gravosa [20] y la proscripción de la integración analógica de la ley penal [21].

El principio de legalidad, dentro de nuestro sistema jurídico positivo, se halla consagrado en el art. 18 constitucional, en la parte que dice: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...". Tiene su correlativo en el principio de reserva legal, que dice: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohibe" (art. 19 última parte). Esta formulación del principio de reserva requiere, además, que el sujeto pueda haber conocido lo prohibido, puesto que el único sentido de la ley previa es la posibilidad del conocimiento de la prohibición, que de otro modo no existiría. En esta forma, también en estos textos se consagra el *principio de culpabilidad*.

[20] V. *infra*, § 96.
[21] V. *infra*, § 56.

La doctrina nacional coincide en que la referida primera parte del art. 18 constitucional consagra el principio de legalidad [22]. No obstante, creemos que esta afirmación requiere un esclarecimiento, pues la redacción constitucional deja lugar a serias dudas. En efecto: la fórmula constitucional parecería consagrar un principio procesal (el debido proceso legal o legalidad procesal), no quedando del todo claro si con ella se abarca también la legalidad del derecho penal "de fondo".

La duda que dejaría en pie la redacción constitucional, pues, sería acerca de la siguiente alternativa: consagra solamente la legalidad procesal, o consagra la legalidad procesal y también la legalidad penal.

Cabe aclarar que esto es sólo una duda dogmática para saber a ciencia cierta dónde fundar el principio de legalidad penal en nuestra Constitución, pero, de cualquier manera, incluso llegando a la conclusión de que el art. 18 sólo consagrase el principio de legalidad procesal, no nos cabe duda de que la legalidad penal también está consagrada constitucionalmente, como una ineludible consecuencia del principio republicano de gobierno (art. 1º CN) y del principio de reserva legal (art. 19 CN). La duda dogmática, por otra parte, se reduce a saber si la "ley" en que el "juicio previo" se "funda" es la "ley" procesal o la "ley" penal y la "ley" procesal simultáneamente.

Suele afirmarse que el principio de legalidad —y su correlativo de reserva— llega a nosotros proveniente de la Carta Magna, a través de la Constitución de los Estados Unidos [23] o de ésta y de la Declaración Francesa de 1789 [24]. Ello no parece ser del todo cierto, porque en la Carta Magna se garantizaba solamente la legalidad procesal y porque en la Constitución de los Estados Unidos y en la Declaración Francesa se menciona claramente la ley *ex-post facto*, lo que nuestra fórmula no hace.

Soler afirma que el principio de legalidad proviene de la Carta Magna [25], pero basta leer la fórmula de este texto, citada por el mismo autor, para percatarse de que no parece ser así. Ese texto decía: "Ningún hombre libre será tomado o aprisionado, o despojado, o proscripto, o destruido de cualquier manera, ni pasaremos sobre él ni enviaremos por él, salvo por

22 Así, entre muchos, SOLER, I, 122; NÚÑEZ, I, 92; Fontán Balestra, I, 216.
23 Así, JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, Bs. As., 1951, pp. 152-153.
24 Así, SOLER, I, 107.
25 SOLER, I, 107.

el juicio legal de sus pares o por la ley del país". En lo que Soler parece tener razón es en la similitud que hay entre esta fórmula y la nuestra, lo que indicaría que nuestra fórmula se remonta a la Carta Magna, porque el "lawful judgement" y el "juicio previo fundado en ley" son equivalentes, pero lo cierto es que esta disposición de la Carta —que Cooley califica como la más importante[26]— consagra sólo la legalidad procesal.

Veremos luego[27] que el derecho inglés no hace hoy uso de la facultad judicial de crear delitos y que la misma ya no la poseen los tribunales ingleses, pero esto es resultado de una evolución que se operó recién en el siglo pasado, con lo que queda claro que el principio de legalidad penal no podía estar contenido en la Carta Magna, puesto que es incompatible con el principio de formación judicial del derecho o *common law*.

Prácticamente ningún autor inglés pretende que la Carta Magna haya contenido el principio de legalidad penal[28]. Cross y Jones reconocen expresamente que el principio de legalidad (*legalicy* o la *rule of Law*) no puede armonizarse bien con el *common Law*, porque la facultad de crear delitos por parte de los tribunales choca frontalmente contra él. "Recientemente —explica— la teoría de que los tribunales pueden crear nuevos delitos mediante el desarrollo de leyes antiguas, fue rechazada, porque se le objetó que: a) en una sociedad democrática los delitos deben ser creados por la legislatura; b) hay peligro de que la creación de nuevos delitos bajo el pretexto del desarrollo de antiguas leyes promueva incertidumbre respecto de la extensión de la regla legal; c) la existencia de una facultad judicial para crear nuevos delitos contraviene el principio de que no se debe penar por actos que no eran criminales cuando se cometieron. El principio está contenido en la máxima latina *nulla poena sine lege* y se llama a veces "principio de legalidad". Es más importante para la libertad del individuo que otros principios, tales como la *mens rea* y la regla de que la culpabilidad debe ser probada fuera de toda duda razonable, que se discuten con más extensión en más detallados libros de derecho penal. Afortunadamente, la creación judicial de delitos ya no es posible, desde que en 1972, la Cámara de los Lores, en *Knuller Ltd. v. Director of Public Prosecutions*, unánimemente rechazó la existencia de un poder residual en las cortes para crear nuevos delitos o am-

[26] COOLEY, THOMAS M., *The General Principles of the Constitutional Law in the United States of America*, Boston, 1898, p. 6.

[27] V. *infra*, § 56.

[28] V. por ejemplo, HEATH, JAMES, *Eigteenth Century penal theory*, Oxford, 1963, p. 14; GLANVILLE, WILLIAMS, *Criminal Law*, London, 1953, pp. 434-5. La opinión contraria es excepcional: JEROME HALL sostiene que la cláusula 39ª de la Constitución de los Estados Unidos tenía algo más que significación procesal, aunque tampoco es del todo concluyente (*General Principles of Criminal Law*, Indiannapolis, N. York, 1960, pp. 30-31).

pliar los existentes y hacer punibles conductas de un tipo anteriormente no sometidas a pena"[29].

Carwell y Swinfen afirman que la legalidad se fue imponiendo en el siglo pasado, "en que fue cobrando general aceptación que los jueces ya no podían ejercer su antiguo poder de crear nuevos crímenes". Pese a ello, recuerdan que en 1932 se hizo uso de esa antigua facultad en el caso de Elizabeth Manley, que había incurrido en una falsa denuncia de asalto y robo. Agregan que si bien en 1953 ese criterio ya había sido objetado, en 1962 Lord Simonds todavía sostenía en los Lores lo siguiente: "No tengo dudas de que queda en las cortes un poder residual para reforzar el supremo y fundamental propósito del derecho, de conservar no sólo la seguridad y el orden, sino también el bienestar moral del Estado, y que es su deber protegerle de ataques que pueden ser más insidiosos porque son nuevos y para los que no está preparado"[30].

La intervención de Lord Simonds estaba motivada por el "caso Shaw", de 1961, conocido como "caso de la guía de damas" (*Ladies' Directory Case*), que se refería a un sujeto que publicó una guía conteniendo avisos de prostitutas. Entre otras cosas, se lo acusó de *conspirancy* para corromper la moral pública. En el derecho inglés la *conspirancy* consiste en acuerdo para cometer crímenes o actos ilícitos. No obstante, el catálogo de actos ilícitos no abarca aquellos a los que incitaba el acusado. Pese a ello, la Cámara de los Lores entendió que la Corte podía extenderlo, como resultado residual de su antiguo poder[31].

Como vemos, el principio de legalidad no podía estar en la Carta Magna, cuando recién se consagra definitivamente en Inglaterra en 1972, y, además, no está constitucionalmente establecido, es decir que, dados los amplísimos poderes del Parlamento Británico, éste podría sancionar una ley penal retroactiva en cualquier momento. Fitzgerald, refiriéndose al principio de legalidad —unos años antes de la decisión de 1972—, consignaba que "el derecho penal inglés no ignora por completo un principio fundamental tan ampliamente aceptado. Las cortes raramente ejercitan el poder de crear nuevos crímenes, dejando eso a los representantes de la comunidad democráticamente electos, pese a que el caso *Shaw v. DPP* significó un remarcable resurgimiento del poder creativo judicial en el ámbito del derecho penal. En lo que concierne a la legislación —agrega— no es práctica presente sancionar *statutes* criminales retroactivos. Además, en la interpretación de la legislación criminal, las cortes se guían por la presunción de que el Parlamento no intenta legislar retroactivamente en esta esfera"[32].

Como vemos, la irretroactividad de la ley penal —derivada como consecuencia del principio de legalidad— en Inglaterra opera sólo por una presunción, pero hubo excepciones en la Segunda Guerra, en que se aumentaron penas pecuniarias retroactivamente para delitos económicos[33].

29 CROSS and JONES, *Introduction to Criminal Law*, London, 1976, pp. 11-12.

30 CARVELL, I. G., SWINFEN GREEN, E., *Criminal Law and Procedure*, London, 1970, pp. 7-8.

31 FITZGERALD, P. J., *Criminal Law and Punishment*, Oxford, 1962, pp. 8-9.

32 Sobre ello, FITZGERALD, op. cit., p. 171.

33 GLANVILLE, WILLIAMS, op. cit., p. 439.

No puede negarse la circunstancia de que "siempre que hay una extensión judicial del derecho penal, de esto resulta la punición a un procesado por un acto que no podía haber sido reconocido como criminal antes de la conclusión del juicio" [34]. De allí que pueda afirmarse con certeza que "donde el derecho penal está en gran parte no codificado, correspondiendo su configuración a la jurisprudencia, como sucede en el *common law*, no pueden valer ni la prohibición de la analogía ni el principio de irretroactividad" [35].

A este respecto, Porto incurre en un error, porque afirma que el texto constitucional vigente, (art. 18) se limita a consagrar la irretroactividad, pero no la proscripción de la integración analógica, como lo hacía la Constitución de 1949. En realidad, es preferible que en la primera ocasión se aclare la fórmula, pero de cualquier manera, entendemos que la integración analógica está igualmente proscripta con el texto vigente, porque la integración analógica judicial implica siempre retroactividad, desde que la ley creada por el tribunal se le aplica a un hecho que no estaba tipificado con anterioridad al juicio, fenómeno en el que no repara Porto.

Debe quedar claro que nuestra resistencia a admitir que la Carta Magna consagraba el principio de legalidad –lo que nos parece imposible, al igual que a los autores ingleses– no implica desconocer los méritos del sistema penal inglés, cuya grandiosidad, como lo señala Dicey [36], fue más práctica que teórica, pues finca fundamentalmente en un acomodamiento más rápido al principio de igualdad ante la ley, garantizado con la independencia del Poder Judicial. Los ingleses no se ocuparon tanto de pulir declaraciones de derechos, como de arbitrar medios para la garantía de los derechos, y ese sistema debe ser atentamente estudiado en materia procesal y en cuanto a la organización e independencia de su Poder Judicial, sin lo cual, cualquier legislación fracasará.

Queda claro que respecto del *nullum crimen sine lege*, "ni la Carta Magna inglesa de 1215, ni los arts. 104 y 105 de la *Costitutio Criminalis Carolina* tienen nada que ver con él" [37]. Tampoco proviene del derecho romano, en que era desconocido, por más que

[34] FITZGERALD, op. cit., pp. 170-1.

[35] RADBRUCH, GUSTAV, *Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, en "Süddeutsche JZ", 1947, columnas 131 a 136 (134).

[36] DICEY, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1956, p. 198.

[37] WEBER, HELLMUTH VON, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Bonn 1946, p. 48.

su enunciado se haga en latín [38]. Confirma nuestro criterio de que la Carta Magna nada tiene que ver con él, el paralelismo incuestionable que hay entre el derecho romano —que lo desconocía— y el derecho inglés [39].

Como consecuencia de lo dicho resulta que el principio de legalidad penal no está consagrado en la Carta Magna, que sólo consagraba el de legalidad procesal, con una fórmula similar a la nuestra. *Pero, además, nuestro art. 18 constitucional no proviene de la Constitución de los Estados Unidos,* cuya redacción es por entero diferente.

La cláusula 3ª de la Sección 9ª del art. 1 de la Constitución de los Estados Unidos establece que no se aprobará ningún *Bill of atteinder* ni ninguna ley *ex-post facto*. En tanto que el "bill of atteinder" era una ley por la que se imponía una pena, no teniendo los tribunales más función que la de registrar la ley [40], la parte que prohíbe estos "bills" consagra el principio de legalidad procesal en cuanto a la división de los poderes del Estado. La segunda parte, esto es, la prohibición de la ley *ex-post facto* es la que consagra la legalidad penal. La Corte Suprema estadounidense entendió por ley penal *ex-post facto* "toda ley que hace criminal un hecho cometido antes de la sanción de aquélla y que era tenido por inocente cuando fue realizado, que cambia el castigo o que inflinge uno mayor que el que imponía la ley o que agrava un delito o lo hace más importante que cuando fue cometido, o aplicable al delito cuando éste fue cometido, o que altera las reglas de prueba, autorizando una prueba menor o diferente para condenar a una persona por un delito cometido antes de la sanción de la ley" [41]. Más sintéticamente conceptúa Tiffany a la ley *ex-post facto*, siguiendo a Cranch: "la que hace castigable una acción de una manera que no era castigable cuando se cometió" [42]. También se señala unánimemente que la garantía se reduce a leyes penales y procesales penales [43].

Cabe consignar que la prohibición de la ley *ex-post facto* en forma expresa no fue pacífica en la Convención norteamericana, pues algunos diputa-

38 Ibídem.

39 Este paralelismo es puesto de relieve, aunque quizá un tanto exageradamente, por ROSSI (*Traité*, p. 49) y JAMES FITZJAMES STEPHEN (*A History of the Criminal Law od England*, London, 1883, I, 49).

40 Cfr. PASCHAL, JORGE W., *La Constitución de los Estados Unidos explicada y anotada*, trad. de CLODOMIRO QUIROGA, Bs. As., 1888, p. 463.

41 *La Constitución de los Estados Unidos de América anotada con la jurisprudencia*, Bs. As., 1949, I, 311.

42 TIFFANY, JOEL, *Gobierno y Derecho Constitucional*, Bs. As., 1874, p 309.

43 Cfr. TIFFANY, op. cit., p. 310; CURTIS, GEORGE TICKNOR, *Historia del origen, formación y adopción de la Constitución de los Estados Unidos*, Bs. As., 1866, p. 528; TUCKER, JOHN RANDOLPH, *The Constitution of the United States*, Chicago, 1899, II. 652-666; VON HOLST, H., *The Constitutional Law of the United States of America*, Chicago, 1887, 224-5; HALL, JEROME, op. cit., pp. 30-1.

dos entendieron que la prohibición salía sobrando por obvia [44]. "Se objetó que la prohibición era innecesaria, desde que, según los primeros principios de legislación, tales leyes son nulas por sí mismas, sin ninguna declaración de que lo son. Mas la experiencia había probado que, cualesquiera que fuesen los principios de los jurisconsultos, respecto de tales leyes, las legislaturas de los Estados las habían sancionado y habían tenido efecto" [45], por lo que la gran mayoría votó por su inclusión.

No obstante, la opinión minoritaria tampoco dejaba de ser prestigiosa. Recordemos que en el derecho inglés, Blackstone, para fundar la culpabilidad, elaboraba el principio de legalidad partiendo de la razón, es decir, de la imposibilidad de concebir de otra manera un derecho racional que permitiese fundar culpabilidad. "Un método aún más irracional —decía— es hacer leyes *ex-post facto*: se comete una acción en sí indiferente, el legislador declara entonces, por vez primera, que ésta constituye un crimen e inflinge una pena a la persona que la ha hecho. Le ha sido imposible a esta persona prever que un acto, inocente cuando lo ha hecho, devendría criminal por una ley subsiguiente. Ella no había tenido motivo para abstenerse, de modo que la pena que se le haga sufrir será injusta y cruel" [46]. El criterio de Blackstone se hallaba en la misma línea de Hobbes, para quien la autoridad era la que decidía de lo bueno y de lo malo (*auctoritas, non veritas facit legem*) y, por ende, para exigir el cumplimiento —y reprochar el incumplimiento— de lo decidido por la autoridad, requería la anterioridad de la ley y la posibilidad de su conocimiento [47].

Resulta manifiesto que la Constitución de los Estados Unidos hacen una referencia concreta e inequívoca a la ley *ex-post facto*, que en nuestro art. 18 no aparece, sin que sea totalmente descabellado pensar que pudo seguirse el criterio de la minoría de la Convención norteamericana y limitarse a consagrar el principio de legalidad procesal, estimando obvio el de legalidad penal.

Tampoco creemos que haya sido la Declaración Francesa de 1789 la fuente de inspiración de nuestro art. 18 constitucional en esta parte, porque ésta no deja lugar a duda alguna en su redacción, que consagra tanto la legalidad penal como la procesal. La Declaración dice: "Null ne peut etre puni qu'en virtud d'une loi establie et promulgée antérieurement au délit et légalment apliquée". Se ve bien a las claras, pues, que la ley debe ser anterior al delito (principio de legalidad penal) y legalmente aplicada (legalidad procesal).

[44] Cfr. THORPE, FRANCIS NEWTON, *The Constitutional History of the United States*. Chicago, 1901, I, p. 542.

[45] CURTIS, GEORGE TICKNOR, op. cit., p. 323.

[46] BLACKSTONE, W., *Commentaires sur les Lois angleises*, París, 1822, I, 69.

[47] WELZEL, *Naturrecht*, 119; LUYPEN, W., *Fenomenología del Derecho Natural*, Bs. As., 1968, p. 71.

Es muy probable que el pensamiento francés pre-revolucionario haya influido tanto en la Declaración de 1789 como en la Constitución de los Estados Unidos, como por ejemplo el pensamiento contractualista[48], en el que Beccaria fundaba precisamente el principio de legalidad penal, pero consideramos, a la luz de la redacción de los distintos textos, que nuestro art. 18 en la parte que nos ocupa, parece llegarnos casi directamente de la Carta Magna.

A la luz de estos antecedentes y del casi convencimiento —o por lo menos de la gran analogía— del origen de nuestro art. 18 en la Carta Magna, y visto que la Carta de 1215 no consagra el principio de legalidad penal, sino sólo el procesal, cabe volver sobre el interrogante primero: ¿Consagra el art. 18 la legalidad penal y la procesal, o solamente esta última?

Si bien la Carta Magna consagraba sólo el principio de legalidad procesal, creemos que el *lawful judgement* —que equivale al "juicio previo fundado en ley anterior" de nuestra fórmula— no tiene idéntico alcance en el marco general de la Constitución argentina. Ello obedece a los distintos sistemas jurídicos: el juicio se "funda" tanto en la ley penal como en la ley procesal, ya que esta última no hace más que realizar la anterior. Dentro de un sistema en que el tribunal puede crear delitos, como era el inglés, el juicio fundado en ley o juicio legal no podía pasar de fundarse en la ley procesal, porque es evidente que ese sistema no requiere leyes penales, dado que es derecho común (*common Law*). En lugar, en un sistema de derecho legislado, como corresponde a nuestra tradición y como lo establece la misma Constitución al establecer que el Congreso Nacional sancionará un código penal (art. 67, inc. 11), la ley anterior que funda el juicio no es ya la ley procesal únicamente, sino tanto la ley procesal como la ley penal. Dicho de otro modo: la fórmula en la Carta Magna no podía referirse a las leyes penales como fundamento del proceso, porque esos procesos no se fundaban en leyes penales, puesto que no las había; en lugar, la misma fórmula, que requiere el fundamento legal del juicio, en un sistema de derecho legislado, demanda que se ajuste a la ley previa tanto el procedimiento como el pronunciamiento, es decir, que sea legal el proceso y la pena.

Conforme a esto, y por tener la misma fórmula un alcance diferente en nuestro sistema, que el que tiene en un sistema de

[48] Sobre la influencia de ROUSSEAU en el pensamiento de JEFFERSON, HOLST, H. VON, *The Constitutional and Political History of the United States*, Chicago, 1889, I, pp. 30-1.

derecho común, creemos que el art. 18 consagra ambos principios de legalidad: el penal y el procesal.

El "principio de legalidad" y el "principio de reserva" son, prácticamente, el anverso y el reverso de una misma medalla, aunque creemos que conviene distinguirlos, porque son enunciados con *diferentes destinatarios.* En tanto que el principio de legalidad tiene vigencia en el ámbito penal, el principio de reserva es aplicable a cualquier disposición de autoridad que tenga facultad de "obligar" o de "privar".

Cabe aclarar que la legalidad proscribe la analogía, pero que no es la analogía lo único que proscribe, sino cualquier incriminación por vía de creación judicial de derecho, sea aplicando la analogía o cualquier otro procedimiento intelectual, como puede ser la deducción de principios generales. La analogía cumple una función importante en los sistemas de derecho legislado que no consagran la legalidad penal, pero es mucho más limitada su importancia en los sistemas de derecho común, que se rigen por el precedente y la creación libre [49]. En la creación judicial libre, el tribunal puede no valerse de la analogía con el precedente, en tanto que en el sistema de derecho legislado que admite la analogía, es indispensable que el juez acuda a ella.

El principio de legalidad fue enunciado en latín y en el sentido técnico preciso con que se lo conoce, por Anselm von Feuerbach [50], quien estableció las tres máximas fundamentales del mismo: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali* [51].

El alcance de este principio debe precisarse teóricamente, pues implica la *irretroactividad de la ley penal más gravosa* —que es problema que corresponde a la vigencia de la ley en el tiempo—, la *proscripción de la integración analógica de la ley penal in malam partem* —que es problema que corresponde tratar al considerar el método—, y el *principio de culpabilidad,* que corresponde tratarlo al ocuparnos de la tipicidad y de la culpabilidad. Aquí nos ocuparemos en líneas generales del principio que consagra a la ley como la única fuente de conocimiento del derecho penal.

Ante todo, no corresponde confundir el principio de legalidad penal con una imposición constitucional del casuismo legislativo [52], porque el casuismo es un defecto de técnica legislativa y no una virtud de la misma.

49 WEBER, HELLMUTH VON, *Grundriss* cit., p. 48.
50 Ibídem.
51 FEUERBACH, *Lehrbuch,* p. 24.
52 Cfr. JESCHECK, 101.

La legalidad obedece a un requerimiento de la seguridad jurídica, porque la ley penal —que tiene por función, junto con todo el derecho, proveer a la seguridad jurídica— no puede atacarla afectando su aspecto material y subjetivo, sembrando la incertidumbre acerca de lo prohibido y de lo punible. Un orden penal que no permita saber qué es lo prohibido y punible, no provee a la seguridad jurídica, sino que la destruye.

La ley civil provee a la seguridad jurídica resolviendo conflictos de intereses, lo que no puede dejar de hacer, aunque para ello deba llenar sus lagunas acudiendo a los principios generales y a la analogía, porque de no ser así se retrotraería la sociedad a la justicia privada. La ley penal sólo se limita a prevenir especialmente acciones futuras, posibles, afectantes de bienes jurídicos en forma socialmente intolerable y no puede entrometerse en las acciones que no han sido jurídicamente relevadas como tales para servir de fundamento a su intervención, porque causaría una tremenda alarma social. En tanto que la ley civil sembraría la mayor alarma social si no ordenase la integración de sus lagunas, la ley penal haría lo mismo si pretendiese que se integrasen supuestas lagunas de la prohibición y de la punición. De dos distintos caminos para proveer a la seguridad jurídica se derivan dos distintos principios regulativos del modo de hacerlo.

El principio de legalidad no requiere, pues, el casuismo legislativo, sino sólo la determinación, lo más precisa posible, del ámbito de lo relevante penalmente como delito.

Si bien el principio de legalidad cumple una función de primordial importancia en el plano de la tipicidad, no es menos cierto que el mismo se extiende a todo límite de punición, abarcando incluso la ley procesal [53]. Por nuestra parte creemos que, también dentro de ciertos límites, abarca la ejecución penal. La legalidad es principio que excede con mucho el mero marco de la tipicidad, sin desmedro de reconocer que es en él donde cumple su principalísima función.

No obstante lo dicho, la legalidad de un sistema penal siempre será una cuestión de grado en cuanto a la certeza de la punición de conductas, porque jamás la ley puede hacerla surgir en forma totalmente acabada, dado que su previsión siempre es abstracta y ello da lugar a un cierto margen de relativización en la concretización de la aplicación al caso *sub judice*. La abstracción es in-

[53] Cfr. BIELSA, *Derecho Constitucional*, p. 415.

herente a la previsión legislativa, de modo que, por sí misma, no es violatoria del principio de legalidad.

Rodríguez Devesa afirma que "el principio de legalidad es un *postulado*, la aspiración a una meta ideal e inalcanzable, la de la seguridad jurídica absoluta. Una seguridad de esta clase no es posible con el tosco instrumento de la ley" [54].

Beristain, por su parte, afirma con toda precisión, que "el principio de legalidad concretiza el principio (más fundamental y universal) de seguridad jurídica. La garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), la garantía penal (*nulla poena sine lege*) y, más aún, la garantía penitenciaria (*nulla poena sine regimine penale*) deben intentar, pero no pueden alcanzar, una determinación y una certeza absolutas. Todo código penal ha de admitir algunos tipos abiertos, algunos tipos con elementos normativos y ciertos márgenes más o menos amplios para la cuantía de la pena (la individualización legal de la pena deja siempre campo a la individualización judicial, y ésta a la penitenciaria), que relativizan la concretización y la certeza" [55].

La abstracción se torna violatoria del principio de reserva cuando posibilita la arbitrariedad jurisdiccional, habiendo recursos técnico-legislativos para evitar esa posibilidad.

Así, por ejemplo, el art. 172 no es violatorio del principio de reserva, porque pese a que el legislador proporciona ejemplos de ardides o engaños, luego se ve precisado a elevar el nivel de abstracción, en la imposibilidad de captar todas las formas posibles de ardides y engaños estafatorios. Tampoco viola el principio de legalidad el art. 84, porque es imposible prever todas las formas en que por imprudencia se puede causar a otro la muerte. Lo violatorio del principio de legalidad es la abstracción innecesaria para la captación del fenómeno que se quiere abarcar. No obstante, bueno es advertir que el problema está necesitado de una profunda investigación en nuestra legislación, sobre todo, porque también es violatorio un grado de abstracción que se torne demasiado difuso. Problemático es, por ejemplo, afirmar la constitucionalidad del art. 1º de la ley 20.840, que a estar a su letra, parece haber derogado todos los delitos tradicionalmente políticos del código penal, dada la amplitud de las expresiones que emplea.

Si pasamos ahora más directamente al enfoque del principio de legalidad al sólo efecto de determinar cuáles son las fuentes de producción y de conocimiento del derecho penal, veremos que conforme al art. 18 constitucional —como lo hemos dicho— la única fuente de conocimiento del derecho penal en nuestro sistema positivo es la ley penal. No obstante, hay varios sentidos de la palabra

[54] RODRÍGUEZ DEVESA, 138.

[55] BERISTAIN, op. cit., p. 83.

"ley", por lo que, con lo dicho, no está más que enunciada la cuestión.

Básicamente se puede hablar de ley en sentido *material* y ley en sentido *formal*. Por nuestra parte, creemos que el art. 18 constitucional emplea la expresión en sentido "material", aunque la cuestión no es nada pacífica en la doctrina. De toda forma, e incluso para quienes admiten como fuente sólo la ley en sentido "formal", no cabe duda de que hay al menos dos clases de leyes formales que pueden ser fuente de conocimiento del derecho penal: las nacionales y las provinciales y, consecuentemente, deben admitir también como fuentes de producción del derecho penal argentino, a los parlamentos nacionales y al ejecutivo nacional y a las legislaturas provinciales y ejecutivos provinciales, en tanto que participan en el proceso de sanción de leyes formales.

Ante todo, pues, y sin discución alguna, son fuentes de producción del derecho penal argentino el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo Nacional en cuanto concurren a la labor legiferente. Por consiguiente, tienen el carácter de fuentes de conocimiento las *leyes nacionales*, entre las que se halla el código penal, toda ley penal o no penal con disposiciones penales emanada de la Nación y el código de justicia militar, en cuanto crea delitos. La materia penal corresponde a estas leyes en tanto que no violen las limitaciones impuestas por el art. 32 constitucional, que veda al Congreso Federal "dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal".

Los *Poderes Legislativos provinciales* son también fuentes de producción del derecho penal, en lo referente a la materia no delegada por las provincias al gobierno federal (art. 104 CN) y en la materia reservada por el art. 32 constitucional. Por otra parte, las *leyes provinciales* pueden legislar materia penal que haya sido delegada al gobierno federal, pero sobre la que éste no haya legislado. Por esta vía fue ley en casi todo el país el código Tejedor, cuando el Congreso Federal no había sancionado aún el código penal. En la actualidad, toda vez que el Congreso Federal no ha legislado la materia contravencional penal, las provincias sancionan sus propios códigos contravencionales, que son constitucionales mientras el Congreso no cumpla el mandato impuesto por el inc. 11 del art. 67 constitucional en forma completa.

Históricamente, las *municipalidades* han tenido algunas facultades de legislación penal, heredadas de los cabildos. Dado que el art. 5º de la Constitución Nacional impone a las provincias la ga-

rantía del régimen municipal, queda claro que éstas deben conservar aquellas facultades limitadas a las respectivas áreas, que no han sido retaceadas por la Constitución. De allí que, en uso de estas facultades, las municipalidades disponen sanciones que, por revestir naturaleza penal o naturaleza compleja en la que participa también la penal, no podemos afirmar que se hallan fuera del derecho penal. De allí que consideremos que también pueden ser fuentes de producción del derecho penal las municipalidades y fuentes de conocimiento del derecho penal las *ordenanzas municipales.*

Cabe consignar que al considerar fuentes de producción del derecho penal también a las municipalidades dentro de sus respectivas funciones, esta consideración no puede excederse y pretender extender la calidad de fuente de producción al Poder Ejecutivo ni tampoco a la policía de seguridad, sino sólo el reconocimiento de facultades que tradicionalmente han tenido y que las provincias dentro de sus sistemas constitucionales les delegan. La policía de seguridad, por medio de sus famosos "edictos", y el Poder Ejecutivo por decretos simples, no pueden legislar en materia penal. Por otra parte, el reconocimiento de las facultades penales delegadas en las municipalidades, en lugar de afectar la seguridad jurídica, la refuerza, porque implica el requerimiento de todas las garantías penales en las referidas ordenanzas municipales.

A este respecto suele haber alguna confusión: cuando se pretende limitar la actividad productora de la ley penal a la ley formal y se le niega ese caracter a la ordenanza municipal, por ejemplo, lo que se hace es debilitar la seguridad jurídica, porque se pretende que esas ordenanzas caen en un ámbito en el que no rige el principio de legalidad y otros principios procesales elementales. Nadie puede dudar que una municipalidad puede sancionar una ordenanza prohibiendo vender frutas sin autorización municipal. Pues bien, lo que afirmamos es que esa ordenanza es ley penal en cuanto a la naturareleza *parcialmente penal* de la pena que prescribe, debiendo hacerse su interpretación conforme a los criterios rectores que surgen del art. 18 constitucional y concordantes. Como es obvio, esto evita la pretensión de que un jefe de policía pretenda dictar leyes penales por edictos, o que se pretenda juez de delitos que se llaman "contravenciones". Nos parece tan aberrante que una municipalidad pueda aplicar sanciones a *extraneus* burlando el art. 18 so pretexto de que las sanciones sólo tienen carácter administrativo, como que un funcionario policial tenga facultades judiciales y hasta legislativas con igual pretexto. Una prueba acabada de esta artimaña autoritaria la proporciona la ley 8.751 de la Provincia de Buenos Aires, del 21 de marzo de 1977 que, aparte de ser inconstitucional porque afecta al régimen municipal legislando materia que es propia de las municipalidades y violando así el art. 5º de la Constitución Nacional, dispone en su aberrante art. 12 una flagrante violación a los arts. 1º

y 18 de la misma Carta fundamental: "La falta quedará configurada con prescindencia del dolo *o culpa* del infractor". Es la más absurda consagración de la responsabilidad objetiva que hay en nuestra legislación.

El inc. 4º del art. 110 del código de justicia militar (ley 14.029) dispone que *en tiempo de guerra* quedan sometidos a la jurisdicción militar los particulares que *en las zonas de operaciones o de guerra,* cometiesen cualquier delito previsto en el mismo código, *"o cualquier hecho que los bandos respectivos sancionen"*. El art. 133 extiende esta facultad en los casos de conmoción interior, cuando se haya comprobado la impotencia de las autoridades y hasta que se las restablezca. Con esta disposición quedan convertidos en fuente de conocimiento del derecho penal los bandos militares, en tiempo de guerra y en zona de guerra u operaciones. Consiguientemente, los comandantes militares de la zona pasan a ser fuente de producción del derecho penal. Se trata, lógicamente, de una disposición que está impuesta sólo por la necesidad y estrictamente limitada a la misma. No es posible que un Poder Legislativo prevea lo que puede ser delito en esa emergencia, porque las circunstancias totalmente extraordinarias del tiempo y zona de guerra u operaciones, pueden otorgar la mayor gravedad a hechos que son totalmente inofensivos fuera de esa particular circunstancia, y que pueden ir desde encender un fósforo hasta tomar más de medio litro de agua, pero que en el contexto de necesidad de defensa se convierten en vitales. Esta delegación no parece tener un carácter constitucional, pero la verdad es que no se puede hablar de inconstitucionalidad de la misma, siempre que nos situemos en un plano de contacto con la realidad y tengamos en cuenta que la Constitución no deja de arbitrar medios para proveer jurídicamente a lo necesario a la defensa[56].

Si bien se ha impugnado frecuentemente la llamada "ley marcial", establecida en tales dispositivos del Código de Justicia Militar, su constitucionalidad es prácticamente innegable, siempre que los bandos militares sean proclamados dentro de los estrictos límites circunstanciales señalados por la ley. Dentro del *derecho penal militar ordinario*, es decir, el que se funda en la *necesidad tremenda* —que es la guerra potencial o actual—, los bandos militares no pueden tener fuerza de ley penal. No obstante, cuando dentro o fuera de la

[56] Sobre el carácter de fuente de los bandos en tiempo de guerra en la legislación italiana, MUSOTTO, GIOVANNI, *Corso di Diritto Penale*, Palermo, 1960, p. 33; en la española, RODRÍGUEZ DEVESA, 147; RODRÍGUEZ MOURULLO, 64.

guerra se presenta una *necesidad terribilísima*, entra en funcionamiento un *derecho penal militar de excepción*, en el cual el comandante de la zona de operaciones o de la zona de guerra tiene el deber jurídico de actuar en forma tal que, si lo hiciese quien no se halla en tal función, pero amenazado por idéntica circunstancia, actuaría en forma justificada o inculpable [66 bis].

Sintetizando lo hasta aquí expuesto, consideramos que la única fuente del derecho penal argentino es la ley penal en sentido *material*, entendiendo por tales las leyes nacionales, las leyes provinciales, las ordenanzas municipales y los bandos militares, con las aclaraciones y limitaciones que respecto de cada uno de ellos hemos formulado. Consiguientemente, con las mismas limitaciones, son fuentes de producción de nuestro derecho penal el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo Nacional en cuanto a sus poderes legislativos concurrentes, las Legislaturas provinciales y los Poderes Ejecutivos provinciales en cuanto a los mismos poderes concurrentes regulados por las respectivas constituciones, las municipalidades en orden a la facultad legislativa penal que históricamente han tenido y que les reconocen los derechos públicos provinciales en función del deber constitucional de garantizar el régimen municipal y los comandantes militares de zonas de guerra u operaciones, dentro de los límites de la necesidad terribilísima.

Uno de los problemas más debatidos es el de los llamados "decretos-leyes". En los repetidos momentos en que en nuestro país se interrumpió el funcionamiento de las instituciones políticas constitucionales, el poder ejecutivo emergente del acto de fuerza fundamentador asumió facultades legislativas. La forma corriente de legislar de tales gobiernos "de facto" fueron los "decretos-leyes", es decir, decretos con fuerza de ley formal [67]. Esta forma abarcó períodos considerables de nuestra historia contemporánea (1930-1932; 1943-1946; 1955-1958; 1962-1963; 1966-1973; 1976 al presente). Restablecido el funcionamiento de las instituciones constitucionales se sostuvieron criterios diferentes respecto de la validez de los mismos [68]. En una primera etapa, que va de 1930 a 1947, la Corte Suprema reconoció la validez de los decretos-leyes en forma limitada por la necesidad y hasta la instalación del Congreso que, en caso de no ratificarlos, operaba su pérdida de vigencia. Con posterioridad a 1947 se entendió por la Corte Suprema que el poder ejecutivo de "facto" ejercía plenamente las funciones legislativas y, por ende,

66 bis Cfr. ZAFFARONI, E. R.-CAVALLERO, R., *Derecho Penal Militar. Lineamientos de la Parte General*, Editorial Ariel, Buenos Aires, 1979.

67 Sobre ellos, BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Derecho Constitucional del Poder*, Bs. As., 1967, I, 404; del mismo, *Derecho Constitucional*, Bs. As., 1968, I, 753.

68 Sobre los diferentes criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema, BIDART CAMPOS, op. cit., I, 402.

los decretos-leyes tenían vigencia mientras no fuesen derogados por leyes del Congreso (o por otros decretos-leyes). No obstante, los Congresos constitucionales establecidos después de un régimen de "facto" entendieron que debían declarar la continuidad de los decretos-leyes y así lo hicieron [59]. De toda forma la discusión fue siempre grande y se llegó a opinar que perdían vigencia por simple decreto.

Por nuestra parte, entendemos que esos decretos-leyes conservan vigencia mientras no sean derogados, pues admitido el hecho de que se interrumpió el orden constitucional, no puede pretenderse que funcionen las instituciones constitucionales. Los decretos-leyes no existen en nuestra Constitución, precisamente porque cobran vigencia cuando las instituciones de gobierno regladas en ella han interrumpido su funcionamiento. El desconocimiento de la jerarquía de ley a esos decretos leyes haría caer por su base al mismo gobierno constitucional que proclama tal desconocimiento, porque carecería de validez incluso el acto legislativo por el que se convocaron las elecciones.

Al argumento que pretendiese apelar al realismo y afirmar que el gobierno "de jure" que sigue al "de facto" queda legitimado por la voluntad popular y no por la convocatoria "formal", cabría responderle con los mismos argumentos realistas, que elecciones hubo —convocadas por gobiernos "de facto" y que dieron lugar a gobiernos "de jure"— pero que en modo alguno fueron oportunidades de expresar la voluntad de la ciudadanía, por fraudulentas o condicionadas con proscripciones.

En definitiva, se trata de un problema de corte claramente político, que no puede ser resuelto a nivel científico [60].

Una cuestión por completo distinta es la referente a la denominación de tales "decretos-leyes", que nada tiene que ver con la validez de los mismos, pero que se ha confundido frecuentemente con ella. A partir de 1966 se decidió denominarlos directamente "leyes" y darles el número correlativo correspondiente a las mismas. Antes de 1966 se los llamaba "decreto-ley" y se les daba la numeración correspondiente a los simples decretos del poder ejecutivo. Si escindimos el problema de validez del de su denominación, que es lo correcto, y dejamos reducido el último a una cuestión práctica y de orden, lo adecuado es llamarlos por su nombre, esto es, "decretos-leyes", lo que permite saber cuándo una ley material emanó del Congreso y cuando de un poder ejecutivo "de facto". Sólo que también sería conveniente darles una numeración propia, separada de las de las leyes y también de la de los decretos simples, como forma de individualizarlos perfectamente.

El problema político de los decretos-leyes, es decir el de su validez, cobra especial importancia en nuestro campo. No obstante, creemos que aquí también tienen vigencia de ley formal y la mantienen una vez establecido el gobierno "de jure", debiendo ser derogados sólo por otro acto legislativo posterior de igual jerarquía. Si bien el problema se hace más delicado en nuestra materia, no por ello puede considerarse que la misma es una excepción a la regla general.

[59] Ibídem.
[60] Cfr. BIELSA, *Derecho Administrativo*, I, 343.

Una cuestión distinta es la de la conveniencia política de alterar las leyes penales por vía de decretos-leyes. Entendemos que los gobiernos "de facto" deben ser cautos en estos aspectos, pues si bien la experiencia indica frecuentemente lo contrario, cabe suponer o presumir que en un régimen "de jure", las leyes se discuten públicamente de otra manera y en otro clima más propicio para la legislación penal. En general, los gobiernos "de facto" deberán tener consciencia de que la legislación penal por vía de decreto-ley, generalmente bastante apresurada, genera dificultades de toda clase, entre las cuales no es la menos importante la inestabilidad legislativa, porque se superponen a los ya graves argumentos doctrinarios que se juegan en toda reforma penal, los circunstanciales argumentos políticos. Entendemos que la prudencia indica tocar lo menos posible la legislación penal por esta vía, sin perjuicio de hacerlo cuando no hay más remedio, pero evitar encarar reformas globales o fundamentales, que, ineludiblemente, están condenadas a vivir poco.

26. El destinatario de la norma penal. Las fuentes del derecho penal, esto es, las leyes, expresan normas y delimitaciones normativas. Durante mucho tiempo se dijo que esos requerimientos estaban dirigidos a todos los súbditos. Con posterioridad —y con gran agudeza— advirtió Jhering que no sólo los ciudadanos eran destinatarios de la norma, sino que también lo eran los órganos del Estado, y que ésta era la única garantía y característica esencial del Estado de derecho. Se preguntaba Jhering qué era lo que faltaba, después de analizar el poder de coerción estatal, para terminar la caracterización del Estado de derecho, y respondía: "El elemento destacado antes con el nombre de norma obligatoria bilateral, según el cual el poder del Estado mismo respeta las normas por él dictadas, les reconoce efectivamente, mientras existen, la validez general que les atribuyó en principio. Tan sólo así es desterrado el azar en la aplicación de las normas; en lugar de la arbitrariedad aparece la regularidad, la seguridad, la estimabilidad de la ley. Esto es lo que comprendemos por *orden jurídico*, y lo que tenemos en vista cuando hablamos de un imperio del derecho y de la ley, y tal es la exigencia que hacemos al derecho, si quiere corresponder a la noción que del mismo tenemos. Es la misión del *estado de derecho*" [61]. Binding, por su parte, afirmaba que la norma tiene por destinatario al juez, al Estado y al pueblo.

Es precisamente la fundamental garantía del Estado de derecho que la norma se dirija tanto al habitante como al órgano público, pero cabe advertir que lo hace de dos maneras diferentes,

[61] JHERING, RUDOLF VON, *El fin en el Derecho*, trad. de DIEGO ABAD DE SANTILLÁN, Puebla, Méx., 1961, I, 262.

pues "es ciertamente distinta la posición del súbdito y la del juez: el primero debe obedecer el precepto, mientras el segundo debe aplicar la sanción cuando el precepto se ha violado" [62]. Si observamos un poco más realistamente el fenómeno, veremos que la norma que obedece el juez como tal no es la que traduce la ley penal, sino la que traduce la ley procesal, pues la norma penal no expresa una norma para que el juez en función de tal la obedezca, sino que se dirige al juez para que conforme a ella traduzca una valoración en el caso concreto. "Las normas jurídico-materiales —dice con acierto Eberhard Schmidt— no son imperativos que el juez deba obedecer, sino reglas de juicio que debe aplicar. Para él no rige aquí la coacción de las normas que aplica, sino su deber jurídico público de garantizar la justicia" [63].

No obstante, aquí no termina el problema del destinatario de las normas que las fuentes de conocimiento expresan, pues partiendo de la afirmación de que las normas jurídicas tienen una finalidad motivadora, surge de inmediato la pregunta acerca de si tienen por destinatarios a quienes no pueden comprenderlas y, por ende, no pueden motivarse en ellas. La respuesta negativa fue defendida en nuestro siglo por un sector doctrinario y tuvo como máximo y extremo representante nada menos que a Binding [64]. Esta "teoría de los imperativos" no podía llegar a otras consecuencias, pero tampoco se la puede rebatir, afirmando simplemente que la ley se dirige a todos, aunque sean incapaces, por el simple hecho de que les aplica medidas de seguridad [65], porque éstas no son "sanciones", como hemos visto y como lo destaca, entre otros, Soler, con gran claridad. La posición contraria, según la cual todos son destinatarios de la norma penal, es la del positivismo [66].

Veremos luego que hay una "capacidad psíquica de delito", que tiene diferentes estratos, que van desde la involuntabilidad o incapacidad psíquica de conducta hasta la incapacidad psíquica de culpabilidad. Es incuestionable que la norma no se dirige a los involuntables, es decir, a los que no realizan conductas. Si a ellos se les pueden aplicar medidas de seguridad, es porque éstas tiene carácter asistencial administrativo y las debe disponer el juez penal cuando el hecho del involuntable configure las características

62 ANTOLISEI, 35.

63 SCHMIDT, EBERHARD, op. cit., p. 32.

64 BINDING, *Grundriss*, 1913, p. 97; PETROCELLI, en "Riv. di Diritto penitenziario", 1935, 1315.

65 Así, FONTÁN BALESTRA, I, 55.

66 Cfr. BRUNO, ANÍBAL, I, 211.

de un tipo objetivo. Pero las normas se dirigen a los que tienen capacidad de querer la realización del tipo objetivo e incluso el orden jurídico admite que éstos puedan actuar justificadamente cuando tienen también la capacidad de reconocer las circunstancias objetivas o situación objetiva de justificación. Cosa distinta es que el sujeto no tenga capacidad para comprender la antijuridicidad de la conducta típica y antijurídica que realiza, en cuyo caso sólo no le será exigible y por ende reprochable la no motivación en la norma.

En síntesis, creemos que la norma que traduce una ley penal se dirige a todos, según la capacidad de cada quien para realizar la conducta que prohíbe y para motivarse en la misma, y también se dirige a los órganos jurisdiccionales, como criterio al que deben atenerse para determinar la existencia de una violación a la norma por parte de quien podía motivarse en ella y establecer las consecuencias de esa violación en el caso particular.

La teoría del imperativo, según la cual toda proposición jurídica es un mandato o una orden, chocaba con el inconveniente de que esa orden o mandato no podía dirigirse al que no podía comprenderlo, hasta el punto de que Bierling llegó a afirmar que en los casos de incapaces, no había realmente una relación jurídica, sino una relación jurídica *ficta*[67].

En la actualidad, creemos que la posición correcta respecto de este problema es la de Armin Kaufmann, quien distigue entre el concepto de norma, que como voluntad "abstracta" se dirige a todos, y el de deber, que es la concretización de esa voluntad, que sólo se puede operar frente a cada quien conforme a sus condiciones y a su capacidad de conocimiento y de comprensión[68]. Esta tesis la explica sintéticamente y la aplica muy bien al análisis de la tipicidad culposa Malamud Goti[69].

II - EL DERECHO PENAL COMO MATERIALIZACION DE LA POLITICA PENAL

27. **Concepto de política penal.** Pocas expresiones han dado lugar a mayores equívocos que la de "política criminal". Por "política criminal" puede entenderse una "escuela" que aspiró a entender que la política criminal era la acción del Estado contra el crimen, conforme a los resultados de la investigación criminoló-

67 LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, Barcelona, 1966, p. 57.

68 KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 125.

69 MALAMUD GOTI, *La estructura penal de la culpa*, Bs. As., 1977, pp. 15 y ss.

gica entendida como ciencia empírica. El planteamiento de esta corriente de marcado tinte positivista no era complicado: si sabemos cuáles son las acciones "socialmente dañosas" (antijuridicidad material) y la criminología nos indica los medios de atacarlas y prevenirlas, el derecho penal tiene por función instrumentar jurídicamente esa prevención, pero no sólo formalmente, sino también limitando y encausando la misma, con lo que cercena la acción combativa como una necesidad socialmente impuesta. De allí que Liszt —que fue el campeón de esta corriente— entendiera que el derecho penal y la política criminal se hallaban enfrentados, porque en tanto que la primera llevaba adelante el interés social por la prevención del delito, el segundo constituía la "Carta Magna" del delincuente frente a la sociedad[70].

En el mundo contemporáneo, suele hablarse de política criminal en dos sentidos diferentes: para unos la política criminal es una disciplina de "observación" que determina cuáles son los objetivos de los sistemas penales y en qué medida son alcanzados en la realidad, en tanto que otros la conciben como "el arte de legislar o aplicar la ley con el fin de obtener los mejores resultados en la lucha contra el delito"[71]. Por nuestra parte, entendemos que "política criminal" es la política referente al fenómeno delictivo y, como tal, no es más que un capítulo de la política general del Estado. En este sentido entendemos que no está ni puede estar en oposición al derecho penal, porque éste mismo es una materialización de aquélla. La política penal no sería más que el aspecto más importante de la política criminal.

Cabe consignar que el derecho penal siempre es materialización, o tiende a la materialización de una política penal, pero de ello no puede seguirse que las consecuencias dogmáticas sean meras soluciones a problemas políticos que parecerían carecer de todo sustento distinto del ideológico, porque ello le llevaría a caer nuevamente en un positivismo insano.

El origen de la expresión "política criminal" no es pacífico. Parece que fue Kleinschrod quien lo uso por vez primera, y que luego lo hicieron Feuerbach y Henke, pese a que Liszt lo atribuye a Henke.[72]. Lo cierto es que fue usado por muchos autores antes que Liszt y los fundadores de la Unión Internacional de Derecho Penal le diesen ese particular sentido a que nos hemos referido. Pese a que todos los autores siguen

70 LISZT, FRANZ VON, *Aufsätze und Vorträge*, 1905, II, 80.

71 NUVOLONE, PIETRO, *Problemas de política criminal e reforma dos códigos*, en "M. P.", Curitiba, año 5 (1976), nº 6, p. 17.

72 Sobre esto, QUINTILIANO SALDAÑA, en "Adiciones" a VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1914, I, p. 10; LANGLE, EMILIO, *La teoría de la política criminal*, Madrid, 1927, p. 27.

hablando de "política criminal", preferimos llamarla política "penal", entendiendo que con ello evitaremos mayores confusiones.

Se ha ensayado una distinción entre política criminal y política penal por Quintiliano Saldaña, pero no nos convence. Sostenía Saldaña que la política criminal trata del fin mismo de combatir el delito, en tanto que la política penal tiene por objeto a los medios de lucha mismos [72 bis]. Creemos que la racionalidad de la política estatal o general en cuanto al fenómeno criminal no permite la escisión entre "fines" y "medios" en forma de desconectarlos: es siempre necesario un vínculo de razonabilidad que preside unitariamente toda esa política, sin que sea lícito dicotomizar lo que, como máximo, no son más que etapas sucesivas de un mismo proceso de decisión política.

Hace relativamente poco tiempo, Alfonso Quiróz Cuarón propuso denominarla "política criminológica" [72 ter], lo que no parecería del todo desacertado frente a las modernas corrientes de la criminología, que, en consonancia con sus iguales de la sociología, pretenden dar a la misma un contenido crítico. De toda forma, como aún es grande la corriente que reduce la criminología a un papel descriptivo e interpretativo, creemos que esta denominación puede dar lugar a equívocos, confundiéndosela con una posición positivista. Esto no significa que pretendamos ignorar que la política penal debe nutrirse de los conocimientos criminológicos si es que no quiere errar el camino y obtener resultados frecuentemente opuestos a los proclamados, pero lo cierto es que dentro de un concepto no tan radical de la criminología, la misma sería la que proporcionaría los medios para obtener los fines que la política criminal estaría encargada de trazar. Por supuesto que en un concepto crítico de "criminología", ésta no estaría desvinculada de la selección de los objetivos y, por ende, sería acertado llamarla "política criminológica", aunque bueno es observar que desde este punto de vista, también la criminología sería una teoría política. De cualquier manera, la intención con la cual Quiroz Cuarón adoptó esa denominación no es la del positivismo ni la de la corriente crítica, sino justamente a título de estandarte de lucha, para destacar una notoria carencia de las decisiones político-penales latinoamericanas, que es su orfandad de fundamento criminológico. Con ello quería reclamar —a la inversa de la tesis crítica— la "criminologización" de la política criminal (y no la "politización" de la criminología), pero sin caer por ello en la tesis positivista clásica. La denominación de "política criminológica" así propuesta, tiene un sentido limitado, es decir, que resulta válida como justo reclamo en un contexto defectuoso.

En el sentido que le hemos asignado a la expresión, la política penal "se dedica a la cuestión de cómo el derecho penal se dirige adecuadamente a su fin, cumpliendo así correctamente su tarea de protección social" [73]. Desde el ángulo de la política pe-

[72 bis] SALDAÑA, QUINTILIANO, en "adiciones" al *Tratado* de von Liszt, Madrid, 1972, II, pp. 60-61; del mismo, *Nueva Penología (Penas y Medidas de seguridad)*, Madrid, 1931, p. 99.

[72 ter] V. por ejemplo, en su *Medicina Forense*, México, 1977, p. 948.

[73] JESCHECK, 12.

nal, naturalmente que las valoraciones que traduce la política penal pueden compartirse y analizar si es correcta su instrumentación (utilizando para ello los elementos aportados por la labor sociológica de campo) o someterse a crítica esas valoraciones jurídicas. En este sentido, no es posible negar a la política penal el cumplimiento de una función crítica, tanto de los valores jurídicos como de la realización social de esos valores. La política penal no puede estar separada de las distintas posiciones políticas generales que la señalizan y, por ende, su aspecto crítico es innegable [74].

Si la política tiene naturaleza sumamente discutida, toda vez que para unos es ciencia y para otros es arte, la política penal —que no es más que una de sus manifestaciones— será por unos considerada ciencia y por otros considerada arte [75].

Pessina afirmaba que "la aplicación de la ciencia del derecho penal al arte del *jus condere* constituye la disciplina que los modernos penalistas llaman *política criminal*, en tanto que la aplicación de la ciencia del derecho penal al arte del *jus conditum dicere* genera la disciplina que toma el nombre de 'ciencia del derecho penal positivo'" [76]. Para Röder, que partía de una posición idealista, la política era el arte de materializar la idea. "Cómo haya de procederse en este concierto de la idea con la vida —decía— debe mostrarlo la política (doctrina del arte del derecho y del Estado), y respecto del derecho penal la política penal, en el único sentido propio de la palabra" [77]. Como puede observarse, la política penal no cumple un cometido crítico sólo a partir de Liszt, sino que lo cumplió siempre, como no puede ser de otro modo [78].

El sentido crítico de la política penal se pone de manifiesto muy especialmente en el Iluminismo, en que el distanciamiento que había entre el derecho penal positivo y los conceptos que sobre el mismo sostenían los iluministas, llevó casi a una confusión entre la política penal y el derecho penal, que se aclaraba muy bien en la obra de Carmignani. Al desdibujamiento de esos límites, en gran parte por efecto del tremendo rigorismo cruel del derecho vigente, obedeció, sin duda, la pretensión de extraer todo un sistema de derecho penal de la razón y, por ende, de considerar a la filosofía como fuente del derecho penal, tal como lo afirmaba Feuerbach [79] o Grolmann, que iniciaba sus consideraciones con la exposición de la metafísica kantiana [80].

74 Sobre ello, RADZINOWICZ, LEÓN, *Ideologia e criminalità*, Milano, 1968.

75 Sobre las modernas concepciones de la ciencia política, MACKENZIE, W. J. M., en PIAGET y otros, *Tendencias de la investigación en las ciencias sociales*, Madrid, 1973, p. 439 y ss.

76 PESSINA, I, 10.

77 RÖDER, *Las doctrinas...*, p. 39.

78 LANGLE (op. cit:, p. 29), pretende que lo adquiere con LISZT.

79 FEUERBACH, *Lehrbuch*, parág. 5; sobre ello, WOLF, ERIK, *Grosse Rechtsdenker*, p. 553.

80 Sobre ello, AMELUNG, KNUT, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972, p. 29.

Por otra parte, también es necesario aclarar que, cuando se acentúa el carácter de "arte" de la política penal, no debe caerse en la confusión entre política penal y "ciencia de la legislación" entendida como pura cuestión de técnica legislativa. Esta sería una pésima interpretación degradante del concepto mismo de la política penal. En el sentido que le hemos dado, y en trance de redondearlo, podemos decir que *la política penal es la ciencia o arte de seleccionar los bienes jurídicos que deben tutelarse jurídico-penalmente y los métodos para efectivizar dicha tutela, lo que ineludiblemente implica, el sometimiento a crítica de las valoraciones ya hechas y de los métodos ya elegidos* [80 bis].

28. **Política penal y legislación penal.** Nos estamos ocupando aquí de la política penal, porque hemos destacado al comienzo que hay dos sentidos de la voz "fuente" que pugnan siempre en todas las clasificaciones de las fuentes del derecho penal, tendiendo uno a ser estricto y el otro a cobrar mayor amplitud o laxitud. En este segundo sentido, hemos afirmado que la política penal es la única a la que podemos asignar el carácter de fuente del derecho penal, para no caer en un concepto de "fuente" que por amplio se tornase científicamente infecundo, lo que, por cierto, no implica el desconocimiento de todos los factores que concurren a la decisión política que se plasma en la ley penal. En este sentido, la política penal es lo que se halla inmediatamente antepuesto a la ley penal, tanto lógica como cronológicamente. Por supuesto que la política penal no se agota en la legislación penal como expresión de ella, sino que es el paso previo, crítico y decisivo, pero que, como parte que es de toda la política del Estado, tampoco puede ser parcializado en grado tal que se le prive de su general conexión con los otros aspectos de la misma, que se traducen en forma directa o indirecta en toda la labor preventiva de ciertas conductas que afectan ciertos bienes. Por otra parte, la política penal bien puede quedarse también en crítica, sin alcanzar su materialización en ley, pero invariablemente, la ley penal es formalización de una decisión política previa.

Esta relación necesaria de la política con el derecho no es una cuestión —lógicamente— limitada al campo penal, sino un pro-

80 bis Otras definiciones de política criminal en ZIPF, HEINZ, *Kriminalpolitik. Eine Einführung in die Grundlagen*, Karlsruhe, 1973, pp. 1 a 3; HURTADO POZO, 22; CERNICCHIARO, LUIZ VICENTE, *Dicionário de Direito Penal*, São Paulo, 1974, p. 384; PIZZOTTI MENDES, p. 15; etc.

blema general del derecho. Una norma jurídica presupone una decisión política. Sin decisión política —sin valoración— no puede haber norma jurídica, pues no habrá una individualización del ente valorado a tutelar jurídicamente. Por ende, entre decisión política y norma jurídica media una relación de *prioridad* (la decisión política debe ser *temporalmente* anterior a la ley) y una relación de *prelación* (la decisión política debe ser *lógicamente* anterior a la ley).

Esto no debe entenderse en el frecuente sentido radical de que todo derecho es *exclusivamente* materialización de una ideología y que no haya *absolutamente nada* firme, que no esté sometido necesariamente a la ideología o a la estructura ideológica, en forma tal que todo el derecho, su contenido y hasta su forma, depende exclusivamente de la formulación ideológica y, como máximo, se pueda hallar alguna conceptuación *totalmente* formal. Veremos luego, sin caer en un jusnaturalismo idealista, que algunas cosas pueden estar más o menos firmes y que no son solamente formales, aunque, por supuesto, no son tantas como muchos ideólogos pretenden.

Con estas debidas aclaraciones, podemos afirmar que la decisión política da origen a la norma. No obstante, tampoco esto significa que la norma quede sometida totalmente a la decisión política. La norma es hija de la decisión política y, como tal, lleva su carga genética, pero se convierte en algo separado de ella, sobre lo que la decisión política, una vez plasmada la norma, carece en absoluto de un derecho de vida o muerte sobre ella.

El cordón umbilical entre la decisión política y la norma lo corta el principio de legalidad en un sistema como el nuestro. En otros sistemas creemos que también está cortado, aunque en menor medida, pero no es nuestro problema. La principal carga genética de la norma se halla en el bien jurídico que tutela. Este es el componente *teleológico* (el "para qué") de la norma, que la mantiene vinculada a la decisión política. Pero si este componente teleológico —que le da sentido a la norma— ha sido mal traducido en la formulación legal, este defecto ya no podrá suplirse acudiendo *libremente* a la decisión política, sino que la labor supletoria tendrá limitaciones que dependen de cada sistema, pero siempre hallará límites. La decisión política seguirá siendo siempre orientadora y esclarecedora del alcance de la tutela normativa y, por consiguiente, del ámbito de lo prohibido, pero siempre dentro del marco de los límites que le imponga la legalidad.

En otras palabras: la decisión política se "hace patente" en todo el derecho penal y todo él encuentra limitada su traducción de la decisión política por la necesaria legalidad de la decisión judicial (en todos los niveles del mismo y no sólo en el de la tipicidad).

Por otra parte, la norma jurídica forma parte de un *orden* jurídico, y la decisión política debe ser entendida acudiendo a *todo* el orden jurídico, lo que contribuirá a perfilarnos los alcances de la prohibición, de la justificación, de la culpabilidad, de la punibilidad y de la pena misma. Así como un sujeto con la misma carga genética que otro puede tener distinto desarrollo según el medio en que subsista, la norma puede adquirir alcances diferentes, según el general encuadre normativo de que participa. De allí que, si bien los antecedentes históricos son importantes para el esclarecimiento del sentido de la norma, tengan, no obstante, un valor limitado, porque no puede seguir vigente la norma con el sentido originario de su decisión política en un marco que ha cambiado totalmente. Frecuentemente en esto se dan fenómenos de anacronismo legislativo parcial: piénsese en el sentido de una disposición napoleónica en la época de su sanción y en el sentido actual en la República Francesa, o en el código Rocco en 1931 y en el presente, en el marco normativo creado por la República Italiana.

Con un código penal en la mano no podemos conocer el derecho penal de un país, prescindiendo del resto del orden jurídico, porque las decisiones políticas se traducen en todas las normas jurídicas, y unas complementan, recortan, limitan a las otras, como necesaria consecuencia de la inadmisibilidad de contradicción derivada de la aspiración ética de todo derecho. Las decisiones políticas pueden ser contradictorias —y de hecho lo son—, pero no tiene ello importancia en tanto que las normas que generan puedan armonizarse dentro de un orden. Si las decisiones políticas se tradujesen en normas que ignoran las restantes, eso no sería orden ni derecho, porque no puede tener ninguna aspiración ética una normación contradictoria de la conducta: nadie puede adecuarse a una prohibición y a un mandato de la misma conducta.

La normación principal en cuanto a traducción de principios político penales es el estatuto jurídico del Estado, o sea, la Constitución misma. En un sistema como el nuestro, en que la política penal se decide por el principio de legalidad, ésta le está

asignando necesariamente al derecho penal la función de tutela jurídica, es decir, de seguridad jurídica. La función de "lucha contra el crimen", "combate a la delincuencia", etc., será necesariamente subordinada a la misión de seguridad jurídica de que parte toda la política penal del Estado. Es la seguridad jurídica la que impone la adopción misma del principio de legalidad, sin que le sea posible absolutizar ninguna "lucha contra el delito". Cuando la política penal tiene por función *exclusiva* la lucha (prevención, erradicación, combate, eliminación, etc.) contra el delito, necesariamente deberá eliminar el principio de legalidad y, consiguientemente, destruir la seguridad jurídica, porque quizá con semejante política penal puede saberse que no será nadie atacado por el delincuente, pero tampoco nadie podrá disponer de nada con seguridad, porque nadie podrá saber qué conducta está prohibida.

Cabe consignar que un derecho penal que no recepta el principio de legalidad, no por eso deja de ser derecho. Es verdad que el derecho no puede regular conductas pasadas, y también es verdad que si no conocemos la decisión antes no podemos arreglar nuestra conducta conforme a ella, pero históricamente no ha habido ningún orden positivo en que la inseguridad jurídica sea de tal naturaleza. El principio de legalidad es un modelo ideal, porque siempre hay grados de seguridad e inseguridad. Si en los sistemas positivos hubiese uno absolutamente "seguro", nuestra tarea saldría sobrando. Esta seguridad absoluta fue la ilusión de un momento, que quedó atrás con los albores de la codificación.

Por otra parte, una política penal que decidiese eliminar totalmente la legalidad (dada por ley escrita o por precedente), quedaría en el puro nivel de decisión política. Se anularía todo el derecho mediante una reducción a un conjunto de decisiones políticas particularizadas. El juzgador no traduciría ninguna norma, sino que ante cada caso fijaría arbitrariamente los límites de lo prohibido, antijurídico y reprochable. Semejante visión es sólo especulativa, porque el derecho surge en cualquier sociedad, por primitiva que sea, como un imperativo cultural, como parte necesaria del mundo al que el hombre es lanzado.

29. **La política penal y la dogmática penal.** La labor de la dogmática consiste en determinar el alcance del injusto, del reproche, de la punibilidad y de la penalidad, en forma cierta, insertando esta determinación en un sistema interpretativo lógicamente completo, que haga previsibles las soluciones para los casos particulares. La decisión política es la carga genética que lleva la norma y que, como tal, sirve para el esclarecimiento del sentido y del alcance de la misma. Este esclarecimiento debe completarse mediante la armonización con las restantes normas del orden normativo.

La dogmática penal no es, pues, un compartimento estanco respecto de la política penal. La circunstancia de que la reserva legal, impuesta por la función de provisión de seguridad jurídica, corte el cordón umbilical entre la decisión política y la ley penal, no implica en modo alguno que la dogmática penal, al construir el sistema de comprensión de la ley, pierda de vista todo contacto con la decisión política que la genera. Por el contrario: ambas ejercen influencias recíprocas. La política penal se proyecta hacia la dogmática y la dogmática también hacia la política penal.

Las relaciones entre política penal y dogmática han llamado poderosamente la atención de los investigadores de los últimos años, particularmente en Alemania, frente a la aceleración del largo trámite de elaboración legislativa. Entre otros trabajos, es importante al respecto el de Hassemer, quien sintetiza el ámbito de estas relaciones de la siguiente manera: "La política penal operacionaliza las metas del sistema del derecho penal adelantado en preceptos legales penales. Estos preceptos imponen relevancia. Ellos definen las conductas que producen conflictos jurídico-penalmente relevantes y definen la clase y límites de la reacción jurídico-penal. En eso se agota el poder de definición de la política criminal en dirección a la dogmática jurídico penal". "La dogmática jurídico-penal operacionaliza las determinaciones de relevancia de la política criminal. Ejerce a este respecto el poder de definición. Los institutos dogmático-penales definen el ámbito de las previas determinaciones de relevancia político-criminales. Elabora continuamente reglas de lenguaje aplicables a la decisión de casos con la delimitación de la conducta y de la reacción jurídico-penal, conforme a la ley penal. Allí se agota el poder de definición de la dogmática jurídico-penal en la dirección de la política criminal" [81].

La dogmática penal se proyecta hacia la política penal por las siguientes vías: α) La construcción dogmática exhibe las deficiencias del texto que interpreta y, de este modo, por efecto tangencial, se proyecta hacia la política penal, facilitándole la decisión política, obligándola a que exprese sus decisiones con mayor perfección y coherencia. La dogmática jurídico-penal le ofrece a la política penal posibilidades de soluciones sistematizadas para la elaboración de los objetivos político-penales, al tiempo que la política penal no puede omitir la clara consciencia de que sus objetivos únicamente pueden realizarse mediante categorías dogmáticas [81 bis].

β) El sistema de comprensión elaborado por la ciencia jurídico-penal puede provocar una crisis de los límites del horizonte

[81] HASSEMER, WINFRIED, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Hamburg, 1974, p. 194.

[81 bis] Cfr. ZIPF, HEINZ, *Kriminalpolitik*, cit., pp. 2-4; en análogo sentido, HURTADO POZO, 22.

de proyección de ésta. De esta manera puede hacer que lo que antes era una condición de eficacia del derecho penal pase a ser una condición de existencia del mismo, que la política penal debe reconocer como tal.

La política penal se proyecta, por su parte, hacia la dogmática penal, en los siguientes momentos principales:

α) Ayuda a comprender el alcance teleológico de la norma, sin perjuicio de que el dogmático deba apartarse del alcance que le indica la decisión política cuando no haya correlación teleológica entre el lenguaje y la decisión que lo funda (en tal caso estará al lenguaje si éste no tolera otro sentido, salvo que medie una contradicción normativa irreductible en que el principio republicano imponga otra solución y siempre que la solución sea menos gravosa); también se apartará de la decisión política cuando la misma sea incompatible con otras normas del ordenamiento en que se halla inserta (en cuyo caso deberá entenderla en el sentido que resulte compatible con las otras normas) [82].

β) Posibilita la adecuación de la interpretación de la norma conforme a su sentido teleológico y adaptado de las variables impuestas por la dinámica social, en que lógicamente, tendrá por límite el alcance del lenguaje, particularmente cuando el exceso resulte más gravoso.

30. **La función crítica de la política penal.** Hay una política penal materializada en la legislación penal positiva y criterios político-penales que son sostenidos frente a ésta en función crítica. Estos últimos configuran el aspecto o labor crítica de la política penal.

La crítica político penal *puede recaer sobre la misma decisión valorativa,* que puede ser sobre sus líneas generales (como cuando se reemplaza la función de seguridad jurídica por cualquier mito) o bien sobre la elección de los bienes jurídicos en particular. No obstante, también la crítica *puede recaer sobre la adecuación de la instrumentación legal a la tutela de los entes valorados.* En este segundo sentido, por ejemplo, podemos estar de acuerdo en la necesidad de tutelar la vida intrauterina, pero discutir si ante la impunidad del aborto, la tipificación de esa conducta o de algunas formas de aborto sea el medio preventivo adecuado o si, por el contrario, esta tipificación no impide una prevención más

82 V. VANOSSI, JORGE REINALDO, *El Poder Constitucional de los Jueces, con particular referencia al control de constitucionalidad,* en LL. de dic. 8 de 1977.

adecuada por otro medio. Las críticas de esta segunda naturaleza no las puede hacer la política penal sin la ayuda de los datos de la criminología, con lo que, de este modo, tiende así un puente entre ambas disciplinas, que siempre permanecen comunicadas.

La función crítica de la política penal es de primordial importancia en cualquier sociedad que quiera evitar cataclismos políticos. La dinámica social siempre amenaza con anular la eficacia de cualquier sistema penal, ya que puede provocar su pérdida de fundamentación antropológica. A la función crítica de la política penal le incumbe la tarea de alertar permanentemente acerca de estos fenómenos.

31. **Política penal, derecho penal y filosofía.** Nos hemos referido brevemente a la relación que mantiene el derecho penal con la filosofía [83], debiendo ahora agregar una reflexión acerca de la forma en que se inserta en esta relación la política penal, lo que viene a perfeccionar el panorama general de la misma.

El derecho penal como ciencia, es una "filosofía especial", que indaga el *qué* de una región de entes. Si la filosofía interroga por el sentido del "ser" en general, la relación es imperiosa con cualquier ciencia, pues la pregunta acerca del "ser" de un ente cualquiera no puede ignorar las respuestas que se dan al interrogante sobre el "ser" en general, debiendo presuponer siempre una cierta idea del mismo. Estas respuestas en su relación con el derecho penal proporcionarán la fundamentación filosófica del mismo.

Ahora bien, la pregunta que interroga sobre el "ser" en general, no puede pasar por alto el análisis de su forma, y para ello debe analizar la forma que tiene el ente que interroga, porque el interrogante tendrá la forma dada por ese ente. El ente que interroga no es otro que el hombre. Luego, la ontología no puede menos que tener como capítulo preparatorio o como analítica indispensable, la pregunta antropológica (¿Qué es el hombre?). La respuesta a la pregunta antropológica no puede evitar tener una directa influencia sobre una disciplina que se ocupa de los entes que regulan o pretenden regular conductas de los hombres. De la mejor captación del "ser" del hombre, es decir, de una respuesta antropológica más correcta, dependerá que esos entes que quieren regular conducta humana se elaboren más en consonancia con lo humano y que su interpretación corra por parejo

[83] V. *supra*, § 5.

carril. Así, esos entes tendrán mayor eficacia. De allí que de la adecuación del orden jurídico-penal al "ser" del ente "hombre", dependerán las condiciones de eficacia del mismo. *Esa adecuación y el permanente estudio de las condiciones de eficacia, es decir, de la capacidad del mismo, dentro de una estructura en permanente cambio, para posibilitar las existencias, es una cuestión que incumbe a la política penal como principalísima función.*

La política penal siempre tendrá en mira una concepción antropológica, como criterio sobre el que elaborar su crítica permanente, con directa incidencia en la legislación y en la dogmática. Este mecanismo de interdependencia y el papel central que en el mismo juega la cuestión antropológica, podrá pretenderse superado o ignorado —y de hecho se lo ha pretendido— pero un vistazo sobre la historia de nuestra disciplina muestra el grado de su contenido de verdad. El derecho penal y la política penal han sufrido —y gozado— la influencia de sucesivas respuestas antropológicas. La negación de la cuestión antropológica —de cuño incuestionablemente filosófico— nunca pasó de ser la admisión encubierta de una o de cualquier respuesta. La indiferencia ante la respuesta da lugar a un imposible, que es la inimaginable visión de una ciencia jurídico-penal con un horizonte de proyección desprendido totalmente de los anteriores, no gestado en base al juego contínuo de sistemas de comprensión y horizontes de proyección sucesivos. Semejante "ciencia" no hay quien la conciba, porque sería negar toda la cultura humana.

III - LAS FUENTES DE INFORMACION SOBRE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

32. **Las fuentes de información de la ciencia del derecho penal en la Argentina.** La bibliografía penal argentina es bastante voluminosa y también despareja. La bibliografía antigua particularizada puede hallarse en la obra de Eusebio Gómez titulada *Criminología Argentina, Reseña bibliográfica precedida de un estudio sobre el problema penal argentino* (Buenos Aires, 1912). Sobre estudios antiguos en el país y sobre la enseñanza en Buenos Aires de nuestra materia, pueden verse los trabajos de Juan Silva Riestra (*Evolución de la enseñanza del Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires*, Bs. As., 1943) y de Francisco P. Laplaza, (*Los estudios penales en la Argentina*, en "Criminalia", 1941). En estos trabajos se hallará suficiente información para quien se interese en especial sobre los comienzos de nuestra bibliografía. Aquí es imposible no sólo agotar la antigua, sino siquiera mencionar la contemporánea, aunque en cada tema trataremos de recordar las opiniones que nos preceden. No obstante, trataremos aquí de responder la pregunta que nos podría formular un extranjero o un lego: ¿cuál es la biblio-

grafía argentina general de la materia? Con esta sola intención es que citaremos la bibliografía general más importante.

Como *obras generales antiguas* hallamos, en primer término, la del autor del proyecto de nuestro primer código penal, Carlos Tejedor (*Curso de Derecho Criminal*, Bs. As., 1860 y 1871), que abarcaba la exposición del derecho penal y del procesal penal. Manuel Obarrio, autor del proyecto de código de procedimientos penales para la Capital, publicó en esta ciudad su *Curso de Derecho Penal* en 1884. En el mismo año hay un *Manual de Derecho Penal* de Antonio Luna. Cornelio Moyano Gacitúa, profesor de Córdoba, publica en Buenos Aires en 1899 su *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*, con una introducción de Osvaldo M. Piñero, profesor en Buenos Aires, que en 1909 publicara sus "Apuntes" (*Derecho Penal, Apuntes tomados en la Facultad de Derecho al Profesor de la Materia Dr. O. Piñero arreglados por C. A. A.*). A. Romañach y C. Miranda Naón publicaron los *Apuntes de derecho penal* (tres ediciones: 1892, 1895 y 1901), que según Bunge son los apuntes de clase de Norberto Piñero[84]. En 1910, Rodolfo Rivarola publicó su *Derecho Penal Argentino, Parte General*. En 1914 Carlos C. Malagarriga publica sus *Apuntes de Derecho Penal* y en 1918 aparecen los *Apuntes de Derecho Penal tomados de las conferencias del Dr. Julio B. Lezana.*

En un período que podemos llamar "medio", ya sancionado el código de 1921, podemos señalar las siguientes obras generales: Octavio González Roura, *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1922; Juan P. Ramos, *Curso de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1927; Alfredo J. Molinario, *Derecho Penal* (Apuntes, parte general, Buenos Aires, 1937; parte especial, La Plata, 1943); Eusebio Gómez, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1937; Augusto Morisot, *Derecho Penal, Parte Especial*, Santa Fe, 1941.

En 1940 se inicia en nuestro país el período dogmático de nuestro derecho penal, con la aparición de la obra de Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*. Con el correr de los años, otras dos obras generales extensas y completas vinieron a engrosar nuestra bibliografía nacional: el *Derecho Penal Argentino* de Ricardo C. Núñez y el *Tratado de Derecho Penal* de Carlos Fontán Balestra. A partir de 1950, fue publicando en nuestro país su *Tratado de Derecho Penal*, Luis Jiménez de Asúa, obra extraordinariamente enciclopédica, de la que aparecieron siete volúmenes.

En cuanto a las obras para estudiantes, prácticamente todas las que configuran la bibliografía antigua tenían propósito básicamente docente. De las contemporáneas actualmente en uso, mencionaremos el *Manual de Derecho Penal* de Carlos Fontán Balestra (con varias ediciones, la primera en 1949); el *Manual de Derecho Penal* de Ricardo C. Núñez (Buenos Aires, 1972); el *Derecho Penal* de J. F. Argibay Molina, L. T. Damianovich, J. R. Moras Mom, E. R. Vergara; el *Manual de Derecho Penal, parte especial*, dirigido por Ricardo Levene (h) (Buenos Aires, 1976); la *Sinopsis de Derecho Penal* de Carlos Creus (Rosario, 1974); y nuestro *Manual de Derecho Penal* (Bs. As., 1977).

Han sido numerosos los *textos legales anotados o comentados que se*

[84] BUNGE, C. O., *Casos de Derecho Penal, Dictámenes*, Bs. As., 1911, introducción, p. XLII.

publicaron en nuestro país: Augusto Elías, *El código penal estudiado en sus principios*, Buenos Aires, 1880; Julián L. Aguirre, *Código Penal de la República Argentina*, Buenos Aires, 1887; Rodolfo Rivarola, *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*, Buenos Aires, 1890; Carlos Malagarriga, *Código Penal de la República Argentina*, Bs. As., 1896; J. A. Frías, *Código Penal y Código de Procedimientos en lo Criminal ante la Justicia Federal Ordinaria de la Capital y Territorios Federales*, Bs. As., 1904; Antonio de Tomaso, J. C. Raffo de la Reta, *Código Penal Argentino*, Bs. As., 1921; Emilio C. Díaz, *El Código Penal para la República Argentina*, Bs. As., 1921; Roberto Parry, *Nuevo Código Penal y sus concordancias*, Bs. As., 1921; Rodolfo Moreno (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, Bs. As., 1922; Carlos Malagarriga, *Código Penal Argentino*, Buenos Aires, 1927; Tomás Jofré, *El Código Penal de 1922*, Bs. As., 1922; Eduardo Padró, *Nuevo Código Penal Argentino Explicado*, Bs. As., 1922; Alfredo Schaffroth, *Repertorio práctico del nuevo Código Penal de la Nación Argentina*, Buenos Aires, 1928; Juan F. González, *El Código Penal y la jurisprudencia*, Buenos Aires, 1936; Mario Oderigo, *Código Penal Anotado*, Bs. As., 1942; H. M. Pinto Bouquet, *Código Penal Concordado*, Bs. As., 1942; Juan Manuel Mediano, *Leyes Penales Comentadas*, Bs. As., 1946; Marcelo Finzi, *Código Penal de la Nación Argentina*, Córdoba, 1948; Mario M. Mallo, *El Código Penal comentado y sus Leyes Complementarias*, Bs. As., 1948; Eusebio Gómez, *Leyes Penales Anotadas*, Bs. As., 1952; Carlos J. Rubianes, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, Bs. As., 1968; Carlos Vázquez Iruzubieta, *Código Penal Comentado*, Bs. As., 1969; Jorge de la Rúa, *Código Penal Argentino, Parte General*, Bs. As., 1972; Manuel Ossorio y Florit, *Código Penal y Leyes Complementarias*, La Plata, 1975; Laje Anaya, *Código Penal Anotado*, 1979; Eduardo A. Valdovinos, *Código Penal*, Bs. As., 1979.

Las *obras más importantes elaboradas con motivo de reformas legislativas*, pero que frecuentemente —demasiado frecuentemente, por cierto— tienen un gran valor doctrinario, son a nuestro juicio las siguientes: Adán Quiroga, *Derecho Penal Argentino, Delito y Pena*, Córdoba, 1886; Rodolfo Moreno (h), *La ley penal argentina*, Bs. As., 1908; Julio Herrera, *La reforma penal*, Bs. As., 1911; Augusto Freitas Henriquez, *El Código Penal Argentino*, Bs. As., 1912; Juan P. Ramos, *Concordancias del Proyecto de Código Penal de 1917*, Bs. As., 1921; José Peco, *La Reforma Penal Argentina de 1917-1920*, Bs. As., 1921; Luis Jiménez de Asúa, *El Código Penal Argentino y los proyectos reformadores ante las modernas direcciones del Derecho Penal*, Bs. As., 1943; José Peco, *La reforma penal en el Senado de 1933*, La Plata, 1936.

Este panorama quedaría totalmente incompleto si se prescindiese de las *revistas especializadas*, en que se volcó un gran esfuerzo de la ciencia penal argentina de todas las épocas, aunque, desafortunadamente, ninguna ha habido que permanezca largos años, como en otros países, y que sobreviva en la actualidad. Es de esperar que las presentes inicien una tradición continuada con mejor suerte que sus predecesoras, que frecuentemente tuvieron una vida efímera. Entre las principales revistas especializadas hoy desaparecidas, cabe mencionar las siguientes: la "Criminalogía Moderna", que apareció de 1898 a 1900, dirigida por Pedro Gori; la "Revista Penitenciaria", aparecida desde 1905 a 1909, cuyo director fue José Luis Duffy; los "Archivos de Psiquiatría y Criminología", dirigidos por José Ingenieros; la "Revista de Derecho Penal", dirigida por Eusebio Gómez; la "Revista Penal Argentina", que dirigió

Juan P. Ramos; la "Revista de Identificación y Ciencias Penales" de La Plata (1929), dirigida primero por Luis Reyna Almandos y luego por Sislán Rodríguez; la "Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológica", de La Plata, dirigida por Oscar C. Blarduni; la "Revista Penal-Penitenciaria" de Santa Fe (1964-1965), dirigida por Roberto Alfredo Gollán; los "Estudios de Derecho Penal y Criminología" de Buenos Aires, que aparecieron anualmente de 1960-1962, dirigidos por Luis Jiménez de Asúa.

La "Revista Penal y Penitenciaria", órgano de la Dirección de la Penitenciaría Nacional, primero, luego de la Dirección Nacional de Institutos Penales (actualmente Servicio Penitenciario Federal), aparece desde largos años, aunque sus últimos números lo hacen con gran irregularidad. El Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires también tuvo su revista hacia 1972, ahora desaparecida, dirigida por Lydia Susana Rodríguez Méndez.

En los últimos años apareció la "Revista de Derecho Penal y Criminología" (1968), dirigida por Luis Jiménez de Asúa y luego por Carlos Fontán Balestra, la que luego se convirtió en "Revista de Derecho Penal, criminología y criminalística" bajo la dirección de Francisco P. Laplaza en 1972, año en que desapareció. En la actualidad aparecen en Buenos Aires dos revistas: "Doctrina Penal", que dirige Ricardo C. Núñez, y que sucede a "Nuevo Pensamiento Penal", y la "Revista Argentina de Ciencias Penales" dirigida por Ricardo Levene (h.). La información jurisprudencial se recoge con gran precisión en la revista "Jurisprudencia Penal de Buenos Aires", dirigida por Manigot. En Córdoba aparecen los "Cuadernos de los Institutos", de los que el de Derecho Penal publican importante material, bajo la dirección de José Severo Caballero.

En *revistas generales de derecho* se han publicado importantes trabajos doctrinarios. Entre las más difundidas cabe mencionar "La Ley", que aparece desde 1936 y "Jurisprudencia Argentina" que aparece desde 1918. En menor medida se incluye material de nuestra disciplina en "El Derecho", que aparece desde 1962. En la Provincia de Buenos Aires, la jurisprudencia penal —como toda la jurisprudencia— se registra en el "Diario de Jurisprudencia Judicial de la Provincia de Buenos Aires", que tiene el carácter de publicación oficial. En cuanto a la jurisprudencia de la Capital Federal, se han publicado varias veces los fallos plenarios de la Cámara de la Capital. Entre las revistas generales de derecho desaparecidas de mayor importancia, se cuenta la "Gaceta del Foro".

Las *obras y trabajos monográficos y parciales* aparecidos en el país alcanzan un volumen extraordinario, entre los que hay muchos con un enorme valor científico. No es posible hacer aquí una bibliografía completa, ni tampoco es justo mencionar títulos aislados, lo que configuraría una arbitrariedad. En cuanto a *traducciones de obras extranjeras generales*, cabe recordar la de la obra de Carrara, hecha por Soler, Núñez y Gavier; la del Tratado de Vincenzo Manzini, por Santiago Sentís Melendo; la del Tratado de Grispigni hecha por De Benedetti; la del Derecho Penal de Welzel, por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker; la del Esquema de Derecho Penal de Beling por Soler; la del "Libro de Estudio" de Mezger y por "Principios fundamentales" de Baumann por Conrado Finzi.

Este movimiento bibliográfico que tiene larga data, revela la intensidad del interés por la ciencia penal en nuestro país. Los períodos más notables de la misma los señala el comienzo lejano, con el propio autor del

proyecto de nuestro primer código, cuyo más distinguido comentador fue, sin duda, Rivarola. Herrera coloca un hito importante en nuestra ciencia penal, aunque no haya escrito una obra doctrinaria sobre el derecho positivo vigente. No obstante, su clara obra crítica sobre el derecho penal proyectado en la época, tuvo la ventaja de esclarecer no sólo a los que elaboraron la legislación posterior, sino también a doctrinarios, siendo básica para la comprensión de nuestro código vigente. El momento de la "lucha de escuelas" lo marca en la Argentina el embate positivista, cuyos máximos exponentes doctrinarios fueron Eusebio Gómez y Juan P. Ramos. La etapa dogmática de nuestra ciencia penal se inicia con la crítica de Sebastián Soler al peligrosismo y su posterior obra de conjunto. En esta etapa Ricardo C. Núñez y Carlos Fontán Balestra señalan otros dos momentos de muchísima importancia. En esta señalización somera omitimos toda una pléyade de hombres que impulsaron nuestra ciencia, con virtudes y defectos, como los tenemos todos, como ningún ser humano puede dejar de tener. Frecuentemente la política jugó su papel no siempre aventurado, como no puede ser de otro modo en una nación joven, en que los roles no suelen estar muy diferenciados. Pese a todo, por sobre todos los inconvenientes y no obstante que hemos receptado continuamente las más importantes corrientes de Europa, se ha ido formando entre nosotros una cierta tónica nacional, abierta siempre a las ideas nuevas, generosa y sincera, que eventualmente da lugar a que sobrevivan manifestaciones del pensamiento penal de épocas muy pasadas junto a la receptación de teorías muy recientes. Todo esto ha hecho que no podamos hablar propiamente de una "escuela" argentina, en el sentido de un coto cerrado ideológicamente, pero lo cierto es que en todas las corrientes importantes los nombres de nuestros autores fueron y son conocidos en Europa y, además, sin duda podemos afirmar que hay una "actitud" argentina en derecho penal, que revela una disposición científica por los sectores que siempre están ávidos de conocer y de investigar desprejuiciadamente. Los hombres siempre pasan y, frecuentemente, como es natural que le acontezca al científico en alguna etapa de su vida, a nivel individual pierden la actitud abierta que caracteriza la curiosidad científica, pero, invariablemente, otros siguieron siempre adelante y, resultado de ello es el aporte que nuestra bibliografía penal representa. No podemos negar que la calidad de la misma es sumamente despareja, pero, de toda forma, la valoración general merece ser destacada como de alta calidad, sólo superada por algunos países de Europa.

33. Panorama general sobre las principales fuentes de información de la ciencia jurídico-penal en el extranjero. La bibliografía penal contemporánea es inmensa. El volumen de lo producido a lo largo de la evolución de nuestra ciencia en el último siglo alcanza proporciones verdaderamente descomunales e inabarcables para una labor de clasificación y conocimiento individual. La información más completa acerca de la misma que es posible hallar en el mundo, sin lugar a dudas, es la que puede proporcionar la biblioteca del "Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional y Extranjero" de Friburgo de Brisgovia, en la República Federal Alemana, dirigido por Hans Heinrich Jescheck. El centenar de miles de volúmenes de esa biblioteca puede darnos una idea aproximada de su magnitud. Es lógico, con lo dicho, que no podamos pretender agotar aquí la misma, y ni siquiera proporcionar una indicación muy precisa, pero, a efectos de indicar, al menos las principales

fuentes informativas, ensayamos una breve mención que, dada las limitaciones que implica, debe tomarse con las advertencias formuladas.

AFGANISTÁN: El texto del código con una introducción general se tradujo al alemán (Beck, Sebastian, *Das afghanische StGB vom Jahre 1924 mit dem Zusatz vom Jahre 1925. Aus d. Persischen übers u. mit einer allg. Einleitung in die afghanische Strafgesetzgebung versehen*, Berlín, 1928.

ALBANIA: Elezi, I., *La parte general del código penal y los trabajos actuales*, 1966; del mismo, *Normas de Derecho Penal consuetudinario*, Tirana, 1965; Gjika, G., *El derecho penal de la República Popular de Albania. Parte Especial*, Tirana, 1968; Taushani, Papuli y Nova, *Comentario al Código Penal de la República Popular de Albania*, Tirana, 1964. Todos estos textos en la lengua original.

ALEMANIA (REPÚBLICA DEMOCRÁTICA): Hay dos tratados: uno, editado por Gerats, Lekschas y Renneberg, *Tratado de Derecho Penal de la República Democrática Alemana*, 1957; el otro, *Derecho Penal, parte general* (autores varios, Berlín, 1978). Hay un comentario al código de 1970 (todo en alemán).

ALEMANIA (REPÚBLICA FEDERAL): Los comentarios al código más importantes son los de E. Dreber (1972), R. Frank (1931), Kohlraush-Lange (1961), Lackner-Maassen (1972), Nivera (1968), J. von Olshausen (1927), Petters-Preisendänz (1970), Pffeifer-Maul-Schulte (1969), Leipziger Kommentar (últ. edición por Baldus y Willms, 1970), Schönke-Schröder (1978), Rudolphi, Horn, Samson y Schreiber (1977). Las principales obras generales de autores alemanes son las siguientes: Baumann, *Conceptos fundamentales y sistema del derecho penal*, 1972; del mismo, *Derecho penal, parte general*, 1977 (8ª ed.); Beling, *Elementos de Derecho Penal*, 1906, llega a la 11ª ed. en 1930; del mismo, *La teoría del delito*, 1906; Binding, *Compendio de derecho penal alemán, parte general*, 1913; del mismo, *Manual de derecho penal*, T.I., 1885; Binding, *Tratado del Derecho Penal Común Alemán, parte especial*, 1902-1905; Dohna, *La estructura de la teoría del delito*, 4ª ed., 1950; Eser, *Derecho Penal*, 1971; Blei, *Derecho Penal, parte general*, 1975; Bockelmann, *Derecho Penal, parte general*, 1975; Hippel, *Derecho Penal Alemán*, T. I, 1925, **T. II, 1930**; del mismo, *Tratado de Derecho Penal*, 1932; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal parte general*, 1978, 3ª ed.; Liszt, *El Derecho Penal del Reich Alemán*, un tratado, 1881, 1ª ed., 1932, 26ª ed. reelaborada por Eb. Schmidt, con el título *Tratado de Derecho Penal Alemán*; Maurach, *Derecho Penal Alemán*, un tratado, 1971, 4ª ed. 1977, 5ª ed. actualizada por Zipf, parte especial, 5ª ed., 1969; Hellmuth Mayer, *Derecho Penal Parte General, Elementos*, 1967; del mismo, *Derecho Penal, Parte General, Tratado*, 1953; Max Ernst Mayer, *La parte general del derecho penal alemán*, 2ª ed., 1923; Edmundo Mezger, *Derecho Penal, un tratado*, 1949 (siguió actualizándolo Blei); Sauer, *Teoría general del derecho penal*, 1955; del mismo, *Sistema del derecho penal*, 1954; Otto, *Curso básico de derecho penal, teoría general del derecho penal*, 1976; Naucke, *Derecho penal, una introducción*, 1975; Schmidhäuser, *Derecho penal, parte general, tratado*, 1970; Stratenwerth, *Derecho penal, parte general*, 1971; Weber, *Elementos de derecho penal alemán*, 1948; Wegner, *Derecho penal, parte general*, 1951; Welzel, *El derecho penal alemán. Un desarrollo sistemático*, 1969; Wessels, *Derecho penal, parte general*, 1972. Las principales revistas especializadas son las siguientes: el "Archivo de derecho penal de Goltdammer", el "Periódico mensual de Crimino-

logía y reforma del derecho penal"; la "Revista de la total ciencia del derecho penal"; la "Revista de Medicina Legal"; el "Diario Criminológico".

ANDORRA: Se rige por el derecho consuetudinario y no hay fuentes impresas de derecho penal.

AUSTRALIA: El código penal es de 1899, sucesivamente reformado; hay un proyecto de 1969. Las obras generales más importantes son: Reginald Francis Carter, *Criminal Law of Queensland*, Butterworths, 1965; Leask, *Das australische Strafrecht*, Berlin, 1939; Hamilton and Addison, *Criminal Law and Procedure*, Sydney, 1956; Ray Watson, *Criminal Law in New South Wales*, Sydney, 1971; J. Barry - G. W. Paton, *An Introduction to the Criminal Law in Australia*, London 1948; Herlihy, J. M., *An Introduction to Criminal Law in Queensland and Western Australia*, Sidney 1978; Roulston, R. P., *Introduction to Criminal Law in New South Wales*, Sydney, 1975. Las principales revistas jurídicas son: "Australian Law Journal", "University of Queensland Law Journal", "Sydney Law Review", Melbourne University of Tasmania Law Review".

AUSTRIA: Los comentarios más conocidos son los siguientes: L. Altmann y S. Jacob, *Comentario al derecho penal austríaco*, 1928-1930; G. Reissig, *El nuevo código penal austríaco*, 1974; O. Lenkauf - H. Steininger, *Comentario al código penal*, 1974; E. Foregger - E. Serini, *Código Penal*, 1975; las obras generales más importantes son las siguientes: Horrow, *Fundamentos del derecho penal austríaco con especial referencia al desarrollo histórico*, 1947-1952; Malaniuk, *Tratado de derecho penal*, 1949; Nowakowski, *El derecho penal austríaco en sus lineamientos*, 1955; Rittler, *Tratado de derecho penal austríaco*, 1962; H. Roeder, *Las formas de aparición del crimen reflejadas en las teorías subjetiva y objetiva del derecho penal*, 1953; Haberl, *Fundamentos del nuevo derecho penal austríaco*, 1974; Kienapfel, *Introducción al derecho penal austríaco*, 1974; del mismo, *Lineamientos de derecho penal austríaco* (p. esp.), 1978. (Todas las obras en alemán.)

BÉLGICA: Los comentarios más importantes son los de J. S. G. Nypels (1867-1884, 1896-1899 y 1938, las últimas puestas al día por J. Servais), el de J. Goedseels (1948) y el de J. Simon (1968). Las obras generales más importantes son las siguientes: Prins, Adolphe, *Sciénce pénal et droit positif*, Bruselas, 1899; Fernand Thiry, *Cours de Droit Criminel*, Lieja, 1892; Marchal, A., Jaspar, J. P. *Droit Criminel*, Bruselas, 1952; Rubbrecht, *Introd. al Derecho Penal Belga*, Lovaina, 1958; Doucet, J. P., *Précis de Droit Pénal Général*, Lieja, 1976. J. Constant, *Manuel de Droit Pénal*, 1953, 1960; del mismo, *Principes généraux du Droit Pénal positif belge*, 1959-1969; H. Bekaert, *Manual para el estudio y práctica del derecho penal belga*, 1965; A. Braas, *Précis de Droit Pénal*, 1946; J. Simon, *Manual de derecho penal belga*. 1948; C. J. Vanhoudt - W. Calewaert, *Derecho penal belga*, 1968; M. Rigaux - P. E. Trousse, *Encyclopedie-formulaire des infractions*, 1968; A. Marchal-J. P. Jaspar, *Droit Criminel*, 1975 (Las obras que no están en francés se hallan en valón).

BOLIVIA: José Medrano Ossio, *Derecho Penal Aplicado*, Potosí, 1960; Hugo Cesar Cadima, *Derecho Penal*, La Paz, 1962; Manuel Durán P., *Apuntes de Derecho Penal*, Sucre, 1967; José Medrano Ossio, *Derecho Penal, sus bases reales, Potosí*, 1961; Hugo Cesar Cadima Maldonado, *Código Penal de*

Bolivia, Oruro, 1958; Flores Torrico - Benjamín Miguel H. - Huáscar Cajías K., *Apuntes de Derecho Penal Boliviano*, La Paz, 1966. Desde 1945 se publicó en Potosí la "Revista de Criminología y Ciencias Penales" de la Universidad Autónoma Tomás Frías.

BRASIL: Los comentarios, anotaciones y ordenamientos son los siguientes: Eugenio Ferreira Da Cunha, *Consolidação das leis penaés*, Rio de Janeiro, 1918; Vicente Piragibe, *Consolidação das leis penaés*, Rio de Janeiro, 1918; Thomaz Alvez, *Annotacões theóricas e praticas ao codigo criminal*, Rio de Janeiro, 1864; Joao Vieira de Araujo, *O Código Penal*, Rio de Janeiro, 1901-1902; Oscar de Macedo Soares, *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 1907; Antonio Bento de Faria, *Código Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1907; Antonio Bento de Faria, *Código penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1942-1943; Jorge Severiano Ribeiro, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 1947; Antonio José Da Costa e Silva, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, S. Paulo, 1930-1938 (reelaborado en 1967); Wilson Bussada, *Código Penal Brasileiro*, S. Paulo, 1948; Teodolindo Castiglione, *Código Penal Brasileiro*, S. Paulo, 1950; Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1951-1959 (nueva edición actualizada por E. C. Fragoso, tomo Iº, 1977); Victorio Tolomei, *Novissima Jurisprudencia criminal*, Rio de Janeiro, 1951; Ribeiro Pontes, *Código Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1968; José Duarte, *Comentários a lei das contravencoes penais*, Rio de Janeiro, 1958; Aloysio de Carvalho Filho, *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro, 1958; Darcy Arruda Miranda, *Repositório de Jurisprudencia ao Código Penal*, S. Paulo, 1962; Alvarenga Neto, *Código Penal Brasileiro e leis penaes subsequentes*, R. de Janeiro, 1929.

Las principales obras generales son las siguientes: Benjamín de Oliveira, *Introducao ao estudo do Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1934; Roberto Lyra, *Introdução ao estudo do Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1946; César Da Silveira, *Tratado da responsabilidade criminal*, S. Paulo, 1955; Luis Vicente Cernicchiaro, *Estrutura do Direito Penal*, S. Paulo, 1972; Anibal Bruno - Batista Nilo, *Teoria da Lei penal*, Sao Paulo, 1974; Cernicchiaro, *Dicionário di direito penal*, S. Paulo, 1974; Anibal Bruno, *Direito Penal*, R. de Janeiro, 1967; *Galdino* Siqueira, *Direito Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1921-1924; del mismo, *Tratado de Direito Penal*, 1950; Leao Vieira Straling, *Teoría e prática penal*, S. Paulo, 1956; Salgado Martins, *Direito Penal*, S. Paulo, 1974; Magalhaes Noronha, *Direito Penal*, S. Paulo, 1959-1976; Lydio Machado Bandeira de Mello, *Tratado di Direito Penal*, Belo Horizonte, 1962; Basileu García, *Institucões de Direito Penal*, S. Paulo, 1977; José Federico Marques, *Tratado do Direito Penal*, S. Paulo, 1964-1966; Vicente Sabino, *Principios de Direito Penal*, S. Paulo, 1965; Maria Stella Villela Souto, *ABC do Direito Penal*, R. de Janeiro, 1967; Abreu Garcez, *Curso basico de Direito Penal*, S. Paulo, 1972; Nancy Aragao, *Voce Conhece direito penal*, Rio de Janeiro, 1974; Heleno Claudio Fragoso, *Primeiras linhas sobre o direito e o processo penal*, 1974; del mismo, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, S. Paulo, 1976; Nelson Pizzotti Mendes, *Direito Penal*, S. Paulo, 1974; Osvaldo Da Costa Moraes, *Direito Penal*, 1975; Antonio Quiroz Filho, *Licoes de direito penal*, S. Paulo, 1966; Castelo Branco, *Direito Penal*, S. Paulo, 1970; Roberto Lyra Filho-Luis Vicente Cernicchiaro, *Compendio de Direito Penal*, S. Paulo, 1973; Damásio Evangelista de Jesus, *Direito Penal*, S. Paulo, 1973; Roque de Brito Alves, *Direito Penal*, Recife, 1973; Paulo R. Pinheiro

Torres, *Nocões de direito penal*, Rio de Janeiro, 1973; Paulo Leite Ventura, *Direito Penal Resumido*, 1974; Joao Mestieri, *Curso di Direito Criminal*, R. de Janeiro, 1970; Edevaldo Alves Da Silva, *Licoes di Direito Penal*, S. Paulo, 1973.

BULGARIA: Hay un comentario al código publicado en Sofía en 1961. Obras generales: I. Nenov, *El Derecho Penal de la República Popular Búlgara*, Sofía, 1956-1963; M. A. Krasnopolina, *Cuestiones fundamentales del derecho penal de la República Popular Búlgara*, Moscú, 1960; B. Mankovski, *Los principios fundamentales y el sistema de la legislación penal socialista*, Sofía, 1958 (todo en lengua original).

CAMBOYA: Hay un antiguo trabajo de Adhémard Leclére, *Recherches sus la législation criminelle et la procedure des Cambodgiens*, París, 1894; hay una versión francesa del código penal en 1956.

CAMERÚN: Hay edición bilingüe (francés-inglés) del código penal en 1969.

CANADÁ: Las obras más importantes son: Crankshaw, John E., *Criminal Code of Canada*, Toronto, 1935; Tremeear, *Criminal Code*, Canadá, 1944 (hasta la 6ª. ed. actualizada por Leonard J. Ryan, 1975 y volumen de casos, 1976); Wharton, Lewis, *A Manual of Canadian Criminal Law*, London, 1951; O'Connor, Austin, *An Analysis of and a guide to the new Criminal Code of Canada*, Toronto, 1955; Martin, J., *The Criminal Code of Canada*, Toronto, 1955 (actualizado hasta 1975 por Jan Cartwright y en 1978 por Creenspan); Schmeiser, Douglas A., *Cases and comments on criminal Law*, Toronto, 1966; Autores varios, *An Abridgment of Canadian Criminal Casa Law*, Toronto, 1971; *Studies in Criminal Law and Procedure*, Ontario, 1973; Clarke, K. L., *Criminal Law and the Canadian Crim. Code*, Toronto, 1977.

CEILÁN: Las principales obras son: Wyetunge, E. P., *A complete Digest of Case Law on the Ceylon Penal Code 1820 to 1955*, Colombo, 1955; Peiris, G. L., *General Principles of Criminal Liability in Ceylon*, Colombo, 1972; del mismo, *Offences under the Penal Code of Ceylon*, Colombo, 1973.

COLOMBIA: Los comentarios al código penal más importantes son los siguientes: José Antonio Archila, *Código Penal*, Bogotá, 1938; Antonio Vicente Arenas, *Comentarios al Código Penal Colombiano*, Bogotá, 1964; Luis Muñoz, *Comentarios al Código Penal de Colombia*, México, 1955. Las obras generales más importantes son las siguientes: José Vicente Concha, *Tratado de derecho penal y comentarios al código penal colombiano*, París, 1915; Luis Carlos Pérez, *Derecho Penal Colombiano*, Bogotá, 1956-1978; *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, 1974; del mismo, *Tratado de Derecho Penal*, Bogotá, 1975; Alfonso Reyes, *Diccionario de Derecho Penal*, Bogotá, 1972; del mismo, *Derecho penal colombiano*, Bogotá, 1972; Agustín Gómez Prada, *Derecho Penal Colombiano*, Bogotá, 1959; Carlos Lozano y Lozano, *Elementos de Derecho Penal*, Bogotá, 1961; Luis Eduardo Mesa Velásquez, *Lecciones de Derecho Penal*, Medellín, 1962, Bogotá, 1974; Bernardo Gaitán Mahecha, *Curso de Derecho Penal*, Bogotá, 1963; Luis Enrique Romero Soto, *Derecho Penal*, Bogotá, 1969; Víctor León Mendoza, *Derecho Penal General*, Cartagena, 1973; Federico Estrada Vélez, *Manual de derecho penal, La norma, el delito, el delincuente*, Medellín, 1975; Enrique Gutiérrez Anzola, *Derecho*

Penal Especial, Bogotá, 1957; Pedro Pacheco Osorio, *Derecho Penal Especial*, Bogotá, 1959-1978; Luis Gutiérrez Jiménez, *Derecho Penal Especial*, Bogotá, 1965; Hermenegildo Bonilla Gómez, *Ciencia jurídico-penal contemporánea*, Popayán, 1967; Gustavo Rendón Gaviria, *Derecho Penal Colombiano*, Bogotá, 1973; Servio Tulio Ruiz, *La estructura del delito*, Bogotá, 1978.

COREA: Hay obras generales importantes: Hung-Wu Nam, *Tratado de derecho penal, parte general*, Seúl, 1965; Sanduk Hwang, *Derecho Penal*, Seúl, 1972 (en coreano).

COSTA RICA: En la bibliografía antigua se destaca una obra de Rafael Orozco, *Elementos de Derecho Penal de Costa Rica*, San José, 1882.

CUBA: Hay varios comentarios al Código de Defensa Social que son muy importantes: Diego Vicente Tejera y García, Evalio Tabió, *Comentarios al código de Defensa Social*, La Habana, 1944-1956; Emilio Menéndez y Menéndez, *Código de Defensa Social concordado y anotado con la legislación y la jurisprudencia cubanas*, La Habana, 1952; Juan José Expósito y Casasús, *Código de Defensa Social y Derecho Penal Complementario*, La Habana, 1950; también de Pablo F. González, *El Código de Defensa Social en la Jurisdicción Correccional*, La Habana, 1943. Como obras generales, se destacan la de Menéndez y Menéndez, *Principios de Derecho Criminal*, La Habana, 1942; y Armando M. Raggi y Ageo, *Derecho Penal Cubano*, La Habana, 1938-1939. En los años posteriores a la revolución se destacan los trabajos de Juan Vega Vega.

CHAD: Claude Durand, *Droit Pénal spécial*, 1972; *Republique du Tchad, Recueil de textes judiciaires. A l'usage de messieurs les magistrats el judges de paix*, París, 1971.

CHECOSLOVAQUIA: Hay un comentario al código penal de Breier y otros autores, publicado en Praga en 1964; hay otro publicado en 1975; también un comentario a las leyes procesales y penales de 1965, de Burda y otros autores, Praga, 1967. Solnar y otros autores publicaron un *Derecho Penal Checoslovaco*, 2ª ed., Praga, 1969; de Solnar, *Fundamentos de la responsabilidad penal*, Praga, 1972 (todos en lengua original). En francés hay trabajos sobre derecho penal checoslovaco en el *Bulletin de Droit che Tchécoslovaque* (Breier, 1962, pp. 31 y ss.; Solnar, 1962, 1 y ss.); en alemán hay trabajos de Solnar en la ZStW, 1963 (75), pp. 665 y ss.; y 1970 (82), pp. 223 y ss.; en italiano, Lauretta Durigato, *Uno studio di diritto penale socialista*, Padova, 1976.

CHILE: Las obras más importantes de derecho penal chileno son: Raimundo C. Del Río, *Derecho Penal*, Sgo., 1935; Pedro Ortiz Muñoz, *Nociones Generales de Derecho Penal*, Sgo., 1933-1937; Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Sgo., 1960; Alfredo Etcheberry Orthústegui, *El derecho penal en la jurisprudencia*, Concepción, 1971; Gustavo Labatut Glena, *Derecho Penal*, Sgo., 1972; Enrique Cury Urzúa, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Sgo. 1973; Luis Cousiño MacIver, *Derecho Penal Chileno*, Sgo., 1975 (esta última de gran calidad, habiendo aparecido hasta el presente un tomo). Desde 1935 se publica por la Dirección General de Prisiones la "Revista de Ciencias Penales", que más tarde pasa a depender del Instituto de Ciencias Penales de Chile.

CHINA NACIONALISTA: El código penal es del 1º de enero de 1935 (hay trad. francesa, inglesa, alemana y japonesa), comentarios a la parte especial

de Yüe, Chéng-Hsiu, 1966, y de Chén Chao, 1962. Las principales obras generales son las de Yeh-P'ing Chou, *Lineamientos*, 1964, *Tratado*, 1966; Hsi-en Shih, *Teoría del derecho penal chino*, 1971; Pú--Sheng Ch'en, *Derecho penal práctico*, 1977; Chung-Mo Han, *Principios*, Taiwan, 1955; Chén Chao, *Derecho penal general*, 1962; Mu-chung Ssu, *La parte general del derecho penal chino*, Taipei, 1968; Tun-ming Ts'ai, *Tratado general*, Taipei, 1969; Chien-ming Ch'u, *Derecho penal general*, 1975; las obras más importantes de parte especial son las de Pó-Sheng Chen, Taiwan, 1965; Tun-ming Tsai, Taipei, 1969; Kang Ch'en, Taipei, 1974, y Chen Chao, Taipei, 1975. (Todas en chino.)

CHINA POPULAR: Hay una publicación en ruso de 1957 (Moscú), *Legislación penal para China, Corea, Mongolia, y Vietnam*; además, *Criminal Legislation in the People's Republic of China*, Washington, 1958; en japonés, *El derecho penal de los países socialistas*, Tokio, 1959; *Communist China's emerging Fundamentals of Criminal Law*, Columbia University, 1964.

DINAMARCA: Hay un comentario al código penal de O. H. Krabe, *El código penal civil del 15 de abril de 1930*, Copenhagen, 1947. Las obras generales más importantes son las siguientes: C. Torp, *La parte general del derecho penal danés*, 1905; V. Greve-S. G. Jensen, *Crimen y pena*, 1969; S. Hurwitz, *El derecho penal danés, parte general*, 1969-1971; Knut Waaben, *Derecho penal, parte especial*, 1978; O. H. Krabbe, *Consideraciones sobre el delito y la pena*, 1939; A. Ross, *Culpabilidad, responsabilidad y pena*, 1970 (todos editados en Copenhagen y en lengua original).

DOMINICANA (REPÚBLICA): Hay un código penal comentado por Abigail A. Coascou, Santo Domingo, 1967.

ECUADOR: Hay pocas obras generales: Francisco Pérez Borja, *Apuntes para el estudio del código penal*, Quito, 1927; Víctor Manuel Peñaherrera, *Derecho práctico civil y penal*, Quito, 1943; Enrique Echeverría G., *Derecho Penal Ecuatoriano*, Quito, 1958.

EGIPTO (REPÚBLICA ÁRABE UNIDA): Fahmi, Ali Hassan, *El Estado, la ley y la filosofía de la pena*, El Cairo, 1966; Sabri Asad, Ahmad, *El Código Penal Egipcio comentado*, El Cairo, 1958; As-Ayyid Hassan al Baggal, *Comentarios de la ley penal y leyes complementarias*, El Cairo, 1965; Rached, Alej, *De l'evolution du Droit Pénal dens les pays Arabes*, 1969; Mustafá, Mahmud Mahmud, *Principios de Derecho Penal de los Estados Árabes*, El Cairo, 1970 (hay trad. francesa con prólogo de Marc Ancel, París, 1972); Ru uf Abid, *Los principios de la parte general de la legislación penal*, El Cairo, 1966; Ramsis Bahnam, *La teoría general del derecho penal*, Alejandría, 1968; Mustafá, M. M., *Principios de Derecho Penal, parte general*, El Cairo, 1969; Nagib Hosni, Mahmud, *Principios de Derecho Penal, Parte Especial*, El Cairo, 1972; Abd al-Gadir Auda, *La legislación penal islámica en comparación con el derecho positivo*, El Cairo, 1963-4; Nagib Husni, *Comentario al CP*, El Cairo, 1977. (Los títulos indicados en castellano se hallan en árabe en el original.)

EL SALVADOR: Las obras generales más conocidas son las siguientes: José Enrique Silva, *Introducción al estudio del derecho penal salvadoreño*, San Salvador, 1963; Manuel Arrieta Gallegos, *Lecciones de Derecho Penal*, San Salvador, 1972; del mismo, *El nuevo Código Penal Salvadoreño*, San Salvador, 1973; Manuel Castro Ramírez, *Derecho Penal Salvadoreño*, San Salvador, 1947.

ESPAÑA: Los más importantes comentarios a textos de códigos penales son los siguientes: José Joaquín Pacheco (1885, con apéndice de J. González y Serrano, 1888); T. M. de Vizmanos - C. Álvarez Martínez (1848); J. de Vicente y Caravantes (1851); A. Groizard y Gómez de la Serna (1870-1899); S. Viada y Vilaseca (1890); Quintiliano Saldaña-Federico Castejón (1922-1926); A. García Jaramilli (1928); Manuel López-Rey Arrojo-F. Álvarez Valdez (1933); F. Castejón (1946); J. Córdoba Roda-G. Rodríguez Mourullo (1972); Antonio Ferrer Sama (1946-1956); M. Luzón Domingo (1964); A. Quintano Ripollés (1966).

Las principales obras generales son las siguientes: Luis Silvela, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 1874; P. I. Rovira Carreró, *Curso de Derecho Penal*, 1912-1916; Jerónimo Montes, *Derecho Penal Español, Parte General*, 1917; Federico Castejón, *Derecho Penal*, 1931; Eugenio Cuello Calón, *El nuevo Código Penal Español, Exposición y comentario*, 1929-1930; Luis Jiménez de Asúa-José Antón Oneca, *Derecho Penal conforme al Código de 1928*, 1929; José Antón Oneca-J. A. Rodríguez Muñoz, *Derecho Penal*, 1949; Eugenio Cuel'o Calón, *Derecho Penal*, 1926 (llega hasta la 16ª ed. reelaborada por C. Camargo Hernández); Federico Puig Peña, *Derecho Penal*, 1969; Antonio Quintano Ripollés, *Curso de Derecho Penal*, 1963; José María Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, 1976; I. Sánchez Tejerina, *Derecho Penal Español*, 1950; C. Camargo Hernández, *Introd. al estudio del derecho penal*, 1964; Juan Del Rosal, *Tratado de Derecho Penal Español*, 1969; del mismo, *Derecho Penal Español*, 1960; del mismo y M. Cobo y F. Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 1962; Antonio Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, 1962-1967; José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, 1976; Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, 1975; Stampa Braun, *Introd. a la ciencia del derecho penal*, 1953. Una detalladísima información de la producción española de los últimos años en *Derecho Penal en España de 1970 a 1975*, por Antonio Beristain (Separata de "Documentación Jurídica", número 6, abril-junio de 1975). Para la información anterior, *Índice sistemático de Derecho Penal*, M. de Justicia, 1970. Hay dos importantes revistas españolas: el "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", que aparece desde 1948, y la "Revista de Estudios Penitenciarios", que aparece desde 1945. Entre las generales de derecho, es sumamente importante la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", que aparece desde 1853. Esta revista publicó también la "Jurisprudencia Criminal", que ahora publica el Ministerio de Justicia. Sobre jurisprudencia: M. Rodríguez Navarro, *Doctrina Penal del Tribunal Supremo*, 1966; Aranzadi, *Diccionario de jurisprudencia penal*, 1972; C. Viada y López Puigcerver, *Doctrina Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, 1961.

ESTADOS UNIDOS: Las obras más importantes son las siguientes: Pound Roscoe, *Criminal Justica in America*, N. York, 1930; Elliot, Mabel A., *Conflicting Penal Theories in Statutory criminal Law*, Chicago, 1931; Hall, Jerome, *Studies in Jurisprudence and criminal Theory*, N. York, 1958; del mismo, *The General Principles of Criminal Law*, 1960; Donnelly, Richard C.-Goldstein, Joseph-Schwartz, Richard D., *Criminal Law*, N. York, 1962; Madden, Edward H.-Handy, Rollo-Farber, Marvin, *Philosophical Perspectives on Punishment*, Springfield, 1958; Hughes, T. W., *A Treatise on Criminal Law and Procedure*, Indiannapolis, 1919; Mac Clain, Emlin, *A Treatise on the Criminal Law*,

Chicago, 1897; John Wilder May, *The Law of Crimes*, Boston, 1905; Brill, Hascal, *Cyclopedia of Criminal Law*, Chicago, 1922-1923; Bishop, Joel P., *Commentaries on Criminal Law*, Boston 1858-1859; Best, Harry, *Crime and the Criminal Law in the United States*, New York, 1930; Wharton, Francis, *A Treatise on Criminal Law*, Philadelphia, 1896-1978, actualizada hasta 1957 por Ronald Anderson; Miller, Justin, *Handbook of Criminal Law*, St. Paul, Minn, 1934; Clark, William L.-Marshall, W. L., *A Treatise on the Law of Crimes*, Chicago, 1940; Burdick, W. L., *The Law of Crime*, Albany, N. Y., 1946; Dangel, Edward Miron, *Criminal Law*, Boston, 1951; Carlo F. Salvador, *Outline* of Criminal Law, N. York, 1951; Snyder, Orvill O., *An Introduction to Criminal Justica*, N. York, 1953; Clark, George L., *Criminal Law*, Indiannapolis, 1954; Perkins, Rollin M., *Criminal Law*, Brooklin, 1957; Bassiouni, Mahmoud Cherif, *Criminal Law and its Processes, The Law of Public Order*, Springfield, 1969; del mismo, *Substantive Criminal Law*, 1978; Fred E. Inbau, *Criminal Law and its Administration*, New York, 1976; Wells, Kenneth M., *Criminal Law*, Sta. Mónica, Cal., 1978; D. A. Jones *Crime and criminal responsability*, Chicago, 1978; La Fave, Wayne R., *Principles of Criminal Law*, Minn., 1978; Smith, Chester H., *Criminal Law and Procedure*, St. Paul, Minn., 1970; La Fave, Wayne-Scott, Austin W., *Handbook of Criminal Law*, St. Paul, Minn., 1972; Chamelin, Neil C.-Evans, Kenneth R., *Handbook of Criminal Law*, Englewood Cliffs, N. J., 1972; Dix, George E.-Sharlot, Michael, *Criminal Law, Cases and Materials*, St. Paul, Minn., 1973; del primero, *Criminal Law*, Chicago, 1974; Ator, Lloyd G., *Outline of Criminal Law*, N. York, 1971; Stuchinger, Theresa Berlin, *Crimes and Penalties*, N. York, 1970; Silving, Helen, *Constituent Elements of Crime*, Springfield, 1967.

ETIOPÍA: Philippe Graven, *An Introduction to Ethiopian Penal Law*, Addis Abeba, 1965; Lowenstein, Steven, *Materials for the Study of the Penal Law of Ethiopia*, Addis Abeba, 1965.

FILIPINAS: Prácticamente, todas las obras conocidas son comentarios o están de alguna manera elaboradas directamente sobre el texto del código penal: Reyes, Luis B., *The revised Penal Code*, Manila, 1954; Guevara, Guillermo B., *Commentaries on the revised Penal Code of Philippines*, Manila 1957; Francisco, Vicente J., *The revised Penal Code. Annotated and Commented*, Manila, 1958-1961; Gregorio, Antonio-Feria, Luis R., *Comments on the revised Penal Code*, Manila, 1958; Aquino, Ramón C., *The revised Penal Code*, Manila. 1961; Padilla, Ambrosio, *Criminal Law, Revised Penal Code Annotated*, Manila, 1964-1965.

FINLANDIA: Las obras generales más importantes son las de I. Anttila-O. Heinonen, *El hecho penal y sus consecuencias. Lineamientos del derecho penal*, 1971; de los mismos, *Hechos penales especiales. Lineamientos de la parte especial del derecho penal*, 1972; J. Forsman, *Lecciones sobre las teorías generales del derecho penal*, 1900; B. Honkasalo, *Derecho penal especial*, 1964; del mismo, *Derecho penal finlandés, parte general*, 1965-1969; parte especial, 1969-1970; del mismo con R. Ellilä: *Principios de las teorías generales del derecho penal*, 1966; A. Serlachius, *Tratado de derecho penal finlandés*, 1924-1951 (todos en finés).

FRANCIA: Los principales textos del código penal comentado son los siguientes: E. Garçon, *Code Pénal Annoté*, puesto al día por Rousselet, Patin y M. Ancel, 1959; el *Juris-Classeur Pénal*; F. Hélie, *Pratique Criminelle des*

cours et tribunaux, puesta al día por J. y F. Brouchot, 1954; G. Le Poittevin, *Dictionaire-Formulaire des parquets et de la police judiciaire*, puesto al día por Besson, Combaldieu y Siméon, 1954.

Los principales tratados son los siguientes: P. Bouzat, *Traité Théorique et pratique de Droit Pénal*, 1975; Bouzat-Pinatel, *Traité de Droit Pénal et de criminologie*, 1970-1971; A. Decocq, *Droit Pénal Général*, Paris, 1971; H. Donnedieu de Vabres, *Précis de droit criminel*, 1953; del mismo, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 1947; R. Garraud, *Précis de droit criminel*, reelaborado por P. Garraud, 1934; del mismo, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 1913-1935; F. Goyet, *Droit Pénal Spécial*, actualizado por Rousselet-Arpaillange-Patin, 1972; L. Lambert, *Traité de droit pénal spécial*, 1968; J. Larguier, *Droit Pénal Général et procédure pénale*, 1972; del mismo, *Droit Pénal spécial*, 1974; G. Levasseur, *Cours de droit pénal général complémentaire*, 1960; del mismo y A. Chavanne, *Droit pénal et procédure pénale*, 1971; Levasseur-Doucet, *Le Droit Pénal Appliqué*, 1975; R. Merle, *Droit pénal général complémentaire*, 1957; Merle-A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 1973; J. A. Roux, *Cours de droit criminel français*, 1927; G. Stéfani-G. Levasseur, *Droit pénal général et criminologie*, 1961; de los mismos, *Droit pénal général et procédure pénale*, 1975; G. Vidal-J. Magnol, *Cours de Droit Criminel et de Science pénitentiaire*, 1947-1949; R. Vouin, *Droit Pénal Spécial*, 1971; del mismo con L. Léauté, *Droit Pénal et procédure pénale*, 1969; de los mismos, *Droit Pénal et Criminologie*, 1956; J.-C. Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, París, 1976; J. Borricand, *Droit Pénal*, París, 1973; J. Pradel, *Droit Pénal*, 1973-1976.

En Francia se publican también varias revistas especializadas en ciencias penales: "Annales de Vaucresson" (desde 1963); "Annales Internationales de Criminologie" (desde 1962); "Bulletin de Médicine Légale et de Toxicologie Médicale" (desde 1958); "Études Internationales de Phycho-Sociologie Criminelle" (desde 1956); "Études pénitentiaires" (desde 1958); "Instantanés criminologiques. Journal du Centre Français de criminologie" (desde 1967); "Prisons et prisonniers" (desde 1949); "Recueil de Droit Pénal" (desde 1947); "Rééducation. Revue française de l'enfance délinquante et en danger moral" (desde 1947); "Revue Internationale de Droit Pénal" (desde 1924); "Revue Internationale de Police Criminelle" (Interpol) (desde 1946); "Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal" (desde 1877); "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé" (desde 1936); "Revue de la Police Nationale" (desde 1946); "Sauvegarde de l'enfance" (desde 1946).

GRAN BRETAÑA: Las obras generales más importantes son las siguientes: L. B. Curson, *Criminal Law*, London, 1973; Archbold, *Pleading, evidence and practice in criminal cases*, 1969; R. Cross-P. A. Jones, *An Introduction to Criminal Law*, London, 1968; D. S. Davies y otros, *The modern approach to Criminal Law*, 1945 y 1968; S. F. Harris, *Criminal Law*, 1973; C. S. Kenny, *Outlines of Criminal Law*, Cambridge, 1966; W. O. Russell, *On Crime. A treatise on felonies and misdemeanours*, 1964; J. C. Smith-B. Hogen, *Criminal Law*, 1973; H. J. Stephen, *Commentaries on the Laws of England*, ed. por Winder, London, 1950; del mismo, *A Digest of the Criminal Law, Crimes and Punishment*, London, 1877; del mismo, *A general view of the Criminal Law of England*, London, 1863; S. W. Stewart, *A modern view of the Criminal Law*, Oxford, 1969; G. L. Williams, *Criminal Law. The general part*,

London, 1961; sobre casos: Cross-Jones, *Cases on criminal Law*, London, 1968; D. W. Elliot-J. C. Wood, *A casebook on criminal law*, London, 1969; J. W. C. Turner-A. L. Armitage, *Cases on criminal Law*, Cambridge, 1964. Sobre el derecho penal en Escocia: A. Alison, *Principles and practice of the criminal Law of Scotland*, Edinburgh, 1833; J. Burnett, *A treatise on various branches of the criminal law of Scotland*, Edinburgh, 1811; D. Hume, *Commentaries on the law of Scotland respecting crimes*, Edinburgh, 1844; J. H. A. MacDonald, *A practical treatise on the criminal Law of Scotland*, Edinburgh, 1948; G. H. Gordon, *The criminal Law of Scotland*, Edinburgh, 1967; Edward Griew, *The Criminal Law Act 1977*, London, 1978; Trevor M. Aldridge, *Criminal Law Act 1977*, London, 1978; Cecil C. Moriarty, *Police Law*, 1976; J. C. Smith-Brian Hogan, *Criminal Law*, London, 1978; S. Stewart, *A modern View of Criminal Law*, London, 1969; L. B. Curzon, *Criminal Law*, London, 1973.

En Gran Bretaña se publican las siguientes revistas especializadas: "British Journal of Criminology, delinquency and deviant social behavior" (desde 1960-1961); "The Criminal Law Review" (desde 1954); "The Criminologist" (desde 1969); "Howard Journal of Penology and Crime Prevention" (desde 1921).

GRECIA: Los textos comentados más usuales son los siguientes: G. Babaretos, *Código Penal*, Atenas, 1974; Mpouropoulos, *Comentario al Código Penal*, Atenas, 1959-1964; Ntzioras, *Breve comentario al código penal*, Atenas, 1965; Papadakis, *Breve comentario a la parte especial*, Chalkis, 1955; Sifnaios-Chalkias, *El nuevo código penal*, Atenas, 1955; Toussis- Georgiou, *Código Penal*, Atenas, 1967.

Las principales obras generales son: N. Androulakis, *Derecho Penal, Parte General*, Atenas, 1970-1972; N. Chorafas, *Derecho penal, parte general*, Atenas, 1966; I. Georgakis, *Derecho penal, parte general*, Atenas, 1960; D. Karanikas, *Manual de Derecho Penal*, Tesalonica, 1960; A. Katsantonis, *Derecho Penal, parte general*, Atenas, 1969 (1972-1973); C. Konstantaras, *Derecho Penal Griego*, Atenas, 1956; Elías Gafos, *Derecho Penal, parte general*, Atenas, 1973; *parte especial*, Atenas, 1967-1969; Ntzioras, *Manual de la parte especial del derecho penal*, Atenas, 1971; Zisiadis, *Derecho Penal, parte general*, Atenas, 1971; Manoledakis, *Derecho Penal, parte especial*, 1974.

Hay una revista especializada que se denomina "Crónica Penal" y que aparece desde 1951; entre 1970 y 1972 apareció otra titulada "Revista Penal". (Toda la literatura indicada está en lengua griega moderna).

GUATEMALA: Rafael Cuevas del Cid, *Introducción al estudio del derecho penal*, Guatemala, 1954; Oscar Zeceña, *Derecho Penal*, Quetzaltenango, 1933.

HAITÍ: León Nau, *Code d'Instruction criminelle et code pénal*, París, 1909; Georges O'Callagham, *Cours de Droit Pénal*, 1931; Lierre L. Liautaud, *Notions de droit criminel*, P. Príncipe, 1935; Gerard Gourgue, *Cours de droit criminel*, P. Príncipe, 1958.

HOLANDA: W. Binsbergen, *Introducción al derecho penal*, publicado en 1976; N. E. Algra, H. C. J. G. Jansen, *Derecho penal elemental*, 1975; J. M. van Bemmelen, *Nuestro Derecho Penal*, 1975; del mismo y W. F. C. Hattum, *Manual teórico de derecho penal holandés*, 1953-1954; Enschedé, C. J., *Principios de Derecho penal*, 1969; W. van Binsbergen, *Intro-*

ducción al derecho penal, 1967; G. A. van Hamel, *Introducción al estudio del derecho penal holandés*, 1927; D. Hazewinkel-Suringa, *Introducción al estudio del derecho penal holandés*, reelaborado por J. Remmelink, 1975; T. J. Noyon, *El código penal*, 1972; W. P. J. Pompe, *Manual de derecho penal holandés*, 1959; D. Simons, *Tratado de derecho penal holandés*, 1937-1941; H. B. Vos, *Tratado de derecho penal holandés*, 1936; W. Zevenbergen, *Tratado de derecho penal holandés*, 1924; Kessel, 1973 (todos en holandés). También en holandés se publican las siguientes revistas de ciencias penales: "Revista mensual de ciencia penitenciaria" (desde 1949; a partir de 1970 lleva el nombre de *Bilans*); "Revista de Derecho Penal" (desde 1886, a partir de 1970 lleva el nombre de *Delikt en Delinkwent*); "Revista holandesa de Criminología" (desde 1959); "Revista de Derecho militar" (desde 1905).

HONDURAS: Alfonso Teja Zabre, *Principios de Ciencia Penal*, Tegucigalpa, 1950.

HONG-KONG: Frank Addison, *A Digest of Hong-Kong Criminal Case Law, 1905-1967*, Hong-Kong, 1968.

HUNGRÍA: Autores varios, *Comentario al código penal*, Budapest, 1968; Békés, Imre y otros, *Derecho Penal*, Budapest, 1974; M. Kádár, *Derecho penal húngaro. Parte General. Tratado universitario*, Budapest, 1953; M. Kádár - Gy. Kálmán, *Teorías generales del derecho penal*, Budapest, 1966; P. Barna, *La protección penal del Estado socialista*, 1961; Z. Bodgál, J. Pintér, *Delitos contra la seguridad pública y el orden público*, Budapest, 1971; Földvári, J., *La teoría sobre la pena*, 1970; del mismo, *Die deterministische Begrundung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit*, Pécs, 1968; del mismo, *Casos límites de unidad y pluralidad de actos en el derecho penal*, 1962; del mismo, *Delitos contra la administración de justicia*, 1965; M. Lázár, *Los hechos penales de influencia perjudicial en la opinión pública*, 1968; Losonczy, *Autoría y coautoría en la estructura del derecho penal*, 1966; Lukács, *Criminalidad y sociedad*, 1971; del mismo y E. Traytler, *Delitos sexuales*, 1963; Pintér, J., *Concepto y significado del peligro en el derecho penal*, 1964; Sculteiszt, E., *Delitos sexuales*, 1966; I. Viski, *Dolo y conductas socialmente peligrosas*, 1959 (Todos en húngaro; hay varios estudios sobre el derecho penal húngaro en francés y en inglés en la "Revista de derecho húngaro", que se edita paralelamente en ambos idiomas y en ruso).

INDIA: Sarker, P. C., *Handbook of criminal laws in India and Pakistan*, Calcuta, 1956; Radha Krishna - Yudhishthira, *All-India Criminal Court Manual*, 1958-1961; Krishnamurti, S., *A Handbook of Criminal Law*, 1965; Benerjee, T. Kumar, *Background of Indian Criminal Law*, Bombay, 1963; *Background of Indian Criminal Law, Bombay*, 1963; Sangar, Satya Prakash, *Crime and Punishment in Mughal India*, Delhi, 1967; Dhagamwar, Vasucha, *Law, power and Justice, Protection of personal rights under the Indian Penal Code*, Bombay, 1974; Gour, Hari Singh, *The penal law of British India*, Nagpur, 1973; Basu, Nrisnha Das, *Annotated Indian Criminal Court Hand Book*, Calcuta, 1951-1953; Sastry, S. - Prasad, H., *The Indian Penal Code*, Allahabad, 1951; Raju, V. B., *Commentaries on the Indian Penal Code*, Lucknow, 1963; Malik, P. L., *The Criminal Court Handbook*, Lucknow, 1962; Nelson, Reginald A., *The Indian Penal Code*, Allahabad, 1970; Ramakrishna, P. V., *A treatise on anticorruption laws in India*, Hyderabad, 1971; Gauer, Anjani D., *Criminal Pleadings, practice and procedure*, Allahabad, 1961; auto-

res varios: *Essays of Penal Code Indian*, Bombay, 1962; Atchuten Pillai, P. S., *Criminal Law, Trivandrum*, 1974; Chopra, D. S., *Outline of Criminal Law*, Bombay, 1974; Gaur, K. D., *Criminal Law*, Bombay, 1975; Sinha, Balbir Sahai, *Principles of criminal law*, Lucknow, 1974. Además, se publica *"The Criminal Law Journal of India"*.

INDONESIA: W. de Gelder, *El derecho penal de la India Holandesa*, Batavia, 1886; Cassutto, Is. H., *El derecho penal de la India Holandesa*, Semerang, 1931-1932; H. Idema, *El código penal indonesio*, Gravenhage, 1934; J. E. Jonkers, *Manual de derecho penal índico-holandés*, Leiden, 1946 (todos en holandés).

IRÁN: Hay un *Derecho Penal* de Parviz Saney, Teherán, 1974-1975.

IRLANDA: O'Siochain, P. A., *The Criminal Law of Ireland, Outlined*, Dublin, 1952; Sandes, R. L., *Criminal Law and procedure in the Republic of Ireland*, London, 1951.

ISLANDIA: Jóhannesson, O., *Ley y derecho*, 1952; Ingvarsson, L., *Penas en Islandia en el período de la república*, 1970; Thórdarson, B., *Penas privativas de libertad en Islandia, 1761-1925*, 1926; Thoroddsen, G., *El honor y su defensa*, 1943; del mismo, *Injurias*, 1967 (todos en lengua original y editados en Reyjavik).

ISRAEL: Dykan, Paltiel, *Criminal Law*, Tel-Aviv, 1966; Groni, Uriel - Ridron, Aharon, *La ley penal israelita*, 1956 (en hebreo); Cohen, Haim H., *Legislation and judicial process on the field of criminal law*, 1965; Dykan, Paltiel, *Criminal law with special reference to the history of jewish law and to the law of Israel*, Tel-Aviv (1955-1966); David Mimon, *Código Penal y proc. penal*, 1978.

ITALIA: Alimena, B., *Principii di diritto penale*, Napoli, 1910-1912; Civoli, C., *Trattato di diritto penale*, Milano, 1912; Crivellari, G., *Il Codice Penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1890-1898; Pessina, E., *Enciclopedia del diritto penale italiano* (autores varios), Milano, 1905-1913); Ferri, E., *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928; Impallomeni, G. B., *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908; Conti, U., *El codice penale ilustrato articolo per articolo*, Milano, 1934-1936; Tattanzi, G., *I Codici penali con la costituzioni e leggi varie*, Milano, 1970; Saltelli, C., Romano, E., *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Torino, 1940; Antolisei, F., *Manuale di diritto penale*, Milano, 1969; Maggiore, G., *Diritto Penale*, Bologna, 1949-1953; Manzini, V., *Trattato di diritto penale italiano*, editado por P. Nuvolone y G. D. Pisapia, Torino, 1961-1969; Pannain, R., *Manuale di diritto penale*, Torino, 1957-1967; Pisapia G. D., *Istituzioni di diritto penale*, Padova, 1970; Ranieri, S., *Manuale di diritto penale*, Padova, 1962-1968; Sabatini, G., *Istituzioni di diritto penale*, Catania, 1948; Santoro, A., *Manuale di diritto penale*, Torino, 1958-1966; *Tratteto di diritto penale*, dirigido por Eugenio Florian, Milano, 1934-1939; Battaglini G., *Diritto Penale, parte generale*, Padova, 1949; Bettiol, G., *Diritto Penale*, Padova, 1973; Boscarelli, M., *Compendio di diritto penale*, Milano, 1968; Cavallo, V., *Diritto Penale*, Napoli, 1955-1962; De Marsico, A., *Diritto Penale*, Napoli, 1969; Foderaro, S., *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 1975; Grispigni, F., *Diritto Penale Italiano*, Milano, 1952; Musotto, G., *Corso di diritto penale*, Palermo, 1960-1967; Nuvolone, P., *Il sistema del diritto penale*,

Padova, 1975; Pagliaro, A., *Principii di diritto penale*, Milano, 1972; Pioletti, U., *Manuale di diritto penale*, Napoli, 1969; Romano-Di Falco, E., *Manuale di diritto penale*, Roma, 1953; Santoro, A., *Diritto Penale*, Roma, 1949; Vannini, *Diritto Penale*, Firenze, 1954; Pisapia, G. D., *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Milano, 1948.

Se publican en Italia las siguientes revistas especializadas: "Archivio Penale" desde 1945; "La Giustizia Penale" desde 1895; "L'Indice Penale" desde 1967; "Rassegna di Studi Penitenziari" desde 1951; la "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale" que proviene de 1929 aunque con distinto nombre; la "Rivista Penale" desde 1874; "La Scuola Positiva" desde 1891.

JAPÓN: Los principales comentarios de textos legales son los siguientes: Murada, Tamotsu, *Comentario al Código Penal*, 1880; Tanaka, Muneo, *Comentario al Código Penal de 1880*, Kyoto, 1882; Sebald, William J. *The Criminal Code of Japan, ann. by...*, London, 1936; Chushaku-Keiho, *Comentarios sobre derecho Penal*, Tokio, 1964-1966; Otsuka, Hitoshi, *Comentarios al código penal*, Tokio, 1971; Autores varios, *Diccionario de derecho penal*, Tokio, 1970, Longford, Joseph H., *summary of the japanese Penal Codes*, Yokohama, 1877.

Las obras generales más conocidas son las siguientes: Koga, Renzo, *La enseñanza del derecho penal*, Tokio, 1880; Ichioka, Shoichi, *Manual de derecho penal*, Tokio, 1882; Miyake, Kozo, *Conferencias sobre derecho penal*, 1884-1887; Okada, Asataro, *Las enseñanzas del derecho penal*, Tokio, 1903; del mismo, *La teoría del derecho penal*, Tokio, 1923; del mismo, *Derecho penal, parte general*, Tokio, 1931; Motoji, Arakuma, *La teoría del derecho penal japonés*, Tokio, 1908; Oba, Shigema, *Parte especial del derecho penal*, Tokio, 1909-1910; del mismo, parte general, 1912-1917; Miyamoto, Eishu, *La esencia de la ciencia del derecho penal*, Kyoto, 1933; del mismo, *Principios de derecho penal*, 1935; Makino, Eiichi, *Tratado de derecho penal japonés*, Tokio, 1938; del mismo, *Derecho penal, parte general*, 1965-1966; Ono, Siichiro, *Derecho Penal, Tokio*, 1948-1949; Dando, Shigemitsu, *Derecho Penal*, Tokio, 1955; parte especial, 1961; del mismo, *El derecho penal*, Tokio, 1974; Saito, Kinsaku, *Derecho Penal*, Tokio, 1960-1961; Kikkawa, Tsuneo, *Derecho Penal, parte general*, Tokio, 1974, Ohtsuka, Hitoshi, *Principios de derecho penal*, Tokio, 1969; del mismo, *Tratado de derecho penal*, Tokio, 1967; Fukuda, Taira, *Fundamentos del derecho penal*, Tokio, 1975; del mismo: *Derecho penal, parte general*, 1975; *Tratado de derecho penal, parte especial*, 1975; Aovagi, Fumio, *La teoría del derecho penal japonés desde el punto de vista del carácter nacional*, Tokio, 1975; Kobata, Den, *La teoría del derecho penal japonés reformado*, Tokio, 1908; del mismo, *La nueva teoría del derecho penal*, Tokio, 1910; Katsumoto, Kansaburo, *Elementos de derecho penal*, 1913; Yasuhira, Masakichi, *El derecho penal japonés*, Tokio, 1944; Kimura, Kameji, *Derecho penal, parte general*, Tokio, 1966; Natsume, Fumio, *La teoría general del delito*, Tokio, 1969; Hiraba, Yasuharu, *Lecciones de la parte general del derecho penal*, Tokio, 1970; Hirano, Ryuichi, *Derecho penal, parte general*, Tokio, 1970; Naka, Yoshikatsu, *Derecho penal, parte general*, Tokio, 1973; Nishihara, Harno, *Derecho penal, parte general*, Tokio, 1974; Shoji, Kunio, *Derecho penal, parte general*, Tokio, 1976; Fukidi, Hideo, *Derecho Penal*, Tokio, 1975; Inoue, Masaharu, *Ciencia del derecho penal*, Kyoto, 1975; Nakayama, Kenichi, *La parte especial del derecho penal. Preguntas y respuestas*, Tokio, 1975 (todas las obras cuyos títulos se indican en castellano se encuentran en japonés).

LAOS: Joubert, *Droit Pénal Lao*, 1971-1972 (Publicado por el "Institute Royal de Droit et d'Administration").

LIBERIA: Konvitz, Milton, R., *Liberian Code of Laws of 1956. Adopted by the Legislature of the Republic of Liberia, March 22, 1956, prep. under the dir. of...*, Ithaca, N. Y., 1956-1958.

LITUANIA: Stankevicitus, V., *Derecho penal lituano*, 1925 (en lituano)

MÉXICO: Lozano, José María, *Derecho Penal Comparado o el Código Penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja California concordado y comentado por el Lic....*, México, 1874; Porte Petit, Celestino, *Legislación penal mexicana comparada*, Xalapa, 1946; del mismo, *Programa de la parte general del derecho penal*, Méx., 1958; del mismo, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, Méx., 1958; Pina, Rafael de, *Código penal para el Distrito y Territorios Federales*, Méx., 1964; Carrancá y Trujillo, Raúl, *Código Penal Anotado*, México, 1966; González de la Vega, Francisco, *El código penal comentado*, México, 1974; del mismo, *Derecho penal mexicano, Los delitos*, Méx., 1972; Bernaldo de Quiróz, Constancio, *Derecho penal*, Puebla, 1949-1957; Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, Méx., 1974; Moreno, Antonio de P., *Curso de derecho penal mexicano*, Méx., 1968; Rodríguez, Ricardo, *El derecho penal*, Méx., 1902; Caniceros, Garrido, *La ley penal mexicana*, Méx., 1934; Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano, parte general*, Méx., 1974; Franco Sodi, Carlos, *Nociones de derecho penal*, Méx., 1950; Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano, parte general*, Méx., 1975; Pavón Vasconcelos, Francisco, *Nociones de derecho penal mexicano, parte general*, Méx., 1974; del mismo, *Comentarios de derecho penal, parte especial*, Méx., 1973; del mismo y Gilberto Vargas López, *Código Penal de Michoacán Comentado*, Méx., 1976; Angeles Contreras, Jesús, *Compendio de derecho penal*, Méx., 1969; Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano, parte especial*, Méx., 1958-1974; Cárdenas, Raúl F., *Derecho Penal Mexicano, parte especial*, Méx., 1962; Sodi. Demetrio, *Nuestra ley penal*, Méx., 1917.

En México se publican varias revistas especializadas, pudiendo mencionarse como las más importantes: "Criminalia", órgano de la Academia Mexicana de Ciencias penales; la "Revista Mexicana de Criminología", órgano de la sociedad Mexicana de Criminología; La "Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social".

MONGOLIA: *Criminal Legislation in the Mongolian People's Republic*, Washington, 1958; *Criminal Code of the Mongolian People's republic*, Wasington, 1961-1962; Markelov, Vasilij Nikolaevic, *El derecho penal de la República Popular de Mongolia*, Moscú, 1960 (en ruso).

NICARAGUA: Ortíz Núñez, Ramiro, *Derecho Penal*, Managua, 1944; Osorno Fonseca, Humberto, *Anotaciones a nuestra legislación en materia criminal*, Managua, 1944.

NIGERIA: Bret-MacLean, *The criminal law and procedure of Lagos, Eastern Nigeria and Western Nigeria*, London, 1974; Gledhill, Alan, *The penal codes of Northern Nigeria and Sudan*, London, 1963; Richardson, S. S., *The notes on the penal code law*, Kaduna, 1971; Obonkwo, Cyprian O., Naish, Michael E., *Criminal law in Nigeria*, London, 1964.

NUEVA ZELANDIA: Boyd Adams, Francis, *Criminal Law and practice*

in New Zeland, Wellington, 1971; Garrow, Jas M. E., *Criminal Law in New Zeland*, Wellington, 1950; Luxford, J. H., *Police Law in New Zeland*, Wellington, 1967.

NORUEGA: Comentarios al código: F. Hagerup (Oslo, 1902), Kjerschow (1930). Obras generales: Andenaes, J., *Derecho penal general*, Oslo, 1956; del mismo, *De la parte especial del derecho penal*, 1964; del mismo, *Delitos patrimoniales*, 1967; Hagerup, *La parte general del derecho penal*, 1930; Skeie, M., *El derecho penal noruego*, Oslo, 1946; Urbye, A., *Derecho penal noruego*, Cristiania, 1900 (todos en lengua original; hay traducción al inglés de la parte general de Andenaes, *The General Part of the Criminal law of Norway*, N. Y., 1965).

Aparecen dos revistas especializadas: "Nordisk Kriminalistik Arsbok" y Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab".

PAKISTÁN: Yusuf, Zafar, *A Manual of anti-corruption laws of Pakistan*, Carachi, 1967; Mahamood, Shaukat, *The Pakistan Penal Code (45 of 1860)*, lahore, 1967; Bokhary, Shahzad, *The law of crimes. The compendious commentary of the penal Code of Pakistan (45 of 186)*, Lahore, 1970.

PANAMÁ: Universidad de Panamá, *Jurisprudencia penal*, Panamá, 1972; Campo Muñoz R., Elías, *Curso de derecho penal*, Panamá, 1973; del mismo, *Lecciones de derecho penal, parte especial*, Panamá, 1973.

PARAGUAY: González, Teodosio, *Derecho Penal*, Asunción, 1928.

PERÚ: Cornejo, Gustavo, *Comentario al nuevo código penal*, Lima, 1926; Benítez Sánchez, Santiago, *Derecho penal peruano*, Lima, 1958-1959; Bramont Arias, Luis A., *Código Penal Anotado*, Lima, 1966; del mismo, *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Lima, 1950; Leguía y Martínez, Germán, *Diccionario de legislación criminal del Perú*, Lima, 1931; Pena Cabrera, Raúl, *Derecho penal peruano, parte especial*, Lima, 1964; Roy Freire, Luis E., *Derecho penal peruano*, Lima, 1974-1975; Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal*, Lima, 1978.

POLONIA: Bafia, J. - Mioduski, K., - Siewierski, M., *Código Penal, Comentario*, Varsovia, 1971; Andrejew, I., *Código Penal*, 1975; Góral, R., *Código Penal*, 1974; las obras más importantes de carácter general son las siguientes: Andrejew, *Principios de derecho penal polaco*, 1973; Chibinsky, O. - Gutekunst, W., Swida, W., *Derecho penal. Parte especial*, Varsovia, 1971; Lernell, L., *Lecciones de derecho penal, parte general*, Varsovia, 1969; Lernell, L. - Krukowsy, A., *Derecho penal, parte especial*, Varsovia, 1969; Swida, W., *Derecho penal, parte general*, Varsovia, 1970; Gubinski, A., *Principios de derecho penal*, Varsovia, 1974; Kulczycki, M. - Zdunczk, J., *El nuevo derecho penal para la protección del ciudadano*, 1971; Sliwowski, J., *El derecho penal*, Varsovia, 1975; Bhuchala, K. - Waltor, S., *Los principios del derecho penal y del derecho procesal penal*, Varsovia, 1975; Wladyslaw, W., *La teoría del hecho punible*, Varsovia, 1973; Jerzy Bafia, *Código Penal, Comentario*, Varsovia, 1977.

En Polonia se publican las siguientes revistas especializadas en ciencias penales: "Archivo criminológico" (desde 1960); "Archivo de medicina legal, psiquiatría forense y criminalística" (desde 1951); "Boletín de la alta comisión para la investigación de crímenes hitlerianos" (desde 1946); "Periódico judicial y penitenciario" (desde 1966); "Revista penitenciaria", (desde 1963);

"Problemas de criminalística" (desde 1960); "Problemas jurídicos administrativo-penales" (desde 1946). (Toda la bibliografía indicada se halla en lengua polaca).

PORTUGAL: Los comentarios al código son los siguientes: L. M. Jordao, *Commentário ao código penal portugues*, Lisboa, 1853-4; F. A. F. Da Silva Ferrao, *Theoria do Direito Penal applicada ao Código Penal Portugues*, Lisboa, 1856-1857; L. Osório Da Gama e Castro de Oliveira Batista, *Notas ao código penal portugues*, Coimbra, 1923-1924; José Caeiro da Mata, *Direito Criminal portugues*, Coimbra, 1911; M. López Maia Concalves, *Código penal portugues*. Coimbra, 1972; V. A. Duarte Faveiro - L. Da Silva Araújo, *Código penal portugues. Anotado*, Coimbra, 1971; la parte general se expone en dos obras de conjunto: Correia, E., *Direito Criminal*, Coimbra, 1971; Cavaleiro de Ferreira, M., *Direito Penal*, Lisboa, 1961. La única revista especializada es el "Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia" (desde 1957).

RODESIA: J. G. Storry, *Rhodesian Criminal Practice*, Salisbury, 1978.

RUMANIA. Los códigos penales comentados son los siguientes: Vasiliu, T., *Código penal de la República Socialista de Rumania, comentado y anotado, Parte General*, Bucarest, 1972; Dongoroz y otros, *Explicaciones teóricas al código penal rumano*, Bucarest, 1969-1971; *El nuevo y el anterior código penal desarrollo comparativo*, Bucarest, 1968; G. Antoniu y otros, *El código penal explicado para todos*, Bucarest, 1970. Las obras más importantes son las siguientes: I. Oancea, *Derecho penal, parte general*, Bucarest, 1971; O. A. Stoica, *Derecho penal, parte especial*, 1976; Cozma, *La rehabilitación en el derecho penal de la República Socialista de Rumania*, Bucarest, 1970. (Toda la bibliografía indicada se encuentra en rumano).

SOMALIA: Angeloni, Renato, *Codice penale somalo commentato ed annotato in base ai lavori preparatori - The Somali Penal Code with comments and annotations based on preliminary studies*, Milano, 1967; Ganzglass, M. R., *The Penal Code of the Somali Democratic Republica, with cases, commentary and exemples*, New Brunswick, 1971; S. Santiapichi, *Appunti di Diritto Penale della Somalia, P. Generale*, Milano, 1961.

SUDÁFRICA: F. G. Gardiner-Ch. W. H. Lansdwon, *South African Criminal Law and Procedure*, Cape Town, 1972; W. C. de Wet-H. L. Swanepoel, *Derecho Penal*, Durbau, 1975 (en lengua original); W Pittman, *Criminal Law in South Africa*, Johannesburg, 1950; A. V. Landsdown, *Outlines of South African Criminan Law and Procedure*, Cape Town, 1960.

SUECIA: N. Beckman, C. Holmberg, B. Hult, I. Strahl, *Código Penal*, Estocolmo, 1969-1971; I. Agge, *Derecho penal. Parte general*, Estocolmo, 1944-1948; A. Nelson, *Crimen y sanción, una orientación sobre el derecho penal sueco conforme al código penal*, 1968; del mismo. *Las reacciones frente al crimen, un primer tratado del derecho penal*, Estocolmo, 1971; I. Strahl, *Compendio de la parte general del derecho penal*, Uppsala, 1969; I. Agge, *Estudio sobre el sistema de reacciones penales*, Estocolmo, 1939; G. Erenius, *Estudios de derecho penal*, Estocolmo, 1971; O. Hoflund, *Sobre el concepto de peligro en el derecho penal*, Estocolmo, 1967; N. Jareborg, *Acción y dolo*, Estocolmo, 1969; G. Simson, *Principios de la reforma penal sueca*, Karlsruhe, 1966 (en alemán); I. Strahl, *La política criminal sueca*, Estocolmo, 1970;

Thornstedt, *Sobre el error de derecho*, Estocolmo, 1956. (La bibliografía indicada se halla en idioma sueco).

SUIZA: Las principales obras son las siguientes: P. Thormann-A. von Overbeck, *El Código Penal Suizo (Comentario)*, Zurich, 1939-1941; P. Logoz, *Commentaire du Code pénal suisse*, Neuchatel, 1939-1956; O. Härdy, *Comentario manual al código penal suizo*, Berna, 1967; O. A. Germann, *Código penal suizo*, Zurich, 1972; A. Panchaud, *Code pénal suisse annoté*, Lausanne, 1967; V. Schwander, *El código penal suizo con especial referencia a la práctica judicial federal*, Zurich, 1964; O. A. Germann, *El crimen en el nuevo derecho penal*, Zurich, 1942; Hafter, *Tratado de derecho penal suizo*. 1937-1946; Schultz, Hans, *Introducción a la parte general del derecho penal*, Berna, 1973; Petrzilka, W., *Anotaciones al CP Suizo*, 1942; Stratenwerth, *Derecho penal suizo, parte especial*, Berna, 1978; F. Clerc, *Introd. á l'étude du Code Pénal Suisse*, Basel, 1943; Reheberg-Hauser, *Derecho penal*, Zürich, 1972. Las revistas especializadas son las siguientes: "Revista suiza para el derecho penal - Revue pénale suisse" (desde 1888); "La ejecución penal en Suiza - Informations pénitentiaires suisses" (desde 1953); "Criminalística" (desde 1947); "Revue Internationale de Criminologie et de Police technique" (desde 1947). (Toda la bibliografía que se indica en castellano está en alemán).

SURINAM: M. R. Wynholt, *Derecho penal en Surinam*, Deventer, 1965.

TANZANIA: Slattery, B., *A Handbook on sentencing - With particular reference to Tanzania*, Nairobi, 1972.

TÚNEZ: Guiraud, A., *Code pénal Tunisien*, París, 1932; Es-Snoussi, M. T., *Code pénal, Mis á jour et ann. au 31-7-1964*, con pref. de Mahmoud El-Annabi, Túnez, 1964.

TURQUÍA: Alacakaptan, U., *Las características típicas del hecho penal*, Ancara, 1970; Dönmezer, Z., *Fundamentos de la responsabilidad penal*, Estambul, 1949; Erem, F., *Derecho penal turco, preceptos generales*, Ancara, 1971; Gölcüklü, *El sistema penal turco, penas privativas de libertad*, Ancara, 1966; Dönmezer, S.-Erman, S., *Derecho penal teórico y aplicado, parte general*, Estambul, 1967-1971; Köseoglu, C., *Comentario al derecho penal turco*, Estambul, 1968; Kunter, N., *Teoría de los elementos legales del delito*, Estambul, 1949; del mismo, *Teoría de los elementos materiales del delito*, Estambul, 1954; Ozütürk, N., *Comentario a la ley penal turca y su aplicación*, Estambul, 1970; Taner, M., *Derecho penal, parte general*, Estambul, 1953; Dönmezer, *Derecho penal, parte especial*, Estambul, 1971; Erem, F., *El derecho penal turco, parte especial*, Ancara, 1965; del mismo, *El derecho penal turco desde el punto de vista humanista*, Ancara, 1967. (Toda la bibliografía se halla en lengua original).

UGANDA: Law Development Center, *A Handbook for magistrates*, Kampala, 1972.

UNIÓN SOVIÉTICA: B. S. Nikiforov, *Comentario científico-práctico al código penal de la RSFSR*, Moscú, 1964; M. D. Sargorodskij-N. A. Beljaev, *Comentario al código penal de la RSFSR de 1960*, Leningrado, 1962; G. Z. Anaskin, *Comentario al código penal de la RSFSR*, Moscú, 1971; Piontkovskij-Romaskin-Cchicvadze, *Curso de derecho penal soviético en seis tomos*, Moscú, 1970-1971; Beljaev-Sargorodskij, *Curso de derecho penal soviético, parte general*, Leningrado, 1968-1970; Durmanov-Kriger-Mensagin, *Derecho penal soviético, parte general*,

Moscú, 1969; Mensagin, *Derecho penal soviético, parte especial*, Moscú, 1971; Kovalev y otros, *Derecho penal, parte especial*, Moscú, 1969; Zagorodnikov-Kiricenko, *Derecho penal, parte especial*, Moscú, 1973; Vladimirova, A., *El derecho penal soviético. Ayuda para jueces legos*, Moscú, 1973.

La única revista especializada es "Preguntas de la lucha contra la criminalidad" que aparece desde 1965. (Toda la bibliografía indicada está en ruso).

URUGUAY: Alfredo Vázquez Acevedo, *Concordancias y anotaciones del Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, 1893; Antonio Camaño Rosa, *Código Penal Anotado*, Montevideo, 1944; del mismo autor, *Derecho penal, parte general*, Montevideo, 1957; del msmio autor, *Tratado de los delitos*, Montevideo, 1967; Juan B. Carballa, *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, 1955; Adela Reta Sosa, *Derecho penal. Curso*, Montevideo, 1958; José Irureta Goyena, *Delitos* (Serie de conferencias orales), Montevideo, 1932; Fernando Bayardo Bengoa, *Derecho penal uruguayo*, Montevideo, 1963 y ss.; Yamandú Mourat Core, *Estudios Penales*, Montevideo, 1974; Milton Cairoli, *Curso de derecho penal, parte especial*, Montevideo, 1978.

VENEZUELA: José Rafael Mendoza T., *Curso de derecho penal venezolano*, Caracas, 1945-1973; del mismo, *Estudios varios*, Caracas, 1964; Chiossone, Tulio, *Manual de derecho penal venezolano*, Caracas, 1972; Arcaya, Mariano, *Código Penal, Anotado y concordado*, Caracas, 1968; Cova García, Luis, *Elementos generales de derecho penal venezolano*, Caracas, 1945; Sosa Chacin, Jorge, *Derecho penal*, Caracas, 1965; del Pardo, Nicanor S., *Esquema de derecho penal*, Mérida, 1952; de Miguel Perez, Isidro, *Derecho Penal. Principios generales*, Caracas, 1963.

VIETNAM: *Criminal Legislation in the Democratic Republic of Vietnam*, Washington, 1958.

YUGOSLAVIA: Srzentic, Nikóla, *Comentario al CP de Yugoslavia*, Belgrado, 1978; Bacic, Franjo, *Derecho penal, parte general*, Zagreb, 1978; Frank, S., *Teoría del derecho penal, parte general*, Zagreb, 1955; Bacik, F., *Derecho penal, parte general*, 1972; Radovanovic, M., *Derecho penal de la República Socialista de Yugoslavia, parte general*, Belgrado, 1975; Radovanovic-Djordjevic, *Derecho penal, parte especial*, Belgrado, 1969; Srzentic, N., Stajic, A., *Derecho penal, partes general y especial*, Sarajevo, 1970; Tahovic, J. D., *Comentario al Código Penal*, Belgrado, 1962; Tahovic, J. D., Derecho penal, Belgrado, 1961; Zlataric, B., *El código penal en su aplicación práctica. Visión crítica de la judicatura*, Zagreb, 1956-1958; del mismo, *Derecho penal*, Zagreb, 1970. (Toda la bibliografía indicada se encuentra en lengua original.)

NOTA. Para la información bibliográfica que antecede hemos utilizado los ficheros del Instituto Max Planck de Feriburg i.Br.; sobre bibliografía europea, actualizada hasta 1972, con indicaciones de las fuentes originales muy completas, Jescheck-Löffler, *Quellen und Schrifttum des Strafrechts*, C. H. Beck, München, Tomo I, 1972.

CAPÍTULO III

EL DERECHO PENAL Y OTRAS DISCIPLINAS: LÍMITES Y RELACIONES

I. — EL DERECHO PENAL Y OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS: 34. Derecho penal y derecho constitucional. 35. El esquema general de las disciplinas jurídico-penales. 36. Derecho penal y derecho procesal penal. 37. Derecho penal y derecho de ejecución penal. 38. Derecho penal y derecho penal militar. 39. Derecho penal y derecho del menor. 40. El derecho penal y el derecho administrativo. 41. El derecho penal y el derecho internacional. - II. — RELACIONES Y DELIMITACIONES DEL DERECHO PENAL RESPECTO DE DISCIPLINAS NO JURÍDICAS: 42. Las ciencias de la conducta. 43. Las "ciencias penales".

I - EL DERECHO PENAL Y OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

34. Derecho penal y derecho constitucional. El derecho penal, como parte del orden jurídico, guarda relación con todas las disciplinas jurídicas, pero antes que con cualquier otra, se vincula con la ciencia del derecho constitucional, que abarca los principios fundamentales del Estado y del Derecho [1] y, especialmente, del Estatuto político del Estado, que es la primera manifestación legal de la política penal [2]. Este aserto requiere muy poca demostración y a su respecto prácticamente toda la exposición que hacemos, y las constantes referencias a la Constitución Nacional, son una clara demostración que nos evita mayores explicaciones. Por otra parte, la vinculación del pensamiento penal con el pensamiento político [3] evidenciará aún más la íntima conexión que hay entre estos campos. Lo que aquí desarrollaremos será sólo la concreta relación del derecho penal argentino con el derecho constitucional argentino,

[1] Cfr. PANNAIN, 80.
[2] Cfr. GÓMEZ, I, 95; MENDOZA, I, 153.
[3] V. *infra*, cap. XII.

las que se derivan de la necesaria adaptación del primero a los preceptos del segundo, conforme al principio de supremacía constitucional, establecido en el art. 31 CN. Conforme al mismo, entendemos que los siguientes son los principales puntos de contacto, que llaman especialmente nuestra atención.

a) Dejando de lado los arts. 18 y 19 CN —de los que ya nos hemos ocupado [4]— el más importante dispositivo penal de la Constitución es el inc. 11 del art. 67 de la misma, que faculta al Congreso de la Nación a dictar el código penal.

El contenido de esta disposición se encuentra controvertido en cuanto al alcance de la potestad legislativa en materia contravencional, que para unos la tendría la Nación y la ejercerían las provincias en razón de que el Congreso Nacional no ha hecho uso de esa facultad, en tanto que para otros sería una materia que se han reservado las provincias conforme al art. 104 constitucional. Entendemos que la posición correcta es la primera, pues al tiempo en que fue sancionada la Constitución Nacional las contravenciones penales integraban los códigos penales en la legislación comparada.

La tripartición de las infracciones penales en crímenes, delitos y contravenciones, se divulga particularmente a partir del código de Napoleón, pero tiene antecedentes mucho más lejanos y, como toda clasificación legal de las infracciones penales, respondía siempre a una clasificación de las penas. El antiguo derecho alemán distinguía sólo entre delitos graves y leves y la Carolina diferenciaba casos penales y civiles, pero la tripartición se remonta a los prácticos, especialmente a los italianos y a Julius Clarus. Carpzov distinguía entre *delicta levia*, *atrocia* y *atrocissima*, lo que permanece hasta el *Codex Bavaricus* (1751) y la *Theresiana* (1768) y que pierde contenido con la desaparición de las penas corporales y de vida [5].

El código penal español de 1848 trataba en su Libro Tercero "De las faltas" [6], tradición que aún se mantiene en la legislación española. Responde en ello al modelo napoleónico, que era el más difundido en la época [7]. Con anterioridad a los códigos, la Novísima Recopilación de las Leyes de España (1805) trataba conductas que son universalmente consideradas contravenciones: "de las máscaras y otros disfraces" (Título XIII), "del uso de armas prohibidas" (Título XIX), "de los juegos prohibidos" (XXIII), "de los va-

4 V. *infra*, Cap. 1.

5 HIPPEL, II, 94.

6 Sobre este código, v. la bibliografía indicada por RODRÍGUEZ DEVESA, pp. 89-93.

7 En Francia, las contravenciones no habían sido materia del código en el período revolucionario (3 Brumario del año IV), que se consideró inferior al sistema incorporado al código penal. Cfr. CHAVEAU-HÉLIE, *Theorie*, 1888, VI, p. 301; también DALLOZ, EDOUARD-VERGÉ, CHARLES, *Les Codes Annotés, Code Pénal*, París, 1881, p. 932; CARNOT, *Commentaire sur le Code Pénal*, París, 1836, pp. 4-5.

gos" (Título XXXI), etc.[8], aunque la tradición la recibió en forma directa de su modelo, que fue el *Código Criminal do Imperio do Brasil* de 1830, cuya "Parte Cuarta" (arts. 276 y ss.) trataba "dos crimes policiaes"[8 bis].

Cuando Carlos Tejedor aceptó y reprodujo la distinción óntica que había introducido Feuerbach en el código de Baviera de 1813[9] introdujo una innovación en la legislación penal que quebró toda la tradición precedente. Más adelante nos ocupamos de la crítica a Feuerbach, pero, por ahora, lo que nos interesa destacar es que mediante este criterio innovador, Tejedor desvirtuó la extención que el inc. 11 del art. 67 constitucional da a la expresión "código penal". Dados los antecedentes y la más conocida legislación extranjera de la época, no podemos creer que la Convención haya entendido por "código penal" un texto legal que no tratase de las contravenciones. Si bien este fue el criterio seguido por la legislación posterior, tenemos la certeza de que el Congreso Nacional no ha hecho uso de la facultad legislativa penal en toda la extensión que le asigna la Constitución Nacional.

Pese a todo, bueno es recordar que el proyecto de 1891 contenía un Libro Tercero, que trataba "De las faltas" (arts. 347-352), dividido en seis títulos (Disposiciones generales –I–; Faltas contra la seguridad general –II–; Faltas contra el orden público –III–; Faltas contra la autoridad y la administración pública –IV–; Faltas contra las buenas costumbres –V–; Faltas contra la propiedad –VI–)[10]. Un libro análogo contenía el proyecto de 1906, dividido en cinco títulos (faltaba el título de faltas contra la propiedad de 1891)[11]. Creemos que la vía elegida por estos proyectos es la que realmente corresponde a lo preceptuado por el inc. 11 del art. 67 de la Constitución Nacional.

En el proyecto de 1917 la cuestión se volvió harto confusa, porque se trató de hallar una solución tan transaccional como inconstitucional. Su art. 4º fijaba una limitación a la legislación provincial sobre faltas, siguiendo el criterio sostenido el año anterior por Rodolfo Moreno (h.)[12]. En efecto, el art. 4º del proyecto de 1917 decía: "La represión de las faltas corresponde a las provincias, las que podrán imponer penas de prisión hasta un año, inhabilitación hasta tres años y multa hasta cuatro mil pesos moneda nacional". Lógicamente, a partir de este proyecto desapareció de la legislación penal proyectada el libro sobre contravenciones, que estaba en los proyectos de 1891

8 *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, en "Los Códigos Españoles", Madrid, 1850, IV, pp. 33, 59, 76, 97. También LEVENE (H.), RICARDO, *Introducción al Derecho Contravencional*, Bs. As., 1968, p. 28.

8 bis V. JOSIMO DO NASCIMENTO SILVA, *Código Criminal do Imperio do Brasil*, Río de Janeiro, 1863, pp. 329 y ss.

9 Parágrs. 2 y 3 en STENGLEIN, *Sammlung der Deutschen Strafgesetzbücher*, München, 1858, I, pp. 23-24; en VATEL, CH., *Code Pénal du Royaume de Baviére*, París, 1852, pp. 41-43; TEJEDOR, CARLOS, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, Bs. As., 1866, pp. 3-6.

10 *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, Bs. As., 1891, pp. 441-456.

11 *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, Bs. As., 1906, pp. 85-91.

12 MORENO, RODOLFO, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, Bs. As., 1916, p. 17.

y 1906. Con toda razón, González Roura le objetó a este proyecto que "si la legislación sobre faltas correspondía al Congreso, éste no podía delegar esa facultad, y en el supuesto contrario, la limitación que el proyecto imponía a las legislaturas de las provincias era de dudosa constitucionalidad". En atención a estas razones, el artículo fue suprimido y el código vigente se sancionó sin hacer referencia alguna a las faltas, con lo que parece dejar a las autoridades locales la más amplia facultad para legislar sobre ellas.

González Roura afirmó que "esta es la buena doctrina", pero su afirmación es incomprensible, pues a renglón seguido advierte él mismo que "a la época de la Constitución de 1853, en casi todos los códigos penales europeos se incluían las faltas, excepción hecha del de Baviera y Hungría" [13]. ¿Pretendería González Roura que la Convención de 1853 entendió por "código penal" el concepto de esos dos códigos europeos? No lo creemos, entre otras cosas porque la versión francesa del código bávaro —con la que Tejedor se manejó años después— había aparecido recién el año anterior a la sanción de nuestra Constitución Nacional. Con buen criterio José Peco entendía que las faltas —al menos las que no dependían de modalidades muy locales— eran de resorte legislativo del Congreso de la Nación [14].

No podemos pasar por alto que en este problema legislativo, en la realidad, ha jugado un tácito pero decisivo papel, el rol que el juego y su reglamentación y represión ha tenido en nuestra política, como factor electoralista interno partidario y también externo.

b) El art. 18 de la Constitución declara *"abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes"*. Estas son limitaciones a la política penal en cuanto a los medios que puede arbitrar para proveer a la seguridad jurídica dentro de nuestro sistema.

El concepto de "delito político" es difícil de precisar en la actualidad, pero lo cierto es que al hablarse de "causas políticas" se indica que media una decisión por el criterio llamado "subjetivo". La delimitación del delito político es importante para otros efectos también, tales como la extradición, el asilo, la amnistía y la reincidencia, pero en cuanto a la previsión del art. 18 de la Constitución no cabe discusión alguna, puesto que excluye la pena de muerte en caso de todo delito que haya tenido por motivo la estructura de poder del Estado. Veremos luego que, para nosotros, el delito político siempre debe conceptuarse conforme a la "teoría subjetiva", es decir, atendiendo a la motivación. No obstante, aún aceptando la posición contraria, que pretende conceptuarlo por una vía objetiva o mixta, ésta es decididamente impracticable a los efectos del art. 18 constitucional. Para quienes pretenden que el "deli-

[13] GONZÁLEZ ROURA, I, 174.

[14] PECO, JOSÉ, *La reforma penal argentina de 1917-20*, Bs. As., 1921, 165.

to político" puede conceptuarse "objetivamente", les resultará ineludible afirmar que hay al menos dos conceptos de delito político en nuestro sistema: uno que rige respecto del art. 18 de la Constitución y otro a los efectos de los restantes institutos en que el concepto tiene trascendencia. Para nosotros hay un único concepto de delito político, que se conceptúa por la motivación [15]. El otro —manejado por la llamada "teoría objetiva", no es un concepto de delito político, sino de "delito contra el Estado", que puede o no ser político, según los móviles.

Queda claro que al tiempo de la sanción constitucional, la disposición que nos ocupa establecía un privilegio para los delitos que reconocían una motivación política, es decir que se trataba de un privilegio fundado en una característica de la culpabilidad y no en un elemento del tipo, sea objetivo o subjetivo. El privilegio no fincaba tanto en la finalidad como en la motivación.

Así, quien se apodera de alimentos para repartirlos gratuitamente, puede querer exhibir la falta de equidad en la distribución de los ingresos, pero con ello no tiene porqué perseguir inmediata o mediatamente un objetivo de rebelión o de subversión, pues bien puede que sólo quiera evidenciar esta circunstancia para llamar la atención de los órganos legislativos. El que secuestra a un funcionario para obtener datos acerca de una supuesta defraudación que haya cometido, pueda que tampoco pretenda ningún "derrocamiento", sino que las mismas autoridades lo sancionen. Rivarola y más recientemente Núñez sostienen que es necesario que el autor haya cometido el hecho *para* lesionar el orden político vigente, los poderes gubernamentales o la soberanía popular [16], lo que creemos errado, porque "causa política" hace referencia a *móviles* y no a *finalidades*. Por eso creemos que no quedan comprendidos en el privilegio los sicarios, que habrían podido ser penados con muerte, porque los sicarios o mercenarios podían actuar con la finalidad de lesionar los poderes del Estado, pero no estaban motivados políticamente, sino lucrativamente. La misma traición —que los partidarios de la teoría "objetiva" excluyen del concepto de delito político— podía estar exenta de la pena de muerte, en razón de obedecer a causas políticas. Parece que a este respecto ha pesado el caso de Urquiza y la Constitución quiso que la misma, cuando estuviese motivada en causa política, no pudiese ser penada con la muerte. Lo cierto es que los proyectos que establecían la pena de muerte no la previeron para la traición (art. 257 del P 1891 y 231 del P 1906). Según Rivarola, estos proyectos "se han conformado más que las leyes en vigor al texto constitucional, al no incluir el delito de traición entre los casos en que propone la pena de muerte" [17]. Creemos que aquí hay una exageración de Rivarola, porque era evidente que este beneficio sólo podía ser invocado por el autor de la traición —o de cualquier otro

[15] Cfr. *infra*, § 41.
[16] RIVAROLA, 166; NUÑEZ, II, 354.
[17] RIVAROLA, 167.

delito— cuando hubiese mediado una motivación política, y no en el caso del mercenario o del sicario.

A la diferencia entre "actuar por causas políticas" y cometer un delito político le otorgan relevancia buen número de autores [18], tanto en el campo penal como constitucional, haciendo excepción Rivarola, a quien sigue Núñez, en lo que —con la salvedad antes mencionada— creemos que es la posición correcta. Cabe consignar que la disposición constitucional que nos ocupa no se hallaba en el proyecto de Alberdi [19].

Entendemos que esta disposición, en lo que a la pena de muerte se refiere, ha perdido vigencia, porque en la actualidad la llamada "pena de muerte" no puede ser considerada pena, y, además, porque hoy la misma implica una forma de "tormento", que está vedada por la misma disposición. De allí que creemos que la forma en que está legislada la llamada pena de muerte en nuestro código penal sea inconstitucional y que, en general, la misma esté proscripta hoy constitucionalmente de nuestro sistema, a estar a una interpretación progresiva y dinámica del texto de nuestra Carta Fundamental, como lo expondremos más adelante [20].

La misma disposición proscribe, en general, el tormento y los azotes. Si bien todos sabemos que el tormento como medio de investigación no se ha erradicado en la práctica, no es menos cierto que esta disposición nos parece moneda corriente, probablemente porque en nuestra tradición legislativa proviene de la Asamblea General Constituyente de 1813. Queda claro que la disposición constitucional lo proscribe tanto como pena y como medio de investigación criminal. La historia de esta última aberración corresponde al derecho procesal penal y no al derecho penal sustantivo [21].

Por lo que a la pena de azotes respecta, hoy está unánimemente rechazada, pero no lo era al tiempo de la sanción de nuestra Constitución [22], lo que explica su especial mención.

Rivarola registra aún opiniones favorables a ella [23], entre las que señala la de Mouton, quien afirmaba "que si personas de mundo y hasta los teóricos

18 Así, LÓPEZ, LUCIO V., *Curso de Derecho Constitucional*, Bs. As., 1891, p. 116; GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., op. cit., p. 202; GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, Bs. As., 1931, II, pp. 171-2; MONTES DE OCA, op. cit., I, p. 564; DE VEDIA, AGUSTÍN, *Constitución Argentina*, Bs. As., 1907, p. 98; OBARRIO, 175; SOLER, I, 250 y ss. FONTÁN BALESTRA, I, 386 y III, 298; etc.

19 ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Organización política y económica de la Confederación Argentina*, Bezanzon, 1856, art. 19, p. 176.

20 V. *infra* § 593.

21 V. MELLOC, ALEC, *La tortura*, Bs. As., 1960.

22 Cfr. NUÑEZ, II, 359.

23 RIVAROLA, p. 168.

del criminalismo, pudieran darse cuenta de los sufrimientos y degradaciones físicas y morales que produce la pretendida humanidad de nuestro sistema penitenciario; si supieran la vergüenza y la miseria que dejan en una familia pobre quince días de cárcel; si quisieran saber que los suplicios y el tormento, que creen abolidos, reinan en realidad en formas de reglamentos disciplinarios en nuestras penitenciarías y cárceles, la idea de un castigo corporal que, después de algunos minutos de sufrimiento, devuelve a su vida y a su trabajo al hombre íntegro, les parecería cien veces más humana que esa humanidad dulzarrona de la prisión y la multa" [24].

Cabe recordar que el art. 19 del proyecto de Alberdi rezaba: "El tormento y los castigos horribles son abolidos para siempre y en todas circunstancias". "Son prohibidos los azotes y las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego" [25]. La Constitución de 1853 estableció en el art. 18: "Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento, los azotes y las ejecuciones a lanza o cuchillo". La Convención del Estado de Buenos Aires, que en 1860 revisó la Constitución de 1853, suprimió "y las ejecuciones a lanza o cuchillo". Se entendió que debía suprimirse porque nunca había sido pena legalmente, lo que fue obvio [26]. Pero lo interesante del debate fue que Mitre, Albariño y Roque Pérez, defendieron la pena de azotes en el código militar, en contra de Estévez Seguí y Mármol [27].

c) El art. 17 de la Constitución establece que *"la confiscación de bienes queda borrada para siempre del código penal argentino"*. Por "confiscación de bienes se entiende la confiscación *general* de bienes y no la medida prevista en el art. 23 del código penal, como veremos luego [28].

d) Una serie de disposiciones constitucionales se refieren a delitos en particular, cuya precisión corresponde a la parte especial del derecho penal. Así, el art. 15 constitucional, en la parte que dice: *"Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen del que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice"*. El art. 22 constitucional, cuando dispone: *"Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuyan los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete*

24 MOUTON, EUGENIO, *El deber de castigar*, trad. de J. González Alonso, Madrid, s. f., p. 184.

25 ALBERDI, op. cit., p. 176.

26 Sobre ello, GONZÁLEZ CALDERÓN, op. cit., I, 172.

27 V. el debate en *Constitución Nacional de 1898. Antecedentes: Congreso Constituyente de 1853 y Convención Reformadora de 1860 y 1866*, Bs. As., 1898, pp. 916-919. Sobre la historia de la pena de azotes. TEJEDOR, *Curso*, 1860, pp. 91-2; HENTIG, HANS VON, *La pena*, trad. de Rodríguez Devesa, Madrid, 1968, II, 413 y ss.

28 Cfr. RIVAROLA, 168-169; GÓMEZ, *Tratado*, I, 96; GONZÁLEZ ROURA, I, 177; TEJEDOR, *Curso*, 1869, 93-94; NUÑEZ, II, 363; etc.

delito de sedición". El art. 109, que reza: "*Ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno Federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley*". El art. 103 dispone: "*La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos, prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado*". El art. 29 establece: "*El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria*".

El art. 32 constitucional restringe la facultad legislativa del Congreso: "*El Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal*".

e) Aparte de las garantías procesales penales consignadas en el art. 18, la Constitución, en sus arts. 24, 67 inc. 11 y 102, ordena el establecimiento del juicio por jurados para las causas criminales, lo que constituye un curioso y singular caso de desobediencia a la norma constitucional, que no encuentra solución doctrinaria satisfactoria.

La explicación doctrinaria de que nunca se haya cumplido una directiva en que la Constitución insiste en tres oportunidades, no puede hallarse, como pretende Rivarola, repitiendo los argumentos de Obarrio[29], en que la parte final del art. 102 ("...se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución"), subordina "la realización del jurado a una condición sin término"[30]. Esta "condición sin término" quiso cumplirse en algunas oportunidades[31] y fue y sigue siendo rechazada por con-

[29] "Pero el mismo artículo, con sabia previsión, ha dejado al criterio de los legisladores, la determinación de la época en que deba ser establecido" (OBARRIO, MANUEL, *Proyecto de Código de Procedimientos en materia penal para los Tribunales Nacionales de la República Argentina*, Bs. As., 1882, p. X).

[30] RIVAROLA, 178.

[31] GONZÁLEZ, FLORENTINO - DE LA PLAZA, VICTORINO, *Proyecto de ley sobre el establecimiento del Juicio por Jurados y de Código de Procedimiento Criminal en las causas de que conoce la Justicia Nacional*, Bs. As., 1873 (el proyecto había sido encargado por ley, lo que revela la preocupación imperante por cumplir con el precepto constitucional); CARVAJAL PALACIOS, NATALIO, *El juicio por jurados, antecedentes y doctrina*, Bs. As., 1853.

sideraciones eminentemente prácticas [32], pero cabe aclarar que ello no satisface ningún argumento doctrinario.

Insistimos en que, sin perjuicio de ser estos los aspectos de más directa vinculación entre el derecho penal y el derecho constitucional argentinos, los mismos se verán multiplicados en el curso del tratamiento que haremos de la materia.

35. **El esquema general de las disciplinas jurídico-penales.** Para comprender acabadamente nuestro planteamiento acerca de las relaciones del derecho penal con las restantes ciencias jurídicas, es menester adelantar el panorama general de las disciplinas jurídico-penales, tal como lo entendemos, de lo que se desprenderá su relación interna (entre ellas) y su relación externa (respecto de las restantes).

A nuestro juicio, hay un *derecho penal común u ordinario* (del que se ocupa esta obra), que se compone del derecho penal legislado en el código penal y en leyes especiales que se remiten a la parte general del código penal sin alterarla. Dicho derecho penal se caracteriza por la naturaleza de la pena, que persigue un objetivo de seguridad jurídica, proveyendo a él mediante la evitación de nuevos delitos por medio de la reeducación resocializadora del penado, en la medida en que la afectación de bienes jurídicos que ella ineludiblemente implica sea tolerada por el sentimiento medio de seguridad jurídica.

De este derecho penal común u ordinario se deriva una rama jurídica realizadora, que es el *derecho procesal penal*, que se distingue de él porque sus normas regulan la conducta de los órganos que deben ponerse en movimiento ante una *notitia criminis*, estableciendo cuándo y cómo deben hacerlo, y sancionando con nulidad el incumplimiento de sus mandatos en la investigación y juzgamiento de los hechos.

Del mismo derecho penal común u ordinario se deriva una rama jurídica ejecutiva, que es el *derecho de ejecución penal*, que

32 Así, CLARIÁ OLMEDO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, I, 259; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO - LEVENE (h.), RICARDO, *Derecho Procesal Penal*, Bs. As., 1946, I, 258-268; LEVENE (h.), RICARDO, *Manual de Derecho procesal penal*, Bs. As., 1967, p. 81; VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho procesal penal*, Bs. As., 1969, I, 220-227; diferente era la posición de TOMÁS JOFRÉ, partidario del jurado (*Manual de Procedimiento*, Bs. As., 1941, I, 47), al igual que MÁXIMO CASTRO (*Curso*, II) y JUAN SILVA RIESTRA, *El juicio oral en el procedimiento penal*, Bs. As., 1930.

regula la forma en que se llevará a cabo la pena para obtener la resocialización del penado.

Del derecho penal común u ordinario se separan algunas leyes penales que, en razón de la materia, modifican algunos aspectos de la parte general del código penal, pudiéndose derivar de la misma modificación alteraciones en las ramas jurídicas procesal y ejecutiva. Tales son los *derechos penales especiales.* No obstante separarse del derecho penal común u ordinario, estos derechos penales especiales siguen siendo derecho penal, dado que sus penas tienen esta naturaleza. Como tales reconocemos entre los más importantes, al *derecho penal militar* y al *derecho penal contravencional.*

Aparte del derecho penal (común y especiales) tenemos las *legislaciones paralelas,* que dan lugar a disciplinas también paralelas del derecho penal, pero que estrictamente *no son derecho penal.* Entre estas legislaciones y disciplinas paralelas mencionaremos al *derecho de la minoridad,* al *derecho penal administrativo* y al *derecho penal fiscal.* Aquí, la naturaleza de la consecuencia jurídica de la conducta cambia, de modo que no podemos hablar ya de "leyes penales". Sin embargo, la conexión que guardan con las leyes penales hace que se las deba considerar "leyes paralelas", sometidas en muchos puntos a las penales, aunque corran por cauces que las llevan a procurar objetivos distintos. Son disciplinas jurídicas no penales (que se elaboran sobre leyes no penales), pero que corren prendidas del derecho penal como un cable tensor. En el caso del derecho de la minoridad es la referencia al catálogo penal lo que le sujeta, en tanto que en el derecho penal administrativo (y fiscal) es la naturaleza parcialmente penal de la pena, que guarda el contenido reparador de la sanción no penal, pero aúna a él el carácter preventivo de la sanción penal. Este carácter mixto de la sanción obliga a que la ley que la establece deba reunir los mismos recaudos que la ley penal.

36. **Derecho penal y derecho procesal penal.** Suele decirse que el derecho penal en sentido amplio se subdivide en derecho penal *stricto sensu* (derecho penal propiamente dicho) un derecho penal "realizador" y un derecho penal "ejecutivo"[33], o bien entre penal y procesal penal se distingue más sencillamente hablando de derecho penal sustantivo y adjetivo, o derecho penal de fondo

[33] Así, NUÑEZ, I, 11; HIPPEL, I, p. 1.

y de forma [34]. Lo cierto es que, si bien siempre hubo de considerarse al derecho procesal penal unido al penal, en la actualidad se reconoce que son dos ramas jurídicas, "cada una de las cuales posee su propio objeto de regulación y su sentido peculiar, de manera que las relaciones jurídicas que surgen de esta regulación bilateral se nos ofrecen como diferentes entre sí" [35]. También casi puede afirmarse que entre los procesalistas penales que proceden del campo penal suele sostenerse la pertenencia del mismo como más cercana al derecho penal [36], en tanto que los que provienen del campo procesal consideran que es una rama más del derecho procesal [37].

En rigor, nadie puede afirmar seriamente que el derecho procesal penal sea una rama del derecho penal, porque es evidente que se trata, como su propio nombre lo indica, de derecho procesal. No obstante, y perfectamente asentado que es siempre derecho procesal, no podrá menos que guardar una vinculación estrecha (que no implica dependencia) con el derecho penal, puesto que el derecho procesal penal, "como todo el derecho procesal, es medio de reconstrucción del orden y, por lo tanto, no es un fin en sí mismo" [38].

La confusión entre derecho penal y derecho procesal penal parte de que es inevitable ver en el segundo la realización del primero [39]. "Pero no obstante esta accesoriedad, debe afirmarse el carácter de autonomía del derecho procesal penal. Ese carácter accesorio con respecto al derecho penal sustantivo, no significa dependencia desde el punto de vista de su desenvolvimiento, contenido y finalidad. Sirve al derecho penal material en cuanto actúa sus normas, pero vive independientemente, con normas propias y principios rectores, que recíprocamente se influencian con los de las otras ramas jurídicas, consecuencia de la unicidad del orden jurídico" [40]. En otras palabras, por su naturaleza, es "'hermano gemelo del derecho procesal civil,

34 Así, SOLER, I, 25; BINDING, *Grundriss*, 1907, I; MERKEL, ADOLF, *Derecho Penal*, trad. de Pedro Dorado, Madrid, s.f., p. 1; TEJEDOR, *Curso*; etc.

35 BELING, *Derecho procesal penal*, trad. de M. Fenech, Madrid, 1943, p. 3; en parecido sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, 14; DEL ROSAL, 8.

36 Así, MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Bs. As., 1951, I, 124; FLORIÁN; EUGENIO, *Elementos de derecho procesal penal*, trad. de Prieto Castro, Barcelona, s.f., pp. 14-15.

37 Así, FENECH, MIGUEL, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1952, I, p. 94.

38 CLARIÁ OLMEDO, op. cit., I, 56.

39 Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *Curso de derecho procesal penal*, México, 1974, pp. 3-4; FONTECILLA RIQUELME, RAFAEL, *Derecho Procesal Penal*, Sgo. de Chile, 1943, I, p. 1; DE PINA, RAFAEL, *Manual de derecho procesal penal*, Madrid, 1934, p. 7; GONZÁLEZ G., GUILLERMO, *Manual de Procedimiento Penal*, Quito, 1968, p. 16; CARNELUTTI, FRANCESCO, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., 1950, p. 69; JOFRÉ, TOMÁS, op. cit., II, p. 12.

40 CLARIÁ OLMEDO, op. cit., I, 56.

y ambos, las dos más vigorosas ramas que surgen del tronco común, aunque por su objeto, forma asimismo, parte del conjunto de las ciencias penales" [41].

A oscurecer esta dependencia en cuanto al objeto e independencia en cuanto a la naturaleza, contribuyó el tratamiento conjunto del derecho penal y del procesal penal (Grolmann, Carmignani, Carrara, etc.), lo que aún hoy sucede con algunos autores franceses.

De cualquier manera y pese a que en la actualidad se reconoce la dependencia del derecho procesal penal del derecho penal en cuanto a su objeto (de la misma manera que se reconoce la dependencia del derecho procesal civil del derecho civil en cuanto a lo mismo), también se reconoce su independencia científica y sus principios propios nítidamente diferenciados. De toda forma, algunas normas se encuentran discutidas entre el derecho penal y el procesal penal, particularmente porque no se ha analizado bien su naturaleza y, consecuentemente, no puede determinarse si pertenecen a una u otra ciencia jurídica. Estas dudas particulares, que en otros sistemas pueden tener una importancia relativa, en el nuestro son de principalísima importancia, puesto que, en función de lo dispuesto por el art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional, el Congreso de la Nación debe sancionar el código penal, pero conforme a los artículos 5, 105 y 106 de la Constitución, se interpreta que la legislación procesal corresponde a las provincias, como poder no delegado (art. 104 CN), lo que creemos correcto. De allí surgiría que si el código penal legislase materias procesales, estas disposiciones serían inconstitucionales.

Las disposiciones del código penal que se hallarían fundamentalmente en esta circunstancia son las referidas al ejercicio de las acciones penales (arts. 71 a 76), a los requisitos de procedibilidad (art. 74), a la extinción de las acciones (arts. 59 a 63 y 67), al art. 58 en cuanto resuelve una cuestión de competencia y al inc. 2º *in fine* del art. 41.

Un sector de la doctrina nacional pretende resolver el problema afirmando que son cuestiones aparentemente procesales, pero que en realidad pertenecen al derecho sustantivo [42], en tanto que otros, refiriéndose a la acción procesal, afirman que "la acción es de naturaleza sustancial en cuanto poder, pero procesalmente proyectada en cuanto a su ejercicio" [43]. El pro-

[41] ALCALÁ ZAMORA-LEVENE, op. cit., I, 48.

[42] Así, SOLER, II, 444; NÚÑEZ, II, 128; FONTÁN BALESTRA, III, 441; RIVAROLA, 579.

[43] Así, CLARIÁ OLMEDO, I, 299.

blema se complica y no es tan sencillo sostener esta última postura, particularmente porque en la doctrina procesal configura su más arduo problema, que es precisamente la teoría de la acción procesal, especialmente si se sostiene que la acción hace valer un derecho autónomo, distinto del derecho sustantivo que con ella quiere hacerse valer [44].

Por muchos que sean los esfuerzos dialécticos que se hagan, nos parece demasiado evidente que estas cuestiones pertenecen al derecho procesal. No puede sostenerse otra cosa si se piensa que la teoría de la acción procesal forma uno de los capítulos más centrales, sino el más importante, de la teoría del derecho procesal. La jurisdicción y la competencia son claros problemas procesales. Una disposición que le ordena a cada juez realizar cierto acto procesal, como es tomar conocimiento directo y personal con el procesado, no puede tener otra naturaleza que procesal. Decididamente, pretender que estas disposiciones tienen naturaleza penal es torcer las cosas.

Para apuntalar la pertenencia al derecho penal, Manzini acudía a la distinción entre normas que atribuyen potestad punitiva al Estado y normas que reglan el ejercicio de esa potestad [45]. No obstante, se le hace tan difícil decir cuándo atribuyen y cuándo regulan esa potestad, que el propio Manzini termina admitiendo una "zona neutra", lo que es la confesión de que no resolvió el problema. El mismo Soler, para distinguir entre derecho penal y procesal penal, dice que la sanción más característica del último es la nulidad [46], lo que invalida su posterior tesis de la naturaleza material de las disposiciones en cuestión.

Por nuestra parte, creemos que de lo que aquí se trata es de condiciones o requisitos de procedibilidad en cuanto al ejercicio y extinción de las acciones procesales se refiere, que, como tales, corresponden a la ciencia del derecho procesal penal y no a la del derecho penal, por más que sean formalmente penales, por estar incorporados al código penal. La exigencia de la querella y la regulación que de la misma se hace, por ejemplo, respecto de los delitos contra el honor, no puede ser considerada cuestión de otra naturaleza que procesal. Tal es el criterio que predomina en la doctrina alemana y que a nuestro juicio resulta más claro e indubitable. Señalan los

[44] Así, FLORIÁN, op. cit., I, 176; como materia propia del derecho procesal penal la trata FRANCO SODI, CARLOS, *El procedimiento penal mexicano*, México, 1957, pp. 21 y ss.

[45] MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, I, 125.

[46] SOLER, I, 25.

autores alemanes que *el derecho penal determina cuáles son los hechos punibles y el derecho procesal penal determina los* pasos que se deben seguir para obtener una sentencia [47]. Ambos se refieren a distintas realidades: uno establece el delito y la pena, en tanto que el otro no se funda en el delito, sino en una mera apariencia que puede no ser tal, estableciendo los pasos a seguir para saber si lo es y, en su caso, aplicar una pena [48]. *Las acciones penales no surgen del delito, sino que se ponen en funcionamiento cuando aún no se sabe si hay delito* [49]. El único camino lógico para considerar "penales" a las mencionadas cuestiones procesales contenidas en nuestro código penal, es considerarlas "condiciones de la punibilidad", pero, de esta forma, llegaríamos a considerar al mismo proceso penal una condición de la punibilidad, con lo que mezclaríamos totalmente dos ámbitos distintos de la realidad: la cuestión acerca de la punibilidad, que surge cuando hay delito, y el proceso penal, que se inicia cuando sólo hay una mera apariencia de delito. Pasaríamos por alto que cuando falta la punibilidad, procede la absolución, en tanto que cuando no hay acción, no hay proceso [50].

La confusión entre procedibilidad y punibilidad proviene de la doctrina italiana, particularmente a partir del código de Rocco. Así, por ejemplo, dice Florián que "los dos criterios adoptados por los códigos actuales, el de que prescribe el delito y no la acción penal, y el de que las llamadas condiciones de procedibilidad son al mismo tiempo condiciones de las que también depende la punibilidad del delito, muestran, por tanto, cómo ciertos elementos procedimentales concurren para la determinación del delito y cómo la acción penal está de tal suerte ligada al delito que lo penetra y lo determina" [51]. Como se ve, se trata de una "penalización" del derecho procesal penal, que resulta de confundir los dos campos de la realidad regidos por normas distintas.

Es a través de la doctrina italiana que esta tendencia penetró en la nuestra, siendo del caso recordar que el proyecto Tejedor contenía una sola disposición sobre la prescripción de las acciones (art. 1º del título VII) y no trataba acerca de su ejercicio, en tanto que el proyecto de juicio por jurados incluía también la prescripción de las acciones en el art. 778, sin que sus autores pusiesen en duda su naturaleza procesal [52]. Tampoco dudaron los autores de ese proyecto —que por cierto merece un profundo estudio, que

47 Cfr. SCHMIDT, EB., *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Bs. As:, 1957, trad. de J. N. Núñez, p. 27.

48 Cfr. BELING, op. cit., p. 4.

49 FLORIÁN (p. 175) pasa por alto esta distinción.

50 Cfr. SCHMIDT, EB., op. cit., p. 28; PAGLIARO, 26.

51 FLORIÁN, 175.

52 GONZÁLEZ, FLORENTINO - DE LA PLAZA, VICTORINO, op. cit., pp. 169-171.

hasta ahora nunca se ha hecho— en regular el ejercicio de las acciones, estableciendo la acción pública como regla (art. 3º) y la querella como excepción (art. 4º), la institución del acusador particular (art. 5º) y la autorización para ejercer la acción civil en sede penal (art. 6º).

La doctrina alemana considera que las disposiciones de los parágrafos 61 y siguientes del texto anterior del código penal tenían naturaleza de presupuesto procesal [53], y sólo una minoría de autores antiguos coinciden con el punto de vista desarrollado por la doctrina italiana de la naturaleza "mixta" de las mismas [54]. Como presupuestos procesales y no penales los consideran también en Austria [55] y en Suiza [56].

Dada nuestra organización constitucional, cabe plantear a partir de la consideración de estas cuestiones como de naturaleza procesal penal —y sólo formalmente penales [57] por estar legisladas en el código penal—, el problema de la constitucionalidad de las mismas. Si es verdad que nuestra Constitución reserva nítidamente toda la materia procesal al resorte legislativo provincial, las mismas son obviamente inconstitucionales. Sin embargo, mirando la cuestión con un poco más de fineza, nos percatamos de que esa reserva de la legislación procesal es un principio rector, pero no un límite, al menos en los términos absolutos en que suele pretendérselo. En ninguna parte la Constitución Nacional dice expresamente que las provincias están facultadas para dictar los códigos procesales. Se puede argumentar que, dado que no delega esta facultad en el Congreso Nacional, se la reserva (art. 104 CN). En este juego es donde se halla el error de razonamiento: las provincias no han delegado *todas* las facultades legislativas procesales, pero tampoco se han reservado *todas*. No puede pasarse por alto que el Gobierno de la Nación, por ejemplo, pueda celebrar tratados internacionales que incorporen normas procesales al derecho interno [58], como es el caso de los trata-

53 Cfr. SCHMIDT, EB., op. cit., p. 28; SCHÖNKE-SCHRÖDER, parág. 61; KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, parág. 61; FRANK, parág. 61; KOHLER, AUGUST, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, Leipzig, 1917, p. 29; MEYER, HUGO-ALLFELD, PHILIPP, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1912, p. 267; LISZT, *Lehrbuch*, parág. 44, IV; HIPPEL, p. 286; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1922, p. 195; KERN, EDUARD-ROXIN, CLAUS, *Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch*, München, 1974, p. 13; LÖWE-ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Grosskommentar*, Berlín, 1963, T. I, pp. 40-41.

54 BINDING, *Handbuch*, pp. 588 y ss.

55 RITTLER, THEODOR, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, I. Wien, 1954, p. 248; MALANIUK, WILHELM, *Lehrbuch des Strafrechtes*, Wien, 1947, p. 77.

56 PFENNINGER, H. F., *Anklage, Urteil und Rechtkraft*, en "Schweizerische Juristen-Zeitung", 1943, pp. 353-360.

57 Sobre derecho penal material y formal, SCHMIDHÄUSER, 24.

58 Cfr. BIDART CAMPOS, *El derecho Constitucional del Poder*, 5, 371.

dos de Montevideo. Pero no termina allí la facultad legislativa procesal que se ha delegado a la Nación.

La Constitución Nacional establece en su artículo 5º que "cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia.". El art. 67 inc. 11 establece que corresponde al Congreso Nacional dictar los códigos de fondo, "sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones..". Conforme a estas disposiciones y a la del art. 104 CN, las provincias se dan sus leyes de procedimiento, pero, de la diversidad procesal que la Constitución autoriza no se puede derivar una desigual aplicación de los "códigos de fondo", que resulte violatoria del art. 16 de la misma Constitución. El principio de *igualdad* —que esa disposición consagra— consiste "en que la ley debe ser igual para los iguales en iguales circunstancias, y que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias"[59]. El art. 16 constitucional "comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación, sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones"[60]. "La garantía de igualdad significa que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones"[60 bis]. Es de toda evidencia que, cuando en iguales circunstancias alguien comete una conducta *prohibida y penada por la misma norma*, por el hecho de estar a un lado de un río no pueda ser judicialmente perseguido, en tanto que lo sea del otro lado, en razón de que la acción penal no sea pública de éste y lo sea de aquél, sin que ello implique una franca y abierta violación al principio de igualdad ante la ley.

Puede argumentarse que se lesiona también el artículo 16 con la diversidad legislativa en materia excarcelatoria. No obstante, ello no es verdad, porque allí se trata de un modo de hacer efectivo el derecho de "fondo", en

59 LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y comparado*, Bs. As., 1956, III, 435.

60 Corte Suprema, 18-XI-1827. Similares conceptos de la Corte Suprema en 1929, 1944, 1952 y 1953 (V. LINARES QUINTANA, op. cit., 437).

60 bis Corte Suprema, agosto 18 de 1978 (LL, 28-11-78).

tanto que cuando se extingue o no nace la acción penal, se deja de hacer efectivo ese derecho. En este caso son *modalidades de la aplicación*, más o menos gravosas, pero que no pueden suprimirse sin alterar las jurisdicciones locales (art. 67 inc. 11), y que entran dentro de lo que los constitucionalistas llaman "razonabilidad del principio de igualdad" [61]. En el caso del nacimiento y extinción de la acción, no se trata ya de una modalidad de aplicación, sino de una *posibilidad de aplicación*; lo que está en juego es la aplicación misma de la norma de fondo y no una forma de aplicarla.

Para hacer efectiva la aplicación del derecho penal sin alterar las jurisdiaciones provinciales, en forma que no resulte violatoria del principio de igualdad ante la ley, no puede menos que reconocerse que las provincias han tenido que delegar al Congreso Nacional algunas limitadas facultades procesales, que garanticen una igualitaria persecusión penal de las conductas penadas.

Reconocer la realidad de esta delegación limitada e inevitable no implica retacearle a las provincias sus facultades legislativas en materia procesal penal, pues no se trata más que reconocer que han delegado lo que ninguna pretende haberse reservado. El límite de esta delegación es, además, bien claro: se ha delegado lo necesario para que todos los delitos sean igualmente perseguibles y se han reservado lo que hace a las modalidades de esa persecución.

Esto no sólo acontece con las disposiciones que hacen al ejercicio y extinción de las acciones procesales, sino que lo mismo sucede con todas las otras disposiciones que hemos mencionado. Así, el art. 41 inc. 2º última parte, cuando impone el conocimiento *de visu* por parte del juez, no hace más que evitar la desigualdad que puede implicar que alguien sea juzgado por un sistema de plenario escrito y otro por un sistema de plenario oral, garantizándole al primero un mínimo de inmediación jurisdiccional. En cuanto al art. 58, resulta claro que resuelve una cuestión de competencia que sólo una ley nacional puede resolver, pues no hay otro modo de resolver cuestiones de competencia planteadas entre jurisdicciones ordinarias y federal.

Si bien es cierto que los aspectos que acabamos de considerar son los más importantes en cuanto a las relaciones entre ambas disciplinas, no podemos desconocer que ambas tienen también otras relaciones e implicancias. Entre ellas, cabe recordar los llamados "delitos de peligro abstracto", que son casos en que se invierte la carga de la prueba. Por otra parte, también hay preceptos procesales que tienen una doble función [62]. Así, todas las medidas coercitivas procesales, como el arresto, el secuestro, el allanamiento, etc., son —siempre que sean lícitas, por supuesto—, casos de atipicidad penal.

61 V. LINARES QUINTANA, op. cit., III, 436-437.

62 *Cfr.* BELING, *op. cit.*, 15.

37. **Derecho penal y derecho de ejecución penal.** La sanción que no tiene carácter penal —y particularmente la civil— debido a su naturaleza reparadora, resulta de ejecución relativamente sencilla y suele llevarse a cabo por oficiales que dependen administrativamente del mismo Poder Judicial, estando regulada la misma por el derecho procesal pertinente. La ejecución de la sanción penal, que tiene un cometido resocializador, resulta mucho más compleja, particularmente cuando se trata de las penas privativas de libertad. De allí que los organismos de ejecución sean más complejos, su dependencia administrativa del poder judicial se torne más inconveniente, sea menester una mayor regulación legal de la ejecución penal y resulte necesario precisar sobre la marcha detalles de la misma, en atención al cometido especial que debe cumplir. Por eso, *dada la peculiar naturaleza resocializadora de la pena, no puede afirmarse que la ejecución penal sea una cuestión de derecho procesal, lo que bien puede ser válido para la ejecución de la sanción en otras ramas del derecho,* sin perjuicio de aclarar que también en otras materias se tiende a tratar en forma especial la ejecución, toda vez que frecuentemente se torna más compleja la misma [63].

Tampoco la ejecución penal corresponde al derecho penal "de fondo", al menos en su parte más importante. Hay límites generales que incumben al derecho penal, como son los límites de la privación o restricción de la libertad o de otros bienes jurídicos, pero los detalles de la marcha de la ejecución, es decir, lo que se llama "régimen penitenciario", son una cuestión por entero diferente.

Incumbe al derecho penal establecer la limitación que pueden sufrir los bienes jurídicos del condenado y el objetivo que esa limitación persigue, dando las directivas generales para procurarlo, pero no le incumbe precisar los detalles de la marcha de esa actividad ejecutiva y, lo cierto es que el éxito de la misma depende de estos "detalles", que configuran la modalidad ejecutiva de la pena.

Por supuesto que la ejecución estará vinculada al derecho penal, porque las normas que la rigen tendrán que ser siempre accesorias de éste, pero esta accesoriedad no puede llegar hasta afirmar su identificación [64].

[63] No obstante, como cuestión procesal penal la tratan MEZGER-BLEI, 360; PESSINA dividía el procedimiento en judicial y ejecutivo (*Elementi*, Napoli, 1882, I, 7).

[64] A partir de que las funciones penal y carcelaria no pueden ser independientes, identificaban las normas ejecutivas con las penales (tal parece haber sido el criterio de la Unión Internacional de Derecho Penal, y el de GÓMEZ, *Tratado*, I, 117).

Cabe consignar que en la ejecución penal no se pueden afectar los límites señalados por la sentencia, pero para la interpretación de las normas que rigen la ejecución no vale el principio de legalidad con la misma extensión que para las leyes penales, sino que el principio de la ley más favorable (*lex favorabilior*) compite con el de la ley más idónea para la resocialización (*lex aptior*) [65], sin que por ello pueda afectarse la legalidad misma de la pena (*nulla poena sine lege*) [66]. En otras palabras: en tanto que la nueva ley ejecutiva sea más idónea para alcanzar la resocialización, debe aplicarse, *siempre y cuando no se traduzca en una afectación de bienes jurídicos del penado superior a la impuesta por la que regía al tiempo de la condena.*

La circunstancia de que no pueda considerarse que toda la regulación legal de la ejecución penal sea cuestión penal "de fondo" y que tampoco pueda considerársela procesal, sumada a que generalmente se ejecuta la pena por cuenta de organismos administrativos, tampoco puede llevarnos a la conclusión de que se trata de una cuestión que incumbe al derecho administrativo [67], salvo que lo consideremos una rama muy especializada y peculiar del mismo [68], y aún en este supuesto, veremos que hay aspectos que escapan a dicha esfera.

Estas dificultades han llevado a que se lo considere como una rama autónoma del derecho [69], llamada *derecho penitenciario* o *derecho de ejecución penal* o *ejecutivo penal.* Se entiende que estas dos últimas denominaciones son las correctas, puesto que el derecho penitenciario sería una parte —bien que la más importante en la actualidad— del anterior, cuya denominación no alcanzaría a la eje-

65 Cfr. LUDER, ÍTALO, *El sistema jurídico de la ejecución penal*, La Plata, 1959, p. 13.

66 Cfr. CUELLO CALÓN, EUGENIO, *La moderna penología*, Barcelona, 1958, p. 10; BERISTAIN, ANTONIO, op. cit., p. 83; LUDER, ÍTALO, *La dogmática ejecutivo-penal*, en LL, 132 (1968), pp. 1258-1264 (1260).

67 Así, DE MARSICO, 343; GRISPIGNI, I, 288-9; FERRUCCIO FALCHI, *Diritto Penale esecutivo*, Padova, 1934-1935.

68 Así, LUDER, *El sistema*, cit., pp. 13-14.

69 Así, NOVELLI, GIOVANNI, *La autonomía del derecho penitenciario*, en "Rev. Penal y Penitenciaria", Nros. 29-30, julio-diciembre de 1943, pp. 425-468; SIRACUSA, N., *Istituzioni di Diritto Penitenziario*, Milano, 1935; BERNALDO DE QUIRÓZ, CONSTANCIO, *Lecciones de derecho penitenciario*, México, 1953, pp. 12-16; BETTIOL, 718; CHIOSSONE, 209; NÚÑEZ, *Manual*, 17-18; JESCHECK, 11; MAURACH, 307-308; SCHULTZE, I, 34; CHICHIZOLA, MARIO, I, *La individualización de la pena*, Bs. As., 1967, p. 140.

cución de las penas no privativas de la libertad [70]. Otros autores prefieren negarle autonomía, considerando que se trata de un complejo de preceptos que pertenecen al derecho penal, al derecho procesal penal y al derecho administrativo [71].

En realidad, la cuestión acerca de la autonomía del derecho de ejecución penal, como todas las cuestiones análogas, tienen un interés que escasamente superan lo puramente académico y especulativo, pero que raramente lleva a consecuencias prácticas. Las normas de ejecución penal no pueden afectar garantías constitucionales, sea cual fuere su naturaleza, y la determinación a este respecto dependerá del alcance que se le otorgue a la disposición constitucional en cuestión y no de la naturaleza penal, procesal, administrativa o autónoma de la ley penal ejecutiva de que se trate. Lo que es indudable es que existe —y no puede faltar— un "conjunto de normas positivas que se relacionan a los diferentes sistemas de penas; a los procedimientos de aplicación, ejecución o cumplimiento de las mismas; a la custodia y tratamiento; a la organización y dirección de las instituciones y establecimientos que cumplen con los fines de la prevención, represión y rehabilitación del delincuente, inclusive aquellos organismos de ayuda social para los internados y libertados" [72]. *Cualquiera sea su naturaleza y ubicación legal, en todo el mundo civilizado hay leyes que regulan este ámbito de la realidad y que, necesariamente, guardan una estrecha relación de complementación y accesoriedad con el derecho penal.*

Esta complementación y accesoriedad no prejuzga acerca de su autonomía científica, que puede tenerla como la tiene el derecho procesal penal. Afirma con razón Malo Camacho que "la esfera de conocimiento de cada una de ellas se observa estrechamente relacionada, pero al mismo tiempo totalmente independiente" [73].

Tampoco implica esto abrir juicio acerca de la conveniencia de su codificación, materia en que las opiniones han estado también divididas [74]. *Mucho, ménos aún se trata de ignorar su carácter científico-jurídico*, que pone de manifiesto la intensísima actividad internacional, fundamentalmente con las

70 CUELLO CALÓN, op. cit., p. 12; GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *El art. 18 constitucional*, México, 1967, p. 42; JESCHECK (loc. cit.) habla también de un "derecho registral penal", como parte del derecho penal ejecutivo.

71 Así, MAGGIORE, I, 52; DEL ROSAL, I, 23.

72 PETTINATO, ROBERTO, *Relaciones entre el derecho penal y los sistemas penitenciarios*, en "Memoria de la Primera Mesa Redonda Centroamericana de derecho penal", San Salvador, 1961, p. 357.

73 MALO CAMACHO, GUSTAVO, *Manual de derecho penitenciario mexicano*, México, 1976, p. 13.

74 NOVELLI, op. cit., pp. 436 y ss.

reuniones y congresos convocados principalmente a partir del de Londres de 1872 (Estocolmo, 1878; Roma, 1885; San Petersburgo, 1890; París, 1895; Bruselas, 1900; Budapest, 1905; Washington, 1910; Londres, 1925; Praga, 1930; Berlín, 1935 y La Haya, 1950). El Congreso de La Haya de 1950 fue el XII Congreso Penitenciario Internacional, último convocado por la Convención Internacional Penal y Penitenciaria, pasando a incumbir esta tarea, a partir de entonces, a la Organización de las Naciones Unidas, que realizó hasta el presente los congresos de Ginebra (1955), Londres (1960), Estocolmo (1965), Kyoto (1970) y Ginebra (1975). Este carácter científico se pone de manifiesto también en la importante producción bibliográfica acerca del tema, particularmente en los últimos años [75].

[75] Para tener una idea aproximada de su magnitud, es conveniente revisar las bibliografías indicadas por BUENO ARÚS, FRANCISCO, *Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios*, en "Hom. a J. de Asúa", Bs. As., 1970, pp. 412-416; GARCÍA RAMÍREZ, *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, México, 1962, 367-375; MARCÓ DEL PONT, *Penología y sistemas penitenciarios*, Bs. As., 1974, 333-351; RODRÍGUEZ DEVESA, 795-6; muy especialmente la bibliografía europea indicada por JESCHECK-LÖFFLER, op. cit.; los trabajos publicados en la "Revista Penal y penitenciaria" (Bs. As.), "Revista di diritto Penitenziario", "Revistas de estudios penitenciarios" (Madrid); actas de congresos nacionales e internacionales (muy especialmente los mexicanos y los de prevención del delito de la ONU); publicaciones de la ex Penitenciaría Nacional de Buenos Aires, particularmente bajo la dirección de Roberto Pettinato; los trabajos nacionales de NEUMAN y GARCÍA BASALO; artículos de ALTMANN SMYTHE, MATHÓ RAGUSCI y THORSTEN ERIKSSON en los "Archivos de Crim., neuro-psiq. y disciplinas conexas" de Quito (1964); los números de las desaparecidas revistas penit. de Santa Fe y de la Prov. de Bs. As.; distintas publicaciones de la ONU; estudios comparativos (HUGUENEY-DONNEDIEU DE VABRES-ANCEL, *Les grands systémes pénitentiaires actuels*, 1950-1955; *Prisiones europeas*, en "R. Est. Penit.", Madrid, 1968; etc); entre nosotros es bueno recordar el precursor trabajo de LADISLAO THOT, *Ciencia Penitenciaria* ("Rev. de Identif. y Cs. Penales", La Plata, 1936, 44-49, pp. 154 y ss.; 49-51, pp. 203 y ss.; 1937, 52-54, pp. 134 y s.); es particularmente importante la bibliografía italiana, que viene de antiguo: BAMBARDINUS. ANTONIUS, *Tractatus de carcere et antiquo ejus usu. Ad usque tempora deducto*, Patavii, 1713; MITTERMAIER, KARL JOSEF ANTON, *Italienische Zustände*, Heidelberg, 1844; BELTRANI SCALIA, MARTINO, *La riforma penitenziaria in Italia*, Roma, 1879; del mismo, *La discussione di sistema penitenziari al Congresso di Londra*, en "Riv. di discipline Carcerarie", 1872, fasc. 11 y 12; CHICHERIO, F., *Sistemi penitenziari in Italia e in Svizzera*, Bellinzona. 1872; CATTANEO, CARLO, *Della riforma penale*, Milano, 1906; MARSICH, PIERO, *L'esecuzione penale*, Padova, 1927; NOVELLI, GIOVANNI, *L'esecuzione delle pene detentive nella nuova legislazione italiana*, Roma, 1931; del mismo, *L'autonomia del diritto Penitenziario*, Roma, 1933; FERRUCCIO FALCHI, op. cit.; SIRACUSA, op. cit.; Cent. Naz. di prev. e dif. sociale, *Relazione sulla riforma carceraria in Italia*, Milano, 1951; GALASSO. AURELIO, *Cenni sulla esecuzione delle sentenze penali*, Campobasso, 1965; BETTIOL, G., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964; *Dibattito sul tema crisi e avvenire della pena carceraria*, Milano, 1964; etc. Entre los últimos trabajos en nuestra lengua cabe mencionar a MALO CAMACHO, GUSTAVO, op. cit.; GARCÍA VALDEZ, CARLOS, *Las nueva penologia*, Madrid, 1977; BERGALLI, ROBERTO, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Madrid, 1976. De la bibliografía alemana nos ocuparemos al tratar las penas privativas de libertad (en

Como si esto no fuese suficiente, los penitenciaristas tienen también sus propias figuras científicas, independientes de las nuestras, aunque no puedan ignorarse sus íntimas vinculaciones filosóficas e ideológicas. Así, John Howard, Concepción Arenal [76], el coronel Montesinos, el capitán Maconochie, etc. [77]

La actividad y cooperación internacional en la materia ha dado por resultado, en el Congreso de Ginebra de 1955, la aprobación de las famosas "Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos", revisadas en Kyoto en 1970. Estas reglas han disipado muchas de las objeciones que se formulaban a la codificación del derecho de ejecución penal, postulándose en la actualidad, incluso, la redacción de un "Código Tipo de Ejecución Penal Latinoamericano" [78].

En cuanto a los trabajos legislativos nacionales más recientes, tiene especial importancia la "Ley sobre ejecución de las penas privativas de libertad" del 16 de marzo de 1976, que es resultado de un proyecto cuya elaboración culminó en 1975 [79]. (Alemania había conocido un primer proyecto en 1879, rechazado por razones económicas, sancionando unos "principios generales" en 1897, sin que la materia mereciese un proyecto general de legislación hasta 1927. La posterior regulación por vía de ordenanzas ministeriales (1934 y 1940) fue derogada después de la guerra por las autoridades de ocupación. Otro texto importante y en algunos aspectos superiores al alemán es la ley austríaca de "ejecución penal" de 1969 reformada en 1971 [80].

Al ocuparnos de las penas nos referiremos en rápido panorama a la ejecución de las penas privativas de libertad en nuestro derecho positivo, pero queda en claro que consideramos que la ejecución penal no pertenece a nuestra ciencia, pues se trata de regular un ámbito de realidad diferente del que corresponde al derecho penal: *en tanto que el derecho penal determina cuándo hay delito puni-*

---

nuestro idioma puede verse la indicada por BERGALLI, en op. cit., y KAUFMANN, HILDE, *Principios para la reforma de la Ejecución Penal*, Bs. As., 1977).

76 V. ARENAL, CONCEPCIÓN, *Obras Completas*, Madrid, Reus, 1895-1905; CAMPOAMOR, CLARA, *El pensamiento vivo de Concepción Arenal*, Buenos Aires, 1939.

77 Sobre la bibliografía antigua argentina en la materia, GÓMEZ, *Criminología Argentina*, Bs. As., 1912, 126-144; especialmente, VARELA, LUIS V., *La cuestión penal, Estudio sobre el sistema penitenciario*, Bs. As., 1876; SARMIENTO, DOMINGO F., *Sistema penitenciario*, en "Obras Completas", X, pp. 22-36.

78 *Primera reunión de expertos para el estudio de los problemas penitenciarios de América Latina*, Heredia, Costa Rica, 1974. En cuanto a la codificación en Latinoamérica, J. CARLOS GARCÍA BASALO, *La Codificación Penitenciaria en América Latina*, Bs. As., 1977.

79 *Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Massregeln der Besserung und Sicherung —Strafvollzugsgesetz (StVollzG)— mit der Stellungnahme des Bundesrates und der Gegenäuserung der Bundesregierung*, editado por el Ministerio Federal de Justicia, 1975.

80 V. *Entwurf*, pp. 66-68.

80 V. *Strafvollzugsgesetz 1969 in der Fassung der Strafvollzugsgesetznovelle 1971*, diritte Auflage, Wien, 1975.

ble, en qué afectación de bienes jurídicos consiste la pena y qué objetivos persigue, el derecho de ejecución penal (se lo considere o no autónomo) regula la situación del penado desde la sentencia firme hasta la extinción de la pena por agotamiento de la ejecución [81].

Esto no varía sea cual fuere el sistema de ejecución, es decir, sea judicial, con el llamado juez o tribunal "de ejecución penal" [82] (que propugnó entre nosotros el proyecto de código penal de 1974-5), o bien, encargando a la administración (a organismos dependientes del Poder Ejecutivo) la ejecución. Aún en este último caso —que es nuestro sistema— cabe un control jurisdiccional, que puede ejercerse incluso por vía de amparo.

Según la teoría procesal de la "relación jurídica", Luder estructura el "sistema jurídico de la ejecución penal" como "relación jurídica" [83], siguiendo a Ferruccio Falchi [84]. Creemos que también puede intentar estructurárse'o dogmáticamente siguiendo analógicamente la teoría de la situación jurídica de Goldschmidt [85].

Cabe aclarar que no debe confundirse el derecho de ejecución penal, autónomo o disperso, o adscripto a otras ramas, con otras disciplinas o conocimientos no jurídicos, como son la "penalogía" (concepto de uso equívoco, incluso normativo) y la técnica penitenciaria.

Sin perjuicio de ocuparnos más adelante de proporcionar una idea de los lineamientos de la ejecución en nuestro derecho positivo [86], corresponde tratar aquí el problema general que esa legislación plantea en nuestro sistema jurídico.

Nuestro sistema jurídico de ejecución penitenciaria surgió en su configuración moderna con la ley 11.833, "Ley de organización carcelaria y régimen de la pena", sobre la base de un anteproyecto del Dr. Juan José O'Connor, sancionada en 1933. La reglamentación y lagunas de la misma fueron cubiertas por el decreto 35.788 de 1947, inspirado por Roberto Pettinato. El alcance de esa legislación se extendía a los establecimientos federales. Dicha legisla-

[81] En general, BERNALDO DE QUIROZ, op. cit., pp. 9 y ss.

[82] V. CANO MATA, *El juez de ejecución penal*, en "Rev. de Est. Penit.", 1967; LAGUÍA, *El juez de aplicación de las penas en Francia*, en "Anuario", Madrid, 1959; CUELLO CALÓN, *La intervención del juez en la ejecución de la pena*, en el mismo, 1953.

[83] Así, LUDER, *El sistema*, cit., pp. 19-21.

[84] FERRUCCIO FALCHI, op. cit., T. I.

[85] Sobre ello, GARCÍA RAMÍREZ, *El art. 18 const.*, cit., pp. 9 y ss.

ción fue reformada por el decreto-ley 412 de 1958, ratificado por la ley 14.467, el que se conoce como "Ley Penitenciaria Nacional". En cuanto a la organización del servicio penitenciario, éste se rige por la "Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal" (17.236 del 10 de abril de 1967, modificada parcialmente por el decreto-ley 20.416 del 18 de mayo de 1973).

La ley penitenciaria nacional (decreto ley 412/58) contiene una disposición que ha provocado polémicas acerca de su constitucionalidad: se trata de los artículos 131 y 132. El primero de ellos dice: *"Esta ley se tendrá como complementaria del código penal (ley 11.179)"*. El art. 132 reza: *"La Nación y las Provincias procederán, dentro del plazo de ciento ochenta días a partir de la publicación del presente en el Boletín Oficial, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a los efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en este decreto-ley"*. De hecho, esta disposición no se ha cumplido (así, por ejemplo, la Provincia de Buenos Aires sigue rigiéndose por su "Código de Ejecución Penal", ley provincial 5619 del 7 de noviembre de 1950) [87], pero no por ello ha dejado de plantearse a nivel teórico la cuestión acerca de su constitucionalidad.

El 21 de agosto de 1917, al fundar Rodolfo Moreno (h.) el despacho de la Comisión acerca del Código penal, expresaba: "Es necesario que se dicte la ley carcelaria, una ley en la que se establezca el régimen de la penalidad en primer término, pero el régimen de la penalidad en toda la República y bajo el sistema progresivo, si fuera posible, porque hoy en cada cárcel, en cada provincia y en cada lugar se cumplen las penas como les parece oportuno a los gobiernos locales, es decir que, habiendo o debiendo haber un solo Código penal, la aplicación de las represiones se hace de una manera totalmente diferente en unos y en otros lugares, como si no pertenecieran todos al mismo país" [88]. Rodolfo Moreno (h.) recordaba estos argumentos en ocasión de fundamentar su proyecto de ley penitenciaria de 1922, resumiendo en esta fundamentación los antecedentes anteriores (Legislación nacional —código de 1886, que establecía un sistema único—, proyectos —la separación aparece en el de 1906—, proyecto del Poder Ejecutivo en 1919, proyecto del diputado por San Luis, Alberto Arancibia Rodríguez, el proyecto que le enviara Julio Herrera, etc.). El proyecto de Rodolfo Moreno (h.)

[86] V. *infra*, § 599.

[87] V. Ministerio de Gobierno, *Código de Ejecución penal, ley 5619*, La Plata, 1951.

[88] Cámara de Diputados de la Nación, *Legislación penal y carcelaria - Proyectos presentados por el Sr. Diputado Dr. Rodolfo Moreno (h.)*, Bs. As., 1922, p. 16.

era escueto, coincidía con los antecedentes en cuanto al establecimiento de un régimen único de ejecución penal para todo el país, y el último párrafo del último artículo (20) disponía: "La Dirección General podrá dirigirse a las autoridades provinciales recabando la adopción de medidas que tengan por objeto el cumplimiento del régimen penal establecido". La constitucionalidad de la facultad del Congreso de la Nación para legislar un sistema penitenciario uniforme fincaba, para Moreno, en el principio del art. 16 constitucional, porque si las penas "no se cumplen igual en todo el territorio del país, o por lo menos del modo más aproximado posible, no hay la igualdad que la ley de fondo ha querido establecer" [89].

El citado proyecto de Moreno, con reformas, fue aprobado por la Comisión con despacho favorable del 8 de julio de 1925. Entre las reformas que había sufrido se incluía en su texto el art. 25, que es el que ahora reproduce el art. 131 del decreto-ley 412/58. Votó en disidencia con dicho artículo Miguel A. Aráoz [90]. La disposición fue propuesta por Antonio de Tomaso, en tanto que Aráoz fundaba su disidencia en que había allí disposiciones de carácter administrativo que eran de resorte provincial [91].

Como surge de estos antecedentes, la cuestión acerca de su constitucionalidad se planteaba afirmándola unos basados en el art. 16 constitucional y negándola otros a partir de la naturaleza administrativa de las leyes de ejecución, que sería materia reservada a las provincias (art. 104 constitucional).

Cabe considerar que el proyecto de 1906 omitió legislar sobre ejecución penal, porque creía que aún no había ningún sistema que estuviese suficientemente acreditado y por ello lo reservaba para una ley especial, pero no porque creyese que el Congreso de la Nación no tenía facultades para hacerlo. La Comisión se preguntaba: "¿Para qué incorporar a una ley que debe ser relativamente permanente como el código penal, sistemas que todavía están en tela de juicio?" [92]. A esto contestaba Julio Herrera en 1911: "A causa de este funesto error que viene haciéndose ya tradicional en nuestro país, no hay la justicia penal única que ha querido la Constitución, sino catorce justicias penales que aplican las penas más diversas al mismo delito, quedando libradas en su ejecución al capricho, no de los gobiernos que no se cuidan de esto, sino de alcaides o guardianes de la cárcel" [93]. No obstante, se hizo caso omiso de la consideración de Herrera y se sancionó el código penal reservando la cuestión a una ley especial por las razones dadas en 1906 [94].

Lo cierto es que los argumentos esgrimidos por Antonio de Tomaso al defender su artículo y por Miguel A. Aráoz al impugnarlo en 1925, son los que se esgrimen en la actualidad. El decreto-ley 412/58, en su extensión

89 Idem, p. 18.

90 Cámara de Diputados de la Nación, Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. *Trabajos de la Comisión*, Bs. As., 1925, p. 140.

91 Sesión de la Comisión del 8 de julio de 1925 (idem, p. 84).

92 *Proyecto de código penal para la República Argentina redactado por la Comisión de Reformas legislativas constituida por decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904*, Buenos Aires, 1906, p. XXXIV.

93 HERRERA, JULIO, pp. 51-2.

94 V. MORENO (h.), *El código penal*, cit., I, 139.

95 SOLER, II, 382-3; NÚÑEZ, II, 379; FONTÁN BALESTRA, III, 346; también MARCÓ DEL PONT, 98-99.

(art. 131) es constitucional para Soler, Núñez y Fontán Balestra [95], en tanto que no lo es para Luder [96], basándose los primeros en el principio de igualdad ante la ley y el segundo en que se trata de una materia no delegada en el art. 67 inc. 11 de la Constitución, por no corresponder al código penal.

Resulta para nosotros cierto que la ejecución penal no es materia que corresponde al derecho penal de fondo, pero de ello no podemos deducir la inconstitucionalidad del art. 131 del decreto-ley 412/58. Sucede aquí algo análogo a lo que ya expusimos respecto de las disposiciones de naturaleza procesal que se hallan contenidas en el código penal. Se trata de facultades que tiene el Congreso Nacional y que no han podido quedar reservadas a las provincias, porque de otro modo, la misma Constitución Nacional estaría violando su artículo 16, de cuyo alcance ya nos hemos ocupado [97]. *Dos penas que se ejecutan de modo diferente son diferentes, y el artículo 16 de la Constitución Nacional exige que el delincuente goce (o no) del sistema progresivo (o de otro), tanto en Buenos Aires como en Jujuy.*

Por otra parte, cabe tener en cuenta que la ejecución penal ha tenido un especial desarrollo legislativo con posterioridad a la fecha en que se sancionó nuestra Constitución Nacional, pero en esa época, las pocas disposiciones que a ese respecto regían en el mundo, se hallaban en los códigos penales. En nuestro país pueden verse las particulares disposiciones contenidas en el código Tejedor, sobre el tratamiento de los reclusos y presidiarios, que se ocupaban incluso de su vestimenta. Siendo ello así, entendemos que la materia se encuentra delegada por las provincias al Congreso Nacional, en el mismo artículo 67 inc. 11 de la Constitución Nacional, puesto que era una materia legislativa que en ese tiempo correspondía al "código penal", y su posterior autonomía legislativa no puede variar el alcance de la delegación de poderes provinciales hecha en 1853.

Hay algunas disposiciones del decreto-ley 412/58, que deben interpretarse en forma acorde al texto constitucional, pues de estar a su tenor literal son inconstitucionales. El art. 123 autoriza al Poder Ejecutivo a convenir con las provincias la creación de establecimientos regionales, que somete a la dependencia del actual "Servicio Penitenciario Federal". Cabe entender que

[96] LUDER, ÍTALO, *La ley penitenciaria nacional, complementaria del código penal*, en "Revista del Inst. de Inv. y Docencia Criminológicas", La Plata, 2, 1958, p. 10.

[97] V. *supra*, § 36.

ello sucederá siempre que la provincia de que se trate no prefiera construir sus propios establecimientos.

El art. 126 es el más cuestionable, porque parece asignar una función de control administrativo a la autoridad federal sobre los establecimientos provinciales: "La Dirección Nacional de Institutos Penales —dice— queda autorizada para solicitar directamente a las autoridades penitenciarias provinciales las informaciones que considere útiles para sus fines. Asimismo, acordará con ellas visitas a sus establecimientos. A solicitud de dichas autoridades la Dirección Nacional de Institutos Penales producirá informe sobre el establecimiento visitado". Esta disposición no puede entenderse en otro sentido que en el de una cooperación informativa y técnica, pues el mismo artículo 121 establece que el contralor administrativo queda a cargo de "inspectores penitenciarios calificados", que se entiende deben depender de la autoridad provincial o nacional, según corresponda. En el art. 121, el control jurisdiccional queda a cargo de la "autoridad judicial que corresponda", y, en el mismo artículo, al inspector lo designa la "autoridad administrativa", que, por supuesto, también será la que corresponda. De allí que no pueda admitirse la interpretación del art. 126 como estableciendo un control administrativo federal, pues se contradice con el art. 121 del mismo decreto, sin contar con que afecta las jurisdicciones locales, en contra de lo establecido por el inc. 11 del art. 67 constitucional [98].

Si bien por cierto se ha hablado de una individualización legal, judicial y administrativa de la pena, lo que se repite casi dogmáticamente [99], consignamos que, en nuestro concepto sólo hay individualización "judicial" de la pena. El legislador no "individualiza", sino que las establece en abstracto; el juez la individualiza al aplicar la ley (lo general y abstracto al caso particular y concreto). La administración no puede hacer otra cosa que cumplir —conforme a la ley— lo resuelto por el juez. El "título ejecutivo penal" es la sentencia firme [100] y la autoridad administrativa no hace más que darle cumplimiento. La precisión del "tratamiento" [101] no es una ultra-individualización de la pena, sino elección de la vía más idónea para obtener el objetivo de la pena ya individualizada.

38. **Derecho penal y derecho penal militar.** Creemos que el más importante desprendimiento sistemático del derecho penal "común" u "ordinario" es el derecho penal militar, que puede ser

98 Por una interpretación constitucional, FONTÁN BALESTRA, III, 346; en sentido crítico, NÚÑEZ, II, 391.

99 Así, por ejemplo, CHICHIZOLA, *La individualización de la pena*, cit., p. 49.

100 Cfr. LUDER, *El sistema*, cit., p. 12.

101 Sobre el concepto de "tratamiento penitenciario", PINATEL, JEAN, *Criminologie*, París, 1963, p. 448; en sentido crítico al mismo, VERGALLI, op. cit.

considerado un "derecho penal especial", en el sentido de que modifica algunos principios generales que contiene el código penal, de acuerdo a la particular función tutelar que cumple, es decir, autónomo en cuanto a la especial naturaleza de su tutela y del estado militar de los autores, pero básicamente de carácter penal [102].

La teoría de la autonomía del derecho penal militar no puede llevarse hasta el extremo de sostener su absoluta independencia del derecho penal, en forma tal que el derecho penal legislado en el código penal y leyes complementarias sería también un derecho penal "especial".

La tesis de la autonomía "absoluta" o "completa" o de la "especialidad absoluta" fue sostenida entre nosotros por Mainard, quien pretende destruir la unidad del derecho penal, distribuyéndolo en un número dado de derechos penales "especiales" [103]. Dada la naturaleza predominantemente sancionadora del derecho penal, no cabe duda de que con semejante procedimiento se lo destruiría en una atomización ilimitada. Esta actitud le fue criticada agudamente por Blasco Fernández de Moreda [104], a nuestro juicio exitosamente. De cualquier manera, la cuestión entre ambos se centró en la posibilidad de un "derecho de guerra", en si la guerra está dentro del derecho (Mainard) o fuera de él (Blasco) y, particularmente, en la atomización del derecho penal [105], pero no tocó la esencia penal del derecho penal militar. Bernardi, por su parte, sostuvo un confuso concepto de la autonomía del derecho penal militar, en que, no obstante, no lo desvincula del derecho penal [106]. *Lo que frente a estas posiciones afirmamos es que el derecho penal militar no es derecho penal común, pero no por ello deja de ser derecho penal.* La existencia de ramas diferenciadas del derecho penal no implica que no sean derecho penal.

La especialización del derecho penal militar no sólo proviene de la circunstancia misma de ser un derecho penal que rige las relaciones que tienen lugar en el marco de una situación de características particulares, sino —lo que es más importante— que surge como consecuencia de ser un derecho penal que se funda en una

102 Cfr. CAVALLERO, RICARDO JUAN, *Notas sobre el delito militar*, en LL, 12-XI-75.

103 MAINARD, HORACIO L., *Ensayo de un derecho de guerra*, Bs. As., 1954.

104 BLASCO FERNANDEZ DE MOREDA, en "Bibliografía", LL, 75-957/63.

105 V. MAINARD, HORACIO L., *Acerca del derecho de guerra y los derechos penales especiales*, en LL, 77-876/89; BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Acerca del derecho de guerra y los derechos penales especiales (Contestación a una réplica)*, en LL, 79-824/39.

106 BERNARDI, HUMBERTO P. J., *La sustantividad del derecho penal militar*, en LL, 39-1033/8; también VEJAR VÁZQUEZ, OCTAVIO, *Autonomía del derecho militar*, México, 1948.

necesidad *terrible* (la guerra, actual o potencial) o en una necesidad *terribilísima* [106 bis]. Es natural que las previsiones de un derecho penal que rige en circunstancias de necesidad enorme y eventualmente terribilísima no sea el mismo que rige fuera de esa circunstancia.

Esta especialidad y excepcionalidad que lo caracterizan no significan que el derecho penal militar sea incompatible con la Constitución [107], ni mucho menos que sea la "excepción del derecho" [108]. Si el derecho penal militar integra el orden jurídico, no puede menos que compatibilizarse con la Constitución y el derecho. Por otra parte, sería aberrante pensar que el orden jurídico está defendido por algo que no está sometido a él [109].

La base constitucional de nuestro derecho penal militar se halla fundamentalmente en los artículos 21 y 67 inc. 23 de nuestra Constitución. El primero, al disponer que "todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del poder ejecutivo nacional", da a nuestras Fuerzas Armadas el carácter de "ejército de ciudadanos" y, además, es la base por la que se explica el sometimiento de los ciudadanos al régimen de justicia militar en la excepcional situación de su incorporación a las Fuerzas Armadas o a sus servicios auxiliares. Se ha dicho con razón que el art. 21 implica "la proclamación de la necesidad de la existencia del ejército; su carácter ciudadano y la norma directiva de organización que lo rige" [110]. El segundo dispositivo constitucional mencionado, al establecer que es función del Congreso "fijar la fuerza de línea de tierra y de mar en tiempo de paz y guerra; y formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos", implica la facultad de dictar el "Código de Justicia Militar", toda vez que no se concibe ningún ejército sin ese texto.

Si bien el derecho penal militar no ha merecido la atención que le corresponde por parte de nuestra doctrina nacional —a di-

106 bis Cfr. ZAFFARONI-CAVALLERO, *Derecho Penal Militar. Lineamientos de la Parte General*, Bs. As., Ed. Ariel, en curso de impresión.

107 Así parecía entenderlo BUSTILLO, *Código de Justicia Militar para el Ejército y la Armada*, Bs. As., 1898, p. XVII.

108 *Fallos*, Corte Suprema, 101-354.

109 GONNET, MANUEL V.; PALACIOS, ALFREDO L.; GALLO, VICENTE G., *Justicia Militar Argentina, Proyecto de Código redactado por los Diputados Doctores Palacios, Gonnet y Gallo*, Bs. As., 1914, pp. III a V.

110 Cfr. MARTÍNEZ MUÑOZ, ILDEFONSO M., *Derecho Militar y Derecho Disciplinario Militar*, Bs. As., 1977, p. 145.

ferencia de lo que sucede en otros países [111]— lo cierto es que presenta un campo de investigación dogmática sumamente interesante. Pese a que el derecho penal común es de aplicación subsidiaria, la misma no es nada sencilla. En Alemania, conforme al parágrafo 2º del antiguo código penal militar, los preceptos del StGB eran de aplicación en lo pertinente. La jurisprudencia y la doctrina entendieron que el código penal alemán no era aplicable en los casos en que no se compadecía con los requerimientos de la defensa y especialmente, en atención a la conservación de la disciplina. Esta cuestión la resuelve más expeditivamente la Ley de Derecho Penal Militar de 1957, cuyo parágrafo 3º dispone que "el derecho penal general es de aplicación, en tanto esta ley no determine lo contrario" [112].

En Alemania se señala, por ejemplo, que en la cuantificación de la pena militar no debe dejar de tenerse en cuenta la prevención general, lo que frecuentemente choca con las disposiciones del "derecho juvenil" [113], lo que, por nuestra parte, creemos que también choca con el carácter general de la pena del derecho penal ordinario. Tenemos serias dudas acerca de que la pena sea más grave por regla general en el derecho penal militar que en el común porque cumpla en el primero una función de prevención general. Entendemos que ello obedece —preferentemente— a que es la consecuencia jurídica de un injusto más grave, como corresponde a la conducta de quien viola un deber cuando tiene el *especial* deber de cumplirlo.

Hasta aquí no hemos afirmado más que la característica especial de la pena militar, pero esto no significa desconocer que en los códigos militares hay medidas que no son penas, como la llamada "pena de muerte", y que en nuestros días sólo pueden explicarse como recursos impuestos por la necesidad, resultando constitucionales únicamente dentro de los estrictos límites de la misma.

Cabe observar que no podemos suscribir la afirmación de quienes sostienen que el fin de la pena militar es la intimidación [114], sin perjuicio de

111 V. la información recogida en la "Rev. Española de Derecho Militar", que desde 1956 publica la Sección Militar del Instituto Francisco de Vitoria, bajo la dirección de Eduardo de Nó Louis.

112 V. DREHER, EDUARD-LACKNER, KARL-SCHWALM, GEORG, *Wehrstrafgesetz Kommentar*, München u. Berli, 1958, p. 61; la actualización del mismo comentario por Joachim Schöltz, München, 1975, p. 59.

113 Así. TRIPS, GÜNTHER, *Zur Strafzummessung und Strafaussetzung bei Wehrdelikten*, en NZWehrt, 1962, 148 y ss.

reconocer que en determinadas situaciones extremas los tribunales militares deban actuar con criterio intimidatorio. A partir del criterio de que la pena tiene contenido intimidatorio se ha llegado a sostener la responsabilidad objetiva, sin exigirse el concurso de la voluntad del agente para que haya delito militar. Así, Bernardi ha afirmado que "sólo basta la posibilidad del daño, por ejemplo, el caso del centinela que se duerme" [115]. Semejante afirmación es aberrante y retrotrae al derecho penal militar a un derecho primitivo, propio de la barbarie, pero no es más que la consecuencia de la premisa consistente en aceptar el fin intimidatorio de la pena militar. Piénsese que lo afirmado por Bernardi implica que el derecho —cualquiera sea su rama— condena a un hombre porque no ha hecho lo imposible. Cabe preguntarse si puede haber un tribunal —civil o militar— capaz de condenar a un sujeto que hizo todo lo posible por evitar dormirse y que sin embargo no pudo evitarlo.

Por otra parte, no cabe duda de que no es la pena el único aspecto que hay que encarar, sino que prácticamente se alteran muchos límites señalados por el derecho penal ordinario: el cumplimiento del deber, las causas de justificación, la inculpabilidad, etc.

Dentro de lo que genéricamente suele llamarse "derecho militar", menester es distinguir el *derecho militar disciplinario* —que para nosotros es derecho administrativo— y el *derecho penal militar*. Las faltas al derecho militar disciplinario las sanciona el Presidente de la República, en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas (art. 86 inc. 15 de la Constitución Nacional) y es válido respecto de ellas lo que oportunamente señalaremos con referencia al derecho disciplinario. En lugar, en cuanto al derecho penal militar propiamente tal, rigen los principios interpretativos constitucionales que valen para el derecho penal común [116].

a) *La distinción entre el derecho penal militar y el derecho militar disciplinario* la traza claramente Merkel: "Las faltas de disciplina cometidas por militares ... se distinguen de los delitos militares, los cuales, si se presentan, en el caso concreto de que se trate, como hechos relativamente leves, pueden ser penados por la vía disciplinaria. Trátase aquí, sencillamente, de una particularidad del procedimiento, y no de especiales puntos de vista del derecho penal disciplinario" [117]. Esta posibilidad procedimental hoy ha desaparecido en el "derecho de defensa" alemán *(Wehrrecht)*, en que la ordenanza disciplinaria de Defensa del 15 de marzo de 1957 regula lo concerniente al derecho disciplinario y la Ley penal de Defensa del 30 del mismo mes, lo atinente al derecho penal militar. Así lo destaca Maurach, para quien el derecho penal militar es el derecho penal especial "prácticamente más importante" [118]. La naturaleza penal de la ley del 30 de marzo de 1957, prácticamente no se discute [119].

114 MARTINEZ MUÑOZ, 258-259.
115 BERNARDI, op. cit. en LL, p. 1036.

En Alemania, el derecho penal militar recibió un gran impulso doctrinario a partir de la ley de 1957 [120] y se lo distingue nítidamente del derecho militar disciplinario [121], insistiéndose en que el juicio militar disciplinario no depende del juicio militar penal [122].

En Suiza se discute si el derecho militar disciplinario es o no es derecho penal, pero a nadie se le ha ocurrido decir que el derecho penal militar no sea derecho penal [123].

Tampoco dudan de la naturaleza penal del derecho penal militar —no del disciplinario— Rodríguez Devesa, Núñez Barbero, Antón Oneca, Jiménez de Asúa, José Rafael Mendoza T., Schultz, etc. [124]. Jiménez de Asúa recordaba la expresión atribuida a Napoleón: "La ley militar es la ley común con gorro de cuartel", lo que le parece agraviante para el derecho penal militar a Bernardi [125]. Creemos que esa expresión, bien entendida, no conlleva nada de agraviante, sino todo lo contrario. No creemos que pueda haber nada de agraviante en considerar al derecho penal militar como una rama diferenciada del derecho penal común, salvo que Bernardi haya considerado que cualquier contacto con nuestra disciplina sea "agraviante".

b) La tesis que distingue entre derecho penal militar y derecho militar disciplinario, es combatida por quienes opinan que el derecho penal militar no es tal, sino que es "derecho disciplinario". Esta posición la sostiene entre nosotros Núñez [126], quien afirma que "el derecho penal militar no es más que un sector del derecho penal disciplinario". Cabe consignar que Núñez

116 Cfr. FONTÁN BALESTRA, I, 70; SOLER, I, 26.

117 MERKEL, ADOLF, Derecho penal, Madrid, trad. de PEDRO DORADO, s. f. p. 69.

118 Cfr. MAURACH, 94 y 12.

119 Cfr. Jescheck, 213; Bockelmann, 1; Mezger, 382.

120 V. RITTAU, MARTIN, *Wehrstrafgesetz von 30. Marz 1957 mit Einführungsgesetz*, Berlin, 1958; RICHTHOFEN, GOTTHARD VON, *Wehrstrafgesetz mit Einführungsgesetz*, Köln, 1957. Sobre el movimiento doctrinario inmediato a la sanción de la ley de 1957, Schmidt, Eberhard, en JZ, 1960, pp. 188-189. Desde 1959 aparece la "Neue Zeitschrift für Wehrrecht" (NZWehrr) bajo la dirección de Eberhard Barth y desde 1973 de Joachim Hinz, editada en Berlín.

121 V. ARDNT, HERBERT, *Grundriss des Wehrstrafrechts*, München u. Berlin, 1958, p. 32.

122 Cfr. KRÖNIG, GEORG, *Strafurteil und Disziplinarverfahren*, en NZWehrr, 1961, 1-6.

123 V. WEBER, RUDOLF, *Das militärische Disziplinärstrafrecht*, Winterthur, Diss., Zürich, 1972.

124 RODRÍGUEZ DEVESA, 27; NÚÑEZ BARBERO, *Derecho penal militar y derecho penal común*, en "Anuario", Madrid, 1971, 713 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, párrafo 926; SCHULTZ, I, 91; ANTÓN ONECA, JOSÉ, *Derecho penal especial*, Madrid, 1949, II, 515; MENDOZA, JOSÉ RAFAEL, *Curso de Derecho penal militar venezolano*, Caracas, 1976, I, p. 7; PÉREZ PERDOMO, RAFAEL, *Derecho penal militar, problemática, su sustantividad*, en "Rev. de la Fac. de Derecho", Univ. Sta. María, Caracas, 1974, nº 5, pp. 42 y ss.

125 BERNARDI, op. loc. cit.

126 NÚÑEZ, I, 32-35; en igual sentido RIZZO DOMÍNGUEZ, CARLOS, *La Justicia Militar, Conceptos fundamentales*, Bs. As., 1939, I, 37, 75; Clariá Olmedo, *Tratado*, II, 42 y 123; MARTÍNEZ MUÑOZ, op. cit., 230.

considera penal al derecho disciplinario (habla de "derecho *penal* disciplinario"), por lo que, indirectamente, también le da carácter "penal" al derecho penal militar. Lo que sucede es que afirma la inconstitucionalidad de una buena parte del código de justicia militar, pues entiende que el inc. 23 del art. 67 constitucional, se limita a facultar al Poder Legislativo Nacional "para establecer reglamentos y ordenanzas para el gobierno de las fuerzas armadas" [127].

La tesis disciplinarista no tiene otro recurso que sostener que hay una distinta función tutelar, por completo independiente, entre el derecho penal y el derecho penal militar. Así, se ha sostenido en la Argentina que, "mientras el fin primordial de la justicia militar es el de asegurar la eficacia de la fuerza armada, con prescindencia de los intereses y derechos particulares, el fin de la justicia social es el de asegurar y declarar los derechos generales que la Constitución ha reconocido y garantizado para todos los habitantes del país" [128]. Esto parece implicar directamente que el derecho penal militar borra la Constitución, criterio que ya hemos rechazado. El derecho penal militar también tutela los intereses particulares, sólo que como corresponde a la necesidad tremenda que le da origen, los tutela condicionados a la misma. Si el derecho penal militar tuviese como único fin la eficacia de la fuerza armada, abiertamente se caería fuera del orden jurídico y no merecería llamarse derecho.

Por otra parte, en el supuesto de que se admitiese la tesis disciplinarista, las facultades que el Presidente tiene respecto de la sentencia militar y las de los mismos tribunales militares —que los sostenedores de esa posición dicen que actúan por delegación del P.E.— serían inconstitucionales, pues están en abierta violación del art. 95 constitucional, que priva al P.E. de funciones judiciales. Se ha tratado de rebatir este argumento sosteniendo que la jurisdicción militar no pertenece al poder judicial, sino al ejecutivo, derivada del carácter de Comandante en Jefe del Presidente de la República, punto de vista que sustenta la Corte Suprema [129].

Este criterio es seguido por varios autores [130], entre ellos Claría Olmedo, que sostiene que los tribunales militares tienen mero carácter administrativo.

"La llamada justicia penal militar —dice— es administrada por tribunales distintos de los que integran el Poder Judicial. Son de naturaleza esencialmente diferente, sin perjuicio de que en muchos casos deban aplicar las normas del código penal. La verdad es que cuando así ocurre, las previsiones de este código son trasladadas al campo administrativo, pese a la gravedad de las sanciones" [131]. *Según este criterio, la pena de muerte es una sanción administrativa en nuestro derecho positivo* [132].

127 NÚÑEZ, *Manual*, 51-52.

128 RISSO DOMÍNGUEZ, CARLOS, *Ley de disciplina militar, Información sobre el proyecto presentado por el P.E. al H. Congreso de la Nación*, Bs. As., 1927, p. 103

129 Corte Suprema, *Fallos*, 149-175

130 Por ej., MARTÍNEZ MUÑOZ, op. cit., 326.

131 CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, II, 43.

132 También siguen este criterio: LASCANO, DAVID, *Jurisdicción y competencia*, Bs. As., 1941; pp. 142-147; GONDRA, *Jurisdicción Federal*, Bs. As., 1944, p. 257; en contra, ALCALÁ ZAMORA, NICETO - LEVENE (h), RICARDO, op cit., p. 411, nota 246.

A esto se suele responder, por parte de los disciplinaristas, que las penas, por graves que sean, carecen de importancia para afirmar que se trata de derecho penal, porque la conducta se pena sólo en razón de la disciplina militar, para lo cual se basan en que frecuentemente se penan conductas que son inofensivas en la vida ordinaria [133]. Semejante idea, pasa por alto que no hay conducta que sea lesiva "en sí", sino que todas lo son en ciertas circunstancias, y siempre la conducta debe darse en alguna circunstancia. En el código penal hay muchas conductas que sólo son delito en las circunstancias que el tipo señala, pero ello no tiene nada que ver con la pretensión de que todos los tipos circunstanciados formen un derecho penal distinto y menos aún un derecho disciplinario.

El argumento de más peso en el que se insiste, pues, como vimos, es que la jurisdicción militar no surge del art. 67 constitucional, sino del inc. 15 del art. 86, reduciendo a los tribunales militares a tribunales administrativos que dependen del poder ejecutivo como "Comandante en Jefe". Se argumenta para fortalecer este argumento, que la sentencia en sede militar no puede cumplirse sin el "cúmplase" del presidente, pretendiendo ver en ello una expresión de que los tribunales militares actúan por delegación del presidente.

La explicación satisfactoria al requerimiento del "cúmplase" creemos que la da Fontán Balestra, fundado en que la condena incide sobre la función militar, y en que la calidad de Comandante del presidente no desnaturaliza la esencia de la jurisdicción, porque "el fallo del tribunal vale como tal y hace cosa juzgada desde que se emite y no desde el cúmplase; porque el presidente no puede rever la causa ni imponer penas que el tribunal no haya establecido", sino sólo indultar, conmutar o suspender la ejecución en caso de recurso ante la Corte Suprema [134].

Creemos que nadie puede tener muchas dudas de que los integrantes de los tribunales militares no forman parte del Poder Judicial de la Nación, pero no por ello podemos afirmar que su jurisdicción es administrativa respecto de los delitos. Los tribunales militares no pueden estar integrados por órganos del poder judicial, porque lo impide la naturaleza de las cosas en la circunstancia excepcional, pero ejercen funciones jurisdiccionales, de la misma manera que en función de la circunstancia excepcional, el comandante de una nave ejerce funciones de oficial público.

Puesto que el código de justicia militar es ley de la nación, no es inconstitucional en cuanto a la previsión de los delitos cometidos por particulares en los arts. 647, 671, 693, 727, 728, 820, 826 y 259, de los que conocen los tribunales federales por disposición del art. 109 último párrafo. Tampoco creemos que sea inconstitucional el sometimiento a la jurisdicción militar de los civiles autores de los delitos tipificados en los arts. 812 a 819, pues en todos estos casos

133 MARTÍNEZ MUÑOZ, op. cit., p. 232.

134 MANZINI, con su acostumbrada nebulosidad conceptual, llegó a considerarla "forma mixta" entre represión penal y coerción disciplinaria (I, 139).

se trata de autores calificados que, si bien son civiles, por su calidad, participan accidentalmente de la función militar, lo que no haría más que recoger el criterio que señala el cuarto párrafo del art. 77 del código penal para el concepto de "funcionario público". El art 815 dice simplemente "al civil", pero también en él debe entenderse que se trata de un civil que por sus funciones permanentes o accidentales, cumple una función de control. Todos los autores en estos tipos pertenecen al "personal civil de buques o aeronaves mercantes" que circunstancialmente participan de la función militar.

Cabe tener en cuenta que el actual código de justicia militar (ley 14.029) se dictó en vigencia de la Constitución Nacional de 1949, cuyo artículo 29 decía: "Los militares y las personas que les están asimiladas estarán sometidas a la jurisdicción militar en los casos que establezca la ley. El mismo fuero será aplicable a las personas que incurran en delitos penados por el código de justicia militar y sometidos por la propia ley a los tribunales castrenses". Esta disposición, justamente criticada por su amplitud, fue, no obstante, cuidadosa y cautamente usada por el legislador, a tal punto que, suprimida la Constitución Nacional de 1949, creemos que una de las pocas extensiones de jurisdicción militar a civiles que es inconstitucional frente al texto de 1853 en el código vigente es la del art. 786 ("El que sin autorización introdujere en buque o aeronave materias explosivas, inflamables o espirituosas, será reprimido con prisión menor cuando de ello no resultare daño, y con prisión mayor o reclusión, cuando éste se produzca"). En general, pues, la competencia militar en tiempo de paz, conforme a nuestro código de justicia militar, no alcanza a civiles, salvo el caso del art. 786, que es inconstitucional.

La *Wehrstrafgesetz* alemana alcanza a jefes militares que no son soldados. Tales son, por ejemplo, el Ministro Federal de la Defensa y el Canciller Federal. Respecto de estos jefes militares que no son soldados, les son aplicables, en los casos en que se hallan sometidos a la jurisdicción militar, los principios generales del derecho penal común, sin las limitaciones o rectificaciones que sobre los mismos introduce la ley penal militar. Del derecho penal de defensa alemán ha desaparecido la pena de muerte, que en el nuestro se conserva.

Cabe aclarar que respecto de la extensión personal del derecho penal militar, las tesis disciplinaristas no están en nada de acuerdo. Ricardo Núñez sostiene —a nuestro juicio con mayor coherencia desde su punto de vista— que, dado que se trata de derecho penal disciplinario, sólo pueden estar sometidos a él los integrantes de la institución. Dice que el código de justicia militar invade el campo del derecho penal común y que "esta invasión es la que da pie a la idea de que el derecho militar no es un mero derecho disciplinario" [135]. Martínez Muñoz, por el contrario, pasa por alto esta difi-

[135] NÚÑEZ, *Manual*, p. 52.

cultad propia de su tesis y sostiene una extensión bastante generosa de este derecho "disciplinario" [136].

Por nuestra parte, creemos que debe entenderse que el derecho penal militar ordinario nunca es aplicable efectivamente a civiles que no estén participando —aunque fuere accidentalmente— de la función militar. El problema de la competencia de los tribunales militares es una cuestión totalmente distinta, cuyo tratamiento corresponde al derecho procesal penal. Una cosa es la competencia de los tribunales militares y otra el derecho penal militar. El delito militar es el que regula el derecho penal militar; los restantes podrán ser delitos no militares incorporados o legislados por el código penal militar o sometidos a la competencia militar.

No abrimos aquí un juicio sobre la extensión de la competencia militar a civiles, pero nos parece poco menos que evidente que es inconstitucional en tiempo de paz. De cualquier manera, éste es un problema del todo ajeno a nuestro tratamiento, de modo que no corresponde su desarrollo. Lo que nos incumbe es el alcance del derecho penal militar en sentido material, y en ese sentido entendemos que no puede pasar de aquéllos que tienen estado militar o que participan de la función militar, aplicando a la ley militar el criterio del art. 77 del código penal respecto del funcionario, lo que en modo alguno es inconstitucional. De este modo, creemos que el ámbito de aplicación del derecho penal militar se caracteriza por el bien jurídico y por la persona de los autores.

En base a las excepciones que parece consagrar el código vigente —y que en parte no son tales si aplicamos el criterio del art. 77 del código penal— no puede sostenerse que el círculo de autores de delitos militares no sea reducido a los sujetos mencionados [137].

Por otra parte, esta es la razón por la cual los delitos esencialmente militares no se toman en cuenta a los efectos de la reincidencia, según lo dispone el art. 50 del Código penal. La disposición fue introducida por el proyecto de 1891 y suprimida posteriormente en el proyecto de 1917 por considerarla obvia, en razón de referirse a "circunstancias ajenas al factor civil", siendo reinsertadas por la Comisión del Senado en el proyecto definitivo [138]. Siendo así, resulta claro que no pueden haberse abarcado en esa disposición delitos que no sean cometidos por militares, puesto que sería absurdo que un homicidio se

136 MARTÍNEZ MUÑOZ, op. cit., 232-233.

137 La opinión contraria la sostiene COLOMBO, CARLOS J., *Sustantividad del derecho penal militar*, en Boletín Jurídico Militar, Bs. As., 1964, año 12; correcta nos parece la tesis de Cavallero, loc. cit.

tome en cuenta para los efectos de la reincidencia, en tanto que el ataque a un cuartel no se tome en cuenta.

Por lo que hace a la extensión de la competencia de los tribunales militares, creemos que es de toda evidencia que la Constitución Nacional de 1949 establecía un principio peligroso, que no debe servir de ejemplo, pero una futura reforma deberá pensar en la necesidad de someter a la jurisdicción militar, por vía de excepción única, los actos preparatorios, de tentativa y consumativos de delitos lesivos de bienes jurídicos penalmente tutelados en forma masiva y catastrófica, como sería el caso del que intenta construir, hacer estallar o detonar una bomba atómica o liberar otro poder destructivo similar. No se trata de dejar librada la competencia militar a la ley —como hacía la Constitución Nacional de 1949— sino de reconocer y prevenir nuevas formas de delincuencia que no son tan remotas y, ante cuya perspectiva, sólo cabe abrir esta puerta o establecer un órgano jurisdiccional civil de características muy particulares. Cabe consignar que en 1976 se extendió la competencia de los tribunales militares al margen del referido código, en forma abiertamente inconstitucional y en detrimento de la justicia federal de la Nación.

El carácter penal de las disposiciones del código de justicia militar, en cuanto a la unidad sustancial del derecho penal, se pone particularmente de manifiesto con lo preceptuado en el art. 510 del citado texto: "Las disposiciones del Libro I del Código Penal, serán de aplicación a los delitos militares, en cuanto lo permita su naturaleza y no se opongan a las prescripciones del presente código".

La distinción entre derecho penal militar y derecho disciplinario militar está hecha con toda claridad en los arts. 508 y 509, el primero de los cuales conceptúa al "delito militar" y el segundo a la "falta de disciplina" [139], es decir, a las dos clases de infracciones que los alemanes legislan tradicionalmente por separado.

El art. 508 dice: "Constituye delito militar toda violación de los deberes militares que tenga pena señalada en este código y demás leyes militares, que no se encuentre comprendida entre las faltas de disciplina; y, además, todo hecho penado por los bandos que las autoridades militares facultadas al efecto dicten, en tiempo de guerra". El art. 509 declara: "Constituye falta de disciplina toda violación de los deberes militares, que la ley o los reglamentos repriman con alguna de las sanciones enumeradas en el art. 549".

Por último, la íntima vinculación entre el derecho penal militar y común la revela la remisión que hace al art. 870 del código de justicia militar al código penal para "los delitos por violación de

138 V. MORENO (h), RODOLFO, T. II, pp. 95-96 y 100.

139 Cfr. FONTÁN BALESTRA, I, loc. cit.

la ley penal común o de una ley especial, en los casos sometidos a la jurisdicción militar.

Nuestro código de justicia militar fue sancionado en 1951 (ley 14.029), sobre un proyecto elaborado por Oscar Ricardo Sacheri, que había sido presentado por el Poder Ejecutivo el 23 de setiembre de 1949. Con anterioridad regía el llamado "código Bustillo" (ley 3679), sancionado sobre un proyecto del Dr. José M. Bustillo[140] y que se había intentado reformar en varias ocasiones. El "código Bustillo" reemplazó al primer código único para Ejército y Armada, que fue el de 1895, en el que la Comisión Revisora del Proyecto fue integrada por Obarrio, Garmendia, Urtubey, Alvarez, Araujo, Alcorta y Magnasco[141]. Este proyecto único fue fruto de una Comisión nombrada en 1884. Con anterioridad, la legislación militar se proyectó por separado[142]. La legislación penal militar de tierra y mar separadas respondían al ejemplo francés (código para el Ejército de Tierra del 9 de junio de 1857 y para Marina del 4 de junio de 1858), seguido por España, que lo unificó recién el 17 de julio de 1945.

39. **Derecho penal y derecho del menor.** En el curso del siglo XX ha tomado cuerpo decididamente la formación de un "derecho del menor" (en sentido objetivo), cuya autonomía científica puede ser discutida[143], pero que ha cuajado en varios cuerpos unitarios de legislación[144]. Nos parece indudable que la legislación

140 Años después, cuando se procuró la reforma del código, BUSTILLO defendió su obra (V. BUSTILLO, J. M., *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, Bs. As., 1914).

141 *Proyecto de Códigos Militares para el Ejército y Armada de la República*, Bs. As., 1894.

142 En 1882 una comisión integrada por M. OBARRIO, A. ALCORTA, SIMÓN A. DE SANTA CRUZ, ARISTÓBULO DEL VALLE, ESTANISLAO Z. ZEBALLOS y DANIEL SOLIER, elevaron un *Proyecto de Código Penal Militar para la Armada Argentina* (Bs. As., 1882).

143 V. RIVACOBA Y RIVACOBA, M. de, *¿Una nueva disciplina jurídica?: El pretendido "Derecho de los menores"*, en "Universidad", Univ. Nac. del Lit., Santa Fe, 1962, 259 y ss.

144 Así, en Bolivia, *Decreto sobre los derechos del niño boliviano* (1955); Brasil, *Código de Menores*; Colombia, *Ley orgánica de defensa del niño*; Ecuador, *Código de Menores*; Uruguay, *Código del Niño*; Venezuela, *Estatuto de Menores*; Estado de Michoacán, *Código Tutelar para menores*; Estado de Guerrero, *Código del menor*; Estado de México, *Código de protección a la infancia*, etc.; sobre Latinoamérica, SAJÓN, RAFAEL-ACHARD, JOSÉ P., *Situación de la legislación relativa a minoridad en Latinoamérica*, Montevideo, 1965. Es ahora muy antigua, pero en su momento fue de importantísimo valor la obra de CARLOS DE ARENAZA, *Menores abandonados y delincuentes, Legislación e instituciones en Europa y América*, Bs. As., 1929-1934. En Europa es la siguiente la legislación vigente: Alemania Federal, "Ley de Justicia juvenil" (1953); Austria, "Ley de Justicia juvenil" (1961); Bélgica, "Ley relativa a la protección de la juventud" (1965); Finlandia, "Ley de infractores juveniles" (1940); Francia, "Ordenanza relativa a la infancia delincuente" (1945); Gran Bretaña, "Ley de niños y jóve-

del menor se caracteriza por una marcada naturaleza "tutelar", lo que ha traído —como veremos— serios problemas, pero que, sea como fuere, le confiere una nota singular, al menos bien diferenciada de la legislación penal.

La legislación penal tutela bienes jurídicos en vista a prevenir futuras conductas lesivas de los mismos en forma socialmente intolerable, siendo éste su modo peculiar de proveer a la seguridad jurídica. La legislación del menor procura la tutela del menor mismo, siendo ésta su manera de proveer a la seguridad jurídica.

En tanto que el autor adulto no es considerado por el derecho penal como un ser humano en inferioridad de condiciones, sino como un hombre igual que nosotros, que por ineludibles exigencias de la co-existencia es menester resocializar para que no cometa nuevos delitos, al menor se lo considera un ser humano que está en inferioridad de condiciones en razón de que aún carece de suficiente desarrollo físico, intelectual y afectivo. En tanto que el desarrollado ha recibido —o al menos ha podido recibir— una influencia social, esto no pasa con el menor, que aún no es "señor de su espíritu" [145]. A partir de esta diferencia básica, el contenido de la legislación penal y de la legislación del menor se distinguen nítidamente.

a) Un Estado de derecho como el nuestro, que reserva el juicio moral a Dios (art. 19 constitucional), no puede tener nunca la pretensión de resocializar al autor adulto mediante la pena, más allá de lo necesario para que no cometa nuevos delitos y siempre que esta medida no lesione el sentimiento de seguridad jurídica. La resocialización no tiene por fin otra cosa que proveer a la seguridad jurídica tratando que el delincuente no cometa nuevos delitos, pero no imponiendo una imagen completa y acabada del hombre. Sólo una dictadura idealista, que se sienta segura de lo que el hombre "debe ser", porque se cree con un indubitado acceso a valores objetivos, puede manejarse con una imagen "completa y acabada" del hombre, con una imagen perfecta del mismo. De allí que los correccionalismos idealistas no hayan encontrado eco en los Estados

nes"; Islandia, "Ley de juventud" (1966); Italia, "Institución y funcionamiento del Tribunal para menores" (1934); Luxemburgo, "Ley relativa a la protección de la juventud" (1971); Noruega, "Ley sobre medidas contra jóvenes infractores" (1965); Portugal, "Decreto-ley de organización tutelar de menores" (1962); España, "Ley de Tribunales Tutelares de Menores" (1948); Chipre, "Ley de delincuentes juveniles" (1946).

145 HELLMER, JOACHIM, *Erziehung und Strafe*, Berlín, 1957, pp. 124-5.

de derecho, pero, sin embargo, ellos —o al menos sus métodos— hayan tenido resonancia en la legislación minoril.

Esto se explica porque la legislación del menor provee a la seguridad jurídica —y refuerza también el sentimiento de seguridad jurídica— tutelando a aquellos seres humanos que se hallan en inferioridad de condiciones físicas y psíquicas a causa de su inmadurez. Así como la seguridad jurídica requiere que no se afecten bienes con conductas criminales, también exige que no se permita que los que aún son inmaduros afecten sus propios bienes con conductas cuyo alcance y significado pueda que no valoren acabadamente.

b) Como resultado de lo anterior, la legislación de menores se enfrenta con un problema teórico aún no bien resuelto ni planteado, que consiste en *la imagen del hombre* con que debe manejarse. El derecho penal se conduce con una imagen que no necesita ser del todo precisa, que le basta con un hombre que no delinca. Esa imagen del "hombre que no delinque" rige también para el derecho ejecutivo penal. Pero la legislación del menor requiere una imagen más precisa, pues tiene la función de tutelar al menor hasta llevarle a la madurez. Aquí no se puede contentar con la imagen del "hombre maduro que no delinque", sino que tiene que suplir la función que en la sociedad corresponde a la familia, lo que resulta harto complejo, no sólo en cuanto a la forma —al método, de suyo problemático—, sino, lo que es quizá más importante, en cuanto al objetivo mismo a alcanzar: ¿qué clase de hombre adulto y maduro quiere el derecho? ¿Le basta con el "hombre que no delinque"? Seguramente que la respuesta negativa se impone y queda la problematicidad del contenido que la negativa abre.

No es este el lugar para ensayar una respuesta, pero el planteamiento de la cuestión nos basta para probar que la legislación del menor sufre una problematización peculiar en sus medidas tutelares, que la separa totalmente del derecho penal. La pena, que caracteriza e individualiza a la ley penal, nada tiene que ver con la "medida tutelar", que ocupa a la ley del menor. Una sirve a la seguridad jurídica procurando que el hombre no vuelva a delinquir, la otra procurando el desarrollo del ser humano inmaduro. La una protege a los demás contra posibles acciones de sometidos, en tanto que la otra, si bien también los protege, fundamentalmente protege al sometido frente a sus propias acciones y a las de terceros. Una procura un "hombre que no delinca", en tanto la otra procura un "hombre maduro y desarrollado".

De allí que sea correctísimo que los menores hayan "salido del derecho penal", porque requiere medidas tutelares de las personas sometidas y no penas y, en tanto que las medidas que se le apliquen tengan este carácter fundamental, no serán penas y la ley que las establezca tampoco será ley penal.

Un gravísimo error cometió el Proyecto de 1974-1975, al querer reincorporar el régimen de los menores al código penal (Título VIII: *Del régimen especial de menores*, arts. 68 a 77). En la escueta exposición de motivos se revela claramente la confusión conceptual: "No ignora (la Comisión) que algunas veces se ha postulado que dichas normas no deben estar en el código penal, aduciéndose que los menores estarían fuera del derecho penal. Pero si se analiza esta frase hecha se advierte que únicamente tendría razón de ser en un régimen represivo, en que la misión de la pena fuera únicamente el castigo, la retribución del mal por el mal, la ejemplarización. En un proyecto asentado, como el presente, en penas principalmente reeducadoras y en medidas de curación, mejoramiento y seguridad, se comprende que no puede omitirse el régimen de los menores que cometen hechos punibles, pues no hay duda de que los bienes jurídicos tutelados imponen reacciones sociales del tipo de las indicadas, sin perjuicio, por cierto, de acentuarse aún más su finalidad educativa"[146]. Esta afirmación revela el estado espiritual de confusión que vive buena parte del derecho penal de nuestros días, y que hemos tratado de desenredar en los capítulos anteriores y que recalcaremos en el segundo volumen de esta obra. Se pasa por alto que la pena, mediante la resocialización procura que el hombre no delinca en lo futuro y que, si bien la ejecución penal va acompañada de medidas de asistencia social y similares, estas medidas nunca pueden pasar el límite que el art. 19 constitucional marca y que el sentimiento público de seguridad jurídica señala. En lugar, en cuanto al menor, la educación no se conforma con procurar un "hombre que no delinque", sino que procura un "hombre desarrollado y maduro", lo que introduce una problemática por entero ajena al terreno penal.

El derecho o legislación del menor introduce una problemática que está más cercana a la legislación educativa y a lo que se ha llamado "derecho social"[147], que a la del derecho penal. Paralelamente al incremento de la literatura criminológica sobre "delincuencia infanto-juvenil", se ha desarrollado una inmensa literatura sobre legislación de menores[148], lo que no implica que en la

146 *Proyecto*..., pp. 13-14.

147 Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *El Código Tutelar para Menores del Estado de Michoacán*, Michoacán, 1969.

148 Para no indicar sino la bibliografía que se halla en castellano, y pasando por altos trabajos de importancia, al sólo efecto de proporcionar una idea, indicamos la siguiente: CABALLERO, JOSÉ SEVERO, *Regulación de la tutela y la represión de los menores delincuentes en la Argentina*, Bs. As., 1962; LANDÓ,

misma se hayan agotado los problemas dogmáticos, puesto que en buena parte de ella casi se han ignorado. No tenemos por qué tratar aquí de los problemas dogmáticos del derecho del menor, pero nos incumben los mismos en la medida en que son colindantes con nuestra disciplina y necesitan una explicitación para un adecuado deslinde.

"La manida frase de que los menores han quedado fuera del derecho penal –dice Rodríguez Devesa– resume una actitud belicosa contra cualquier suerte de planteamiento jurídico. El santo horror por los problemas dogmáticos que traspira la legislación de menores no impide, sin embargo, que esos problemas estén ahí,

---

JUAN CARLOS, *Protección al menor*, Bs. As., 1957; D'ANTONIO, DANIEL HUGO, *Derecho de Menores*, Bs. As., 1973; BLASCO FERNANDEZ DE MOREDA, *Situación del menor ante el derecho punitivo; El menor ante el derecho penal de ayer*, ambos en RJV, IV y V; CENICEROS, JOSÉ ANGEL, *La protección del menor como función del servicio social del Estado*, en "Criminalia", X; CORTÉS DE LA HUERTA, *Papel que compete al Estado frente a la infancia delincuente*. en RJV, IV; "Boletín del Instituto Internacional Americano de protección a la Infancia", Montevideo; ONU, *Estudio comparado sobre delincuencia juvenil*, 1958; ONU, *Adultos jóvenes delincuentes*, 1965; FERNÁNDEZ DOBLADO, *Tutela social del menor en México*, en "Criminalia", XXV; GÓMEZ MORÁN, LUIS, *La posición jurídica del menor en el derecho comparado*, Madrid, 1947; PÉREZ VITORIA, OCTAVIO, *La minoría penal*, Barcelona, 1940; CUELLO CALÓN, *Criminalidad infantil*, Barcelona, 1934; TABÍO, EVELIO, *Temas de Derecho Penal. El menor delincuente*, La Habana, 1945; TOMÉ, EUSTAQUIO, *Código del Niño*, Montevideo, 1938; GIL GUILLÉN, KLEMENTINA, *El carácter preventivo de la Legislación sobre la Infancia*, México, 1961; GARCÍA Y GARCÍA, *Comentarios a la ley y reglamentos de los tribunales tutelares de menores*, Madrid, 1943; PALACIOS, J. R., *Edad, derecho penal y derecho tutelar*, Madrid, 1962; LÓPEZ RIOCEREZO, *Delincuencia juvenil*, Madrid, 1956; BERISTAIN, ANTONIO, *Delincuencia juvenil y sociedad*, en "Rev. del Inst. de la Juventud", 1966; del mismo, *Juristas y psicólogos ante la delincuencia juvenil*, en "Rev. de Est. Penit.", 1965; WOLF, ERIK, *Líneas fundamentales del nuevo derecho penal juvenil en Alemania*, en "Rev. de Est. Penit.", 1945; GIBBONS, D. C., *Delincuentes juveniles y criminales*, México, 1959; MIDDENDORF, WOLF, *Criminología de la juventud*, Barcelona, 1964; FERNÁNDEZ ALBOR-CASTILLO Y CASTILLO-SAINZ CANTERO-BARBERO SANTOS-RODRÍGUEZ DEVESA, *Delincuencia juvenil*, Sgo. de Compostela, 1973; GIRARDI, ANGEL, *Régimen penal de los menores*, en LL, 86-793; ALFONSÍN, JULIO A., *La infancia delincuente y la formación científica del juez de menores*, Bs. As., 1937; ALTBÁUM, CLARA, *Delincuencia infantil*, Bs. As., 1939; ARAYA, JOSÉ L., en LL, 23-80/86; BARD, LEOPOLDO, *Código de Menores, Proyecto*, en "Revista Penal", 1927; CABRAL, JOSÉ A., *Código del Niño, Proyecto*, Bs. As., 1941; CASTRO SABORÍO, LUIS, *Educación de la niñez, tribunales de justicia para los niños*, en "Rev. de Cs. Polít.", Bs. As., 1915; GONZÁLEZ, JUAN F., *El ministerio público de menores*, Bs. As., 1939; GONZÁLEZ ROURA, OCTAVIO, *La protección jurídica de la infancia*, Bs. As., 1939; MORENO, ARTEMIO, *Niñez abandonada y delincuente*, Bs. As., 1924; OSSORIO, ÁNGEL, en LL, 1941; LOZANO, GODOFREDO, *E., Régimen jurídico-social de la menor edad*, Bs. As., 1944; PUCCIARELLI, CARMELO, *Tribunales de menores*, Bs. As., 1928; RECA, TELMA, *Delincuencia infantil*, Bs. As., 1932; RIETTI, DARDO A., *Protección a la infancia*, Córdoba, 1938; RUIZ FUNES, MARIANO, en LL, 1942; THOT, LADISLAO, en JA, 14-89/92 y JA, 15-116/125; UGHA, ANTONIO,

y que el descuido en que se les ha tenido sea, a buen seguro, la causa de lagunas, contradicciones, vaguedades e incoherencias" [149].

La característica tutelar de la legislación de menores no puede implicar el olvido de que la misma es parte del ordenamiento jurídico y, como tal, debe proveer a la seguridad jurídica. El sentimiento de seguridad jurídica requiere que se proteja al menor contra las posibles acciones de terceros y de él mismo, pero, al propio tiempo, impide que esta protección o tutela se lleve hasta el extremo de lesionar la persona del menor, es decir, la propia disponibilidad, sus propios bienes jurídicos, pues el menor no siempre, ni mucho menos, es persona totalmente incapaz. La inmadurez del menor es relativa y gradual. A medida que evoluciona va adquiriendo cada vez mayor capacidad crítica y, por ende, mayor capacidad de disposición, que debe serle respetada. El sentimiento de seguridad jurídica también aquí pone un límite a la acción del Estado, por mucho que la misma sea una acción tutelar. Este es uno de los más graves problemas dogmáticos, que suele pasar ignorado cada vez que se hace referencia a las medidas aplicables a los menores. Tampoco en la legislación de menores se pueden afectar los bienes jurídicos de los mismos en la sola medida requerida por la peligrosidad; también en la legislación minoril cuenta la gravedad de la lesión. Aquí también el sentimiento de seguridad jurídica impone un límite a la acción social educadora, por más que la acción es-

---

Tribunales de menores, Santa Fe, 1936; CASSAGNES SERRES, BLANCA A., *Patria potestad y protección jurídico-social al menor*, Bs. As., 1945; VIALE, CÉSAR, *Infancia desamparada*, Bs. As., 1937; COLL, JORGE EDUARDO. *Los menores abandonados y la ley Agote*, Bs. As., 1919; del mismo, *Primera Conferencia Nacional sobre infancia abandonada y delincuente*, Marcos Paz, 1933; del mismo, *Proyectos de leyes sobre tribunales para menores*, en "Rev. de Psiq. y Crim.", 1939; MARTÍNEZ, JOSÉ AGUSTÍN, *Los derechos del niño*, La Habana, 1940; HORAS, PLÁCIDO ALBERTO, *Jóvenes desviados y delincuentes*. Bs. As., 1972; etc. La bibliografía en otros idiomas es inabarcable; a título de información somera vale la pena mencionar, para el derecho inglés, GILES, F. T., *Children and the Law*, London, 1959; NYQUIST, *Juvenile Justice*, London, 1960; MUMFORD, G., *A guide to Juvenile Court Law*, London, 1970; CICOUREL, AARON V., *The Social Organization of Juvenile Justice*, New York, 1968; para Italia, I. BAVIERA, *Diritto minorile*. Milano, 1965; sobre Austria. *Das Jugendgerichtsgesetz 1961*, ed. por G. Raissig, Viena, 1961; sobre la ley alemana, GRETHLEIN-BRUNNER, *Jugendgerichtsgesetz*, Berlín, 1969; HELLMER, JOACHIM, *Schuld und Gefährlichkeit im Jugendsstrafrecht*, Tübingen, 1962; PETERS, KARL, *Jugendstrafrecht*, en ZSTW, 1954, 423-446; SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH, *Jugendstrafrecht, Ein systematische Darstellung*. 1965; BENDER, WALTER, *Jugendgerichtgesetz*, Frankfunrt, 1965; DALLINGER-LACKNER, *Jugendgerichtgesetz*, München und Berlin, 1965; los trabajos de ALEXANDER BÖHM, PAUL H. BRESSER, GÜNTER HAPPE, OLAF MIEHE, KARL PETERS y HORST SCHÜLER-SPRINGORUM, en el "Fest. f. Schaffstein", 1975, pp. 303 a 410.

149 RODRÍGUEZ DEVESA, en FERNÁNDEZ ALBOR y otros, cit., pp. 190.

tatal es más amplia, puesto que así lo exige y tolera el sentimiento de seguridad jurídica, dada la inmadurez del sujeto de la misma.

El tribunal de menores no puede ser un tribunal "paternal" y desjuridizado, en el que sólo cuenta la peligrosidad y se pasan por alto las garantías individuales y la cuantía de la lesión al derecho inferida por el menor. Semejante criterio, como cualquier derecho "tutelar", ha llevado a aberraciones jurídicas. Cabe tener presente que la "tutela" ha sido el pretexto de casi todos los derechos penales autoritarios idealistas y el derecho del menor se ha acercado frecuentemente a esos extremos, llegando a privar de defensa al menor (so pretexto de no ser necesaria, ya que no "pena" sino que "tutela"). Los abusos de esta "desjuridización" del derecho del menor han levantado una justificada ola de críticas y han dado lugar a un movimiento contrario, por la "juridización" del mismo, que se encuentra actualmente en su apogeo.

Esas críticas culminaron en Estados Unidos en 1967 con el caso "Gault". El 15 de mayo de ese año, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional la limitación de defensa del menor. Se trataba de un menor de quince años, acusado verbalmente por una vecina de haberle dicho telefónicamente frases indecentes, al que después de una breve audiencia en la que no se permitió la defensa —dado el carácter tutelar de la ley de menores— se ordenó su internación hasta los veintiún años. Fue así como se privaba a Gerld Gault de su libertad por seis años, por un hecho que, cometido por un adulto hubiese sido penado con multa [150]. A partir de este caso, la Suprema Corte estadounidense declaró la inconstitucionalidad del paternalismo tutelar que pasa por alto que el menor, al par que menor, es también un "habitante de la Nación". A este respecto, creemos que en nuestro país también son inconstitucionales algunas disposiciones procesales que rigen la materia en la Capital Federal.

Este afortunado movimiento de "juridización" de la legislación y del procedimiento minorial en los Estados Unidos, quebró la tradición paternalista que llevaba la tutela más allá de lo tolerado por la seguridad jurídica y que se había iniciado en Chicago en 1899, al crearse el primer tribunal de menores.

Nadie puede olvidar ni pasar por alto que el derecho del menor es en la realidad una forma de control social. "El hecho de que los menores desadaptados fuesen puestos en prisión 'por su propio bien', que se hiciese referencia a ellos con un vocabulario paternalista y que no fuesen sometidos a procesos penales, no modificó su experiencia subjetiva de control, deten-

150 Sobre ello, BASSIOUNI, *Criminal Law and its Processes*, Illinois, 1969, 532 y ss.; BERISTAIN, *Medidas*, cit., 145 y ss.; BARBERO SANTOS, MARINO, en FERNÁNDEZ ALBOR y otros, pp. 174 y ss.; la información completa sobre el caso Gault en: GEORGE, B. JAMES, *Gault and The Juvenile Court Revolution*, Michigan, 1968.

ción y pena". El derecho del menor paternalista y desjuridizado es una forma de control social que bajo el aspecto de humanismo, esconde una represión inhumana [151].

En nuestro país la legislación del menor no se encuentra codificada, sino que se halla dispersa (código civil, legislación laboral, legislación previsional, ley 14.394, etc.). Los aspectos de la misma que lindan con nuestra disciplina están regulados por la ley 14.394 de 1954, modificada por el decreto-ley 5286/57 (ratificado por ley 14.467) y por la ley 21.338 de 1976.

El código Tejedor eximía de pena a los menores de diez años (inc. 1º del art. 147). Estos menores podían, al igual que el resto de los inimputables, ser encerrados "en algunas de las casas destinadas para los de su clase, o entregados a su familia, según lo estime el juez por conveniente". El sistema variaba cuando se trataba de delitos por culpa o imprudencia, en cuyo caso los menores de hasta diez y ocho años "están sometidos únicamente a la corrección doméstica, y vigilancia de la autoridad, si las circunstancias lo exigieren" (art. 169).

El código Tejedor reglaba de la siguiente manera las medidas a que quedaban sometidos los menores: "Art. 164: Los niños que antes de los diez años cumplidos, cometan un crimen, serán entregados a la corrección doméstica de sus superiores, sin perjuicio de la cooperación y vigilancia de la autoridad". "Art. 165: Los mayores de diez años, pero menores de catorce, que sean reconocidos capaces de imputabilidad, no podrán ser castigados por crimen voluntario, sino con prisión de dos meses a un año, que se agravará, según las circunstancias, con trabajo forzoso dentro de la prisión". "Art. 166: Si en el momento de la consumación del crimen, los culpables son mayores de catorce años, pero menores de diez y ocho, y son además reconocidos capaces de imputabilidad, la pena se disminuirá de la manera siguiente: la pena de muerte por la penitenciaría de diez a quince años; el presidio o penitenciaría de tiempo indeterminado, por seis a diez años de penitenciaría y el presidio o penitenciaría de tiempo determinado con prisión de uno a tres años. Pasados los diez y ocho años no habra lugar a moderación alguna. Sin embargo, los tribunales podrán, según las circustancias, reemplazar la pena de muerte con la de penitenciaría por tiempo indeterminado desde los diez y ocho años hasta los veintiún años cumplidos". "Art. 167: Para efectuar la medida de las penas de los artículos anteriores, se tomará particularmente en consideración la naturaleza de la infracción en sí misma, la edad más o menos avanzada del culpable, el carácter de su inteligencia, el grado de su educación y de las malas [151 bis] inclinaciones que hubiese manifestado". "Art. 168: Los condenados de la clase expresada deberán estar separados de los demás condenados en las cárceles o penitenciarías destinadas a este objeto, preservándolos

151 PLATT, ANTHONY M., *L'invenzione della delinquenza, La definizione sociale della delinquenza minorile*, Firenze, 1975, p. 240.

151 bis El código bávaro, del que fue tomado el artículo, fue mal traducido por Vatel, porque el art. 100 original dice "peligrosas inclinaciones".

tanto como sea posible, del contacto con estos últimos, y agregando a la prisión un trabajo moderado y una educación religiosa y moral apropiada a sus años".

El código de 1886 eximía de pena al menor de diez años (art. 81; inc. 2º) y atenuaba la pena al menor de diez y ocho años (art. 83 inc. 2º).

El código de 1921 declaró no punible al menor de catorce años (art. 36) previendo la internación del mismo hasta los diez y ocho en caso que la personalidad del agente o de sus padres hiciese no aconsejable la entrega del mismo, y aceptando la prolongación de la internación hasta los veintiún años, cuando la conducta del menor en el establecimiento "diere lugar a suponer que se trata de un sujeto pervertido o peligroso".

El art. 37 disponía: "Cuando el menor tuviese más de catorce años y menos de diez y ocho, se observarán las siguientes reglas:

a) Si el delito cometido tuviese pena que pudiera dar lugar a la condena condicional, el tribunal quedará autorizado para disponer la colocación del menor en un establecimiento de corrección si fuese inconveniente o peligroso dejarlo en poder de los padres, tutores o guardadores o de otras personas. El tribunal podrá disponer esa colocación hasta que el menor cumpla veintiún años, pudiendo anticipar la libertad o retardarla hasta el máximun establecido cuando el término fijado fuese menor, si resultase necesario, dadas las condiciones del sujeto;

b) Si el delito tuviese pena mayor, el tribunal queda autorizado para reducirla en la forma determinada en la tentativa".

La confusa redacción del art. 37 dió lugar a que se sostuviese por una corriente interpretativa que esas medidas podían aplicarse al mayor de catorce años, siempre que recayese sentencia condenatoria y pena, quedando el juez autorizado sólo a la aplicación paralela de las medidas. Este fue el criterio de la Cámara Penal de la Capital, tribunal que en éste como en muchos otros casos parece tener la inclinación a una jurisprudencia "ejemplarizadora", pero frente al mismo se alzó el sano criterio de algunos tribunales del interior y opiniones como las de Soler y Peña Guzmán [152].

La ley 14.394 estableció prácticamenten el sistema que nos rige, con la grave modificación introducida por la ley 21.338. Los menores quedaban fuera del derecho penal hasta lo diez y seis años y reconocían un régimen distinto hasta los diez y ocho años [153].

La ley 21.338, contrariando todos los principios que en la legislación comparada hacen a la minoridad y la franca tendencia de la misma en los últimos años, ha alterado la "naturaleza de las cosas" en esta materia, rebajando la edad de los menores de diez y seis a catorce años y de diez y ocho a diez y seis años. El argumento esgrimido usualmente, que finca la razón de esa alteración en la peligrosidad de algunos menores, es verdadero en cuanto a que hay unos pocos menores de elevada peligrosidad, pero no puede

152 V. JIMÉNEZ MONTILLA, ARTURO, en "Primeras Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina", Tucumán, 1975, Bol. I, pp. 49 y ss. (67).

153 Sobre los antecedentes en códigos y proyectos argentinos, CABALLERO, José S., op. cit., pp. 14-64; LOZANO, GODOFREDO E., op. cit., pp. 271-316.

justificar una reforma general e inusitada que pasa por alto el grueso de la desviación juvenil, sino sólo una previsión especial para casos excepcionales, que hubiese sido la unica solución lógica [154].

Conforme al art. 1º de la ley 14.394 en su redacción vigente, el *menor de catorce años* que "incurriese en un hecho que la ley califica como delito queda exento de pena" y el juez, previos los informes y conocimiento personal que la misma disposición establece, puede ordenar una medida de internación o bien, "si las circunstancias del hecho y las condiciones personales del menor evidenciaren que éste no presenta problemas graves de conducta o ambientales, el juez podrá dejarlo con sus padres, tutores o guardadores libremente o bajo el régimen de libertad vigilada..." (art. 2º).

De acuerdo a la doctrina dominante, la exclusión de pena obedece a inimputabilidad, la que se presumiría *juris et de jure* [155]. No obstante, creemos que esto no es correcto.

En principio, se trata de un criterio ya consolidado e incluso recomendado por la ONU, que la aplicación de la medida tutelar se haga depender de un hecho que cometido por mayores sería delito [156], lo que coloca a la legislación de menores sobre el linde del campo penal, pero sin que se toque con él.

Rodríguez Devesa deduce de ello que, para que sea posible aplicar la medida se requiere que el hecho reúna los caracteres necesarios "para imponer una pena a un sujeto mayor de edad penal" [157]. Tampoco nos parece que esto sea del todo correcto, por mucho que se aproxime a la verdad.

¿Cuándo un menor "incurre en un hecho que la ley califica como delito"? Creemos que ello sucede en todos los supuestos en que se afecta un bien jurídico dándose, *al menos*, una objetividad típica, siempre y cuando, lo que falte para que ese hecho sea un delito, obedezca a la inmadurez del menor y no a una causa ajena

154 Como si la alteración de la escala contrariando la naturaleza de las cosas no hubiese sido suficiente, la ley 21.338 no alteró la escala de edad referida al Patronato de Menores (ley 10.903), lo que ha dado lugar a una seria disputa sobre la competencia jurisdiccional respecto de menores de más de diez y seis años (sobre ello, CEVASCO, LUIS JORGE, en LL del 17-nov-1975, p. 4).

155 Así, SOLER, II, 43; FONTÁN BALESTRA, III, 163-190; NÚÑEZ, II, 32: CABALLERO, op. cit., 87; GIRARDI, en LL, 86-793; así lo sostuvimos en *La capacidad psiquica de delito*, cit.

156 Así, el 2º Congreso de la ONU sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (Londres, 1960).

157 RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., p. 191.

a la misma. Es decir que *el requisito mínimo es la cumplimentación de un tipo objetivo*, no importando que falte todo el resto de los requerimientos para tener un delito completo, siempre que la ausencia de ellos provenga de la propia inmadurez.

Ejemplos: Un niño dispara un arma, lesionando a otro, pero ignora a causa de su corta edad, para qué sirve el arma. Actúa, pues, sin dolo; no obstante, puede aplicarse la medida. Pero, si el mismo niño dispara el arma en legítima defensa y reconoce la situación de defensa, el poder del arma, etc., su conducta estará justificada y no podrá aplicarse medida alguna. Tampoco se le podrá aplicar ninguna medida si actúa sin dolo, por un error invencible de tipo, que no esté condicionado por la edad.

Lo que no debe olvidarse es que la tipicidad objetiva es sólo el requisito *mínimo* para la medida, pero puede suceder que se dé en el caso la tipicidad completa: el menor dispara lesionando y queriendo hacerlo, en forma antijurídica y también culpable. Es prácticamente innegable que hay menores de catorce años que tienen la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta, como lo pone de manifiesto la psicología evolutiva [158]. En estos casos tenemos el delito completo, pero igualmente la ley prescinde de pena. *Se trata, simplemente, de una causa personal de exclusión de pena* [159].

La solución no puede ser otra, porque sostener que el menor de catorce años es siempre inimputable nos lleva a soluciones aberrantes. La más aberrante de estas soluciones es el caso de inculpabilidad del menor que no obedece a inmadurez: si se afirmase la inimputabilidad, en tal caso surgiría la posibilidad de aplicar una medida. Así, el menor que es coaccionado y actúa inculpablemente, podría ser sometido a una medida.

En otros sistemas, el problema de la capacidad penal del menor queda librado a una apreciación que se denomina "prueba del discernimiento". El nuestro ha eliminado tal prueba, pues sencillamente ha sacado a los menores

158 Sobre psicología evolutiva y límite de responsabilidad, HALLERMANN-VON KARGER, *Forensische Jugendpsychiatrie*, Berlín, 1970; KAY, *Moral Development*, London, 1968; SCHENK-DANZINGER, *Studien zur Entwicklungpsychologie und zur Praxis der Schuld, und Beratungspsychologie*, München-Basel, 1970; OERTEL, ROLF, *Moderne Entwicklungspsychologie*, 1970; REMPLEIN, HEINZ, *Die seelische Entwickulng des Menschen im Kindes-und Jugendalter*, München-Basel, 1969; *Manual of Child Psychology*, edit. por Leonard Carmichael, 1966; *Manual de Psicología del niño*, publicado por Carl Murchison, Barcelona, 1964.

159 Cfr. BINDING, *Normen*, 170; HIPPEL, II, 289; también la jurisprudencia del antiguo RG (V. JESCHECK, 353); actualmente PETERS, op. cit.; HELLMER, op. cit., p. 34.

que incurren en hechos que la ley califica como delitos, del derecho penal. Para nuestra doctrina se trata de una presunción de inimputabilidad que no admite prueba en contrario, pero dentro de ese planteo tampoco se trataría siquiera de una presunción, sino de una ficción, porque la presunción se establece conforme a lo que generalmente acontece o es, y, no puede ser que un menor de trece años, once meses y treinta días sea inimputable, y por el sólo transcurso de la media noche del día del cumpleaños adquiera la imputabilidad, es decir, la capacidad psíquica de culpabilidad. En tal supuesto, se trataría de una *ficción jurídica* de inimputabilidad. Bueno es advertir que mucho menos forzado resulta decir que al alcanzar dicha edad el menor "entra" en el derecho penal y pierde la causa personal de exclusión de pena que lo amparaba. Por otra parte, es notorio que el derecho penal es una rama jurídica altamente refractaria a las ficciones y presunciones *juris et de jure*.

Jescheck [160] y el parág. 23 del proyecto alternativo alemán consideran que se trata de una causa de inculpabilidad.

El problema es discutible en Alemania, porque allí la Ley de Justicia Juvenil *(Jugendgerichtsgesetz)* del 4 de agosto de 1963, dispone en su parágrafo tercero: "Un joven es penalmente responsable cuando al tiempo del hecho es suficientemente maduro, conforme a su desarrollo moral e intelectual, para comprender lo injusto del hecho y conducirse conforme a esta comprensión". "Para la educación de un joven que no es penalmente responsable por falta de maduración, puede el juez ordenar las mismas medidas que el juez tutelar". En tanto, el parág. 1º dispone: "Para la ley alemana es joven quien se halla entre los 14 y los 18 años". Fundado en la expresión "responsable" del parág. 3º es que Jescheck afirma que es insostenible que se pueda tratar de una causa personal de exclusión de pena, a lo que Hellmer responde que aún antes de los catorce años se es capaz de culpabilidad [161]. Maurach, con su concepto estratificado de la "atribuibilidad", sostiene que en el menor está excluida la "responsabilidad" [162] [163].

En cuanto a los mayores de catorce años, deben ser sometidos a proceso, pudiendo aplicárseles una medida de internación. Habiendo transcurrido más de un año desde la internación y cumplido el menor los diez y seis de edad, el juez podrá imponer una medida o una pena atenuada, conforme a la escala de la tentativa (art. 4º de la ley 14.394). Se admite que esta ley considera "imputable" al mayor de catorce años, con lo que coincidimos [164], dándole a la expresión el alcance de que el menor de diez y seis años y mayor de catorce está ya "dentro" del derecho penal. No obstante, en

160 En el código alemán vigente, el texto parecería dar lugar al otro criterio, pues su parág. 10 se limita a indicar que están incluidos de la ley penal en la forma en que lo determina la ley juvenil.

161 HELLMER, op. y loc. cit.

162 MAURACH, 448-449; MAURACH-ZIPF, p. 530.

163 V. la bibliog. alemana indicada *supra*, nota 148.

último término, toca al juez decidir si lo somete a la ley penal o a la ley minoril. Cuando lo somete a la ley penal rigen los principios comunes con las modificaciones que establece la ley (la pena se atenúa, se ejecuta en establecimiento especial y no se tiene en cuenta a los efectos de la reincidencia). Aquí, tanto para uno como para otro camino, lo que da la base es un delito en sentido completo, es decir, una acción típica, antijurídica y culpable. Si falta cualquiera de los caracteres del delito, el juez no podrá aplicar pena ni medida, salvo la del art. 34 inc. 1º cuando se dieren esas circunstancias.

El art. 6º de la ley 14.394 dice: "En todos los casos en que se advirtiera una anormalidad física, psicológica o mental en el menor, éste será sometido al tratamiento mental más adecuado". Esta disposición rige tanto para los menores de catorce años como para los mayores de catorce y menores de diez y seis imputables. En los casos de inimputabilidad de menores-adultos (catorce a diez y seis años, que ahora no pueden ser calificados tales sin alterar la naturaleza de las cosas) se aplicará sólo subsidiariamente al art. 34 inc. 1º del código penal, que es la disposición que funda la medida. También se aplica a los mayores de diez y seis y menores de veintiuno imputables, respecto de los cuales la ley 14.394 (art. 8º) se limita a imponer modalidades ejecutivas de la pena.

Si el menor de diez y seis años y mayor de catorce está ya "dentro" del derecho penal, ¿cuál es la razón por la que se puede prescindir de pena? La ley establece que la pena se aplica cuando apareciere "fundamentalmente necesario" a la luz de los informes de "las modalidades del hecho, los antecedentes del menor y la impresión personal directa del juez" (art. 4º, 2º párrafo, ley 14.394). En otras palabras: cuando el grado de madurez alcanzado y las demás circunstancias del hecho indican que es más adecuado aplicarle una disposición de legislación tutelar, el juez ordena una medida de esta naturaleza, y las características personales del menor y las del hecho, operan como una causa personal de exclusión de pena. La medida tutelar, en el caso de la exclusión de pena, no puede en ningún caso extenderse más allá de la incapacidad civil (veintiún años).

Se ha sostenido que lo que funda la aplicación de la pena es la peligrosidad del menor, comparándose esta situación con la tentativa inidónea [165]. La ley 14.394 no hace aquí mención a la peligrosidad y, por ende, creemos que no se trata de la misma, sino de la "personalidad del menor". Que esa

164 Así, CABALLERO, op. cit., 87-95.

personalidad indique una mayor o menor peligrosidad es otra cuestión: el juez deberá tomar en cuenta la peligrosidad, porque no puede escindirla de la personalidad, pero no es la peligrosidad lo que decide si aplica pena, ni la falta de peligrosidad la aplicación de alguna medida tutelar. El juez, a igual peligrosidad, puede disponer en un caso la pena, en otro la medida tutelar y en otro la libertad, cuando, fundadamente, crea que, dadas las diferentes personalidades de los menores y los caracteres de los hechos, son respectivamente lo adecuado para neutralizar en cada caso la peligrosidad y servir al objetivo de seguridad jurídica. Tal es así que el mismo Caballero destaca la diferencia que hay entre el caso de la tentativa inidónea del art. 44 del código penal y éste: *en aquél, la falta de peligrosidad revelada en el hecho funda la excusa que elimina la punibilidad* (no es que la peligrosidad funde la pena, como se ha pretendido [166], sino que es la falta de peligrosidad que funda la impunidad, lo que no es lo mismo, pues en esto último interfiere una consideración de pura política penal), *en tanto que en éste se trata de algo que se debe valorar después de un tratamiento o medida educativa.*

Toda vez que el mayor de catorce años y menor de diez y seis se encuentra ya "dentro" del derecho penal, nos parece correcta la solución de la Cámara de la Capital, que ha sostenido reiteradamente que cuando el juez considere que corresponde usar la facultad que le otorga el art. 4º de la ley 14.394, y en base a él no aplicar pena a un menor adulto, deberá dictar sentencia absolutoria, porque la única solución es absolver o condenar por el hecho que ha sido objeto de acusación, como forma de poner término a todo proceso [167].

Cabe agregar que hay otra causa personal de exclusión de pena que opera en favor del menor de diez y seis años y mayor de catorce, que se halla en el art 3º de la ley 14.394: es el caso en que se tratare de delitos de acción privada o que estuviesen penados con un año o menos de privación de libertad", con multa o con inhabilitación. En tales supuestos, la minoridad opera como causa personal de exclusión de pena y el menor sólo puede ser sometido a la ley minoril, es decir, a medidas análogas a las que se aplican a los menores de catorce años.

Debemos formular una observación respecto de los menores de diez y seis años y mayores de catorce que "entran" al derecho penal. En estos supuestos se habla de una "imputabilidad plena" por parte de los partidarios de la teoría de la inimputabilidad presunta de los menores de catorce años (o mejor inimputabilidad *ficta*). Creemos que en ello hay otro error: cuando el mayor de catorce años y menor de diez y seis entra al derecho penal, na-

165 CABALLERO, 142-3.

166 CABALLERO, loc. cit.

167 LL, 108-695; JA, 8-1970-541; 2-1969-91; Rev. de Derecho Penal y Crim., 1969, 4, pp. 569 y ss.

turalmente que es imputable, pero puede entrar con una imputabilidad (o culpabilidad) disminuida. La ley entiende que *puede* tener un ámbito de autodeterminación estrechado, aunque es imputable. Nada diferente que una menor culpabilidad puede ser la razón por la que el párrafo 2º del art. 4º de la ley 14.394 *autoriza* la reducción de la pena aplicando la escala de la tentativa. Esto no significa, en modo alguno, que el menor de catorce años sea siempre inimputable y el mayor de catorce y menor de diez y seis "semiimputable", sino que el primero está fuera de la ley penal, pese a que puede cometer delitos en sentido estricto, y el segundo, cuando comete delitos, está sometido a la ley penal, aunque puede reconocérsele que haya actuado con una menor culpabilidad.

Con estas breves consideraciones no pretendemos agotar el régimen de los menores, sino demostrar que se trata de un ordenamiento distinto al penal y que se limita a colindar con éste para que le proporcione, a través de una suerte de "servidumbre de vista", la base en qué asentar la aplicación de las medidas tutelares, que lo diferencian nítidamente del derecho penal.

40. **El derecho penal y el derecho administrativo.** Las relaciones y límites del derecho penal con el derecho administrativo han planteado una serie de cuestiones que distan aún de estar suficientemente aclaradas. En líneas generales, puede notarse una corriente —teñida fuertemente de autoritarismo— que preconiza un avance del derecho administrativo sobre el campo penal, y una tendencia contraria, que llega a extender el campo penal a verdaderas cuestiones administrativas. Las sutilezas que en una y otra se han manejado, y la búsqueda de soluciones eclécticas, han minado seriamente el deslinde de ambas disciplinas, con deplorables consecuencias para la nuestra y para las garantías individuales. Un replanteo total de las mismas excede del marco de cualquier obra general, en atención a que la bibliografía contemporánea al respecto es inmensa. De cualquier manera, se impone señalar las distintas posiciones y las reflexiones que nos sugieren. A efectos de una clarificación de este complejo panorama, dividiremos su consideración en las siguientes partes: a) derecho contravencional; b) derecho disciplinario; c) derecho penal administrativo, económico y fiscal.

a) *Derecho contravencional.* Ya hemos expresado que la facultad legislativa en materia contravencional corresponde, en nuestro sistema, al Congreso de la Nación, en virtud de la delegación hecha por el inc. 11º del art. 67 de la Constitución Nacional [168]. No

168 V. *supra*, § 25.

habiendo cumplido el Congreso de la Nación con su mandato constitucional, la facultad legislativa corresponde a la legislación local hasta que así lo haga. Esta tendencia ha dado lugar a los códigos de faltas o contravencionales dictados por las provincias. Al expresar y sostener esta opinión, necesariamente hemos tomado partido ya por la naturaleza decididamente penal de tales "faltas", lo que hace que queden sometidas a todas las garantías que para la ley penal común establece la Constitución Nacional. Se trata, pues, a nuestro entender, de derecho penal especial [169].

No obstante, nuestra opinión dista mucho de ser pacíficamente aceptada. Cuando se pretendió distinguir entre derecho penal y derecho administrativo con la intención de hacer avanzar al segundo sobre el primero, se sostuvo la existencia de un injusto penal cualitativamente diferente del injusto contravencional, siendo la consecuencia más directa de esta afirmación que, de ser cierta, correspondería a los tribunales administrativos el conocimiento del segundo. Para ello se sostuvo, o bien que las infracciones al orden administrativo son un injusto éticamente indiferente, o bien que las mismas son delitos de "creación política", es decir, choques contra puras leyes positivas.

Hay siempre una petición de principio jusnaturalista en este género de distinciones. Así, para Carmignani, el "delito de policía" era contrario a la prosperidad pública, en tanto que el delito penal lo era a la seguridad pública. Carmignani dejaba en la más absoluta penumbra los límites de la policía gubernativa. "La acción de la policía se ejerce de muy diversas maneras —decía— de modo que es casi imposible reducir a clases sus atribuciones y distinguirlas con propios nombres" (parág. 18). Acentuaba aún más esta incertidumbre con su afirmación de que la policía no sólo actúa con medios preventivos, sino también represivos: "La policía económica reprime ciertas acciones porque son contrarias a la prosperidad pública, la gubernativa algunas otras, porque constituyen, por así decir, las *primeras líneas de los delitos*: es así como ésta provee a la seguridad pública, mientras limita la libertad de los hombres con el fin de prevenir excesos más graves. Todo eso pertenece a la noción de *delito de policía* y forma un contacto entre la función de la policía y la de las leyes penales" (parág. 21) [170]. Dice también que "el origen y el título del derecho penal es la necesidad; el de la policía la utilidad" (parág. 23).

Una distinción también nebulosa entre el poder de policía gubernativo y el derecho penal hacía Feuerbach: para él, los delitos eran lesiones de derechos ajenos asegurados por las leyes penales y el pacto social (parág.

169 Cfr. SOLER, I, 28.

170 CARMIGNANI, *Elementi*; el comentador de la traducción italiana le critica aquí la vaguedad del delito "de policía".

21), en tanto que las contravenciones de policía lesionaban un derecho del Estado a la obligatoriedad de ciertas acciones, que ponían en peligro el orden y la seguridad (parág. 22) [171]. Feuerbach preveía en el código de Baviera una ley especial para las infracciones de policía, que definía como las "acciones u omisiones que, sin embargo, no lesionen en sí ni por sí mismas, derechos del Estado o de un súbdito, pero que sean prohibidas u ordenadas bajo pena, como también las pequeñas lesiones jurídicas que, por leyes especiales, se reserve su investigación y pena a las autoridades policiales, se denominan contravenciones de policía" [172]. Cabe consignar que esta indeterminación de los límites del poder de policía gubernamental era una característica de los autores alemanes de la época: no sólo se dio en Feuerbach, sino también en Hommel [173]. Parece paradógico que el pensamiento iluminista y liberal, tanto italiano como alemán, deje indefinida la línea entre el derecho penal y el poder de policía. Es menester interrogarse acerca de este fenómeno. Creemos que la explicación del mismo es doble: por un lado, dentro de la concepción del Estado gendarme, el poder de policía no podía extenderse tanto que alarmase a estos autores. En segundo lugar, no podemos olvidar que estos autores estaban luchando contra convicciones muy fuertes, a las que, si no querían obtener un rotundo fracaso, debían hacer algunas concesiones, incluso por razones de autoconservación. Recuérdese que Carmignani fue perseguido por sus ideas. En efecto: si nos atenemos a lo que expresa Feuerbach en su crítica al proyecto de Kleinschrod, sucede que consideraba que la prostitución y la sodomía debían incriminarse como delitos de policía [174]. Feuerbach no podía considerar tales hechos como delitos, pues no afectaban derechos ajenos, pero cabe preguntarse si no era bastante transformar estos crímenes terribles en simples contravenciones, sin caer en una actitud radical pero estéril, aunque hubiese sido adoptada por el código Napoleón y postulada por Wilhelm von Humbolt en 1792 [175].

Köstlin, siguiendo un camino hegeliano, trató de ceñir un poco más el concepto, afirmando que las faltas de policía serían lo que hoy llamamos "delitos de peligro abstracto" [176]. No obstante, la legislación no siguió este camino. Carrara, por su parte, adhirió a la teoría de la indiferencia ética del injusto de policía, que hace al "magisterio del buen gobierno" [177]. Con posterioridad, se pretendió que las contravenciones son imputaciones que res-

171 FEUERBACH, *Lehrbuch*, Giessen, 1832, pp. 20-21.

172 3er. párrafo del parág. 2 (la traducción francesa de Vatel —pp. 42-3— tiene deficiencias). Sobre esta característica del Código Bávaro, GOLDSCHMIDT, JAMES, *Die Verwaltungsstrafrecht*, Berlín, 1902, p. 245.

173 Cfr. WOLTZENDORF, KURT, *Der Polizeigedanke des modernen Staates*, Breslau, 1918; AMELUNG, KNUT, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972, pp. 22-24.

174 FEUERBACH, *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Churpfältzisch-Bayerischen Staaten*, Giessen, 1804, pp. 16 y ss.

175 Cit. por AMELUNG, loc. cit.

176 KÖSTLIN, CHRISTIAN REINHOLD, *Neue Revision des Grundbegriffs des Criminalrechts*, 1845, p. 28.

177 CARRARA, *Programma*, I, 18; VERA BARROS, *El delito y la transgresión según los principios de la Escuela Toscana*, en "Cuad. de los Institutos", Córdoba, 1959, 9 y ss.; VIAZZI, PIO, *Delle contravenzioni*, Milano, 1902, en ZERBOGLIO-FLORIAN, POZZOLINI-VIAZZI, "Trattato di diritto penale", Milano, vol. VII, p. 5.

ponden a mera creación política, simples infracciones al orden, afectaciones del valor "orden", delitos "de desobediencia". Por este camino transitó Max Ernst Mayer, para quien, en tanto que los delitos eran infracciones a las normas de cultura reconocidas por el Estado, la infracciones de policía eran puras creaciones del legislador [178]. Sobre estas bases jusnaturalistas se movieron las dos tendencias que podemos llamar "antiguas", que pretendieron distinguir entre delitos y contravenciones por vía cualitativa y, por ende, entre derecho penal y contravencional, reservando el segundo al poder de policía administrativo [179].

Una teoría, de mayor resonancia que las que buscan caracterizar la contravención por la indiferencia ética o la creación política, fue la del "derecho penal administrativo", sostenida por James Goldschmidt. La teoría de Goldschmidt se basa en que el derecho penal se ocupa de la delimitación de las esferas individuales, de los hombres como invididuos, en tanto que el bien público, que sobrepasa lo individual, es una cuestión que incumbe al orden administrativo del Estado. A partir de esta distinción entre el "hombre-individuo" y el "hombre-miembro" concluye que, cuando lesiona los deberes que incumben a la primera calidad, comete delito, y cuando lesiona los de la segunda, una contravención administrativa [180].

178 MAYER, MAX ERNST, *Lehrbuch*, 1923, p. 53.

179 Más opiniones de otros autores, dentro de estas corrientes: LEVENE (h.), RICARDO, *Delitos y contravenciones*, Bs. As., 1952; del mismo, *Introducción al derecho contravencional*, Bs. As., 1968; VIAZZI, op. cit., pp. 1-20; MAGGIORE, I, 286 y ss.; CORREIA, EDUARDO, *Direito penal e direito de mera ordenaçao social*, en "MP", Ministerio Público de Paraná, Brasil, año 5, nº 6, 1976, p. 81.

180 GOLDSCHMIDT, JAMES, *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Berlin, 1902; del mismo, *Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältniss zur modernen Staats-und Rechtslehre*, en "Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50. jähr. Diensjubiläum ihres Vorsitzenden", pp. 415 y ss., 1903; en nuestro país, respecto de esta teoría, puede verse: GOLDSCHMIDT-ANDERS, *Deslinde entre los delitos administrativos y criminales*, en "El derecho penal administrativo", Córdoba, 1946, p. 59; GAVIER, ERNESTO, *James Goldschmidt y el derecho penal administrativo*, en el mismo, p. 28; GOLDSCHMIDT, ROBERTO, *La teoría del derecho penal administrativo y sus críticos*, en LL, 74 (1954), pp. 844 y ss. Este último en polémica con AFTALIÓN, ENRIQUE, *El derecho penal administrativo como derecho penal especial*, en LL, 75-824 y ss., quien, sin poner en duda la convicción liberal de GOLDSCHMIDT, demuestra el peligro que la misma entraña en el derecho contemporáneo. Sobre la teoría de GOLDSCHMIDT, también GERNER, ERICH, en NJW, 1952-521; JESCHECK-MATTES, *La evolución de un derecho autónomo de las infracciones disciplinarias en Alemania, desde la escuela del derecho natural en la época de las luces a la época actual*, trad. de BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, en LL, 85-867 y ss.; CABALLERO, JOSÉ SEVERO, *La distinción esencial entre delitos y contravenciones en la doctrina de James Goldschmidt*, en "Boletín de la Fac. de Derecho", Córdoba, 1957, 3-4, p. 473; ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Policía y poder de policía*, Bs. As., 1963;

Frente a esta teoría —y a las anteriores— el más cuidadoso investigador contemporáneo del tema, Heinz Mattes, concluye en que "no es posible distinguir entre orden jurídico material y orden administrativo material". Los argumentos que proporciona Mattes para esto, los creemos irrefutables: "Objeto y tarea del orden jurídico —dice— no es la delimitación y el aseguramiento de las esferas individuales, sino el orden de la co-existencia". "Del mismo modo, tampoco puede distinguirse entre fines del derecho y fines de la administración (de bienestar), que corresponderían los unos al orden jurídico y los otros al orden administrativo". "... El choque contra un orden jurídico no obtiene su desvalor de la afectación de un valor de orden, sino de su incompatibilidad con el fin pleno del valor perseguido por el derecho" [181].

También rechaza Mattes la teoría de la creación política, porque el derecho no puede limitarse a recoger lo éticamente desvalorado, la conclusión de Mattes, por supuesto que no invalida —ni nosotros lo pretendemos— que se sostenga una diferencia *cuantitativa* entre delito y contravención, que funde una jurisdicción y un proceso diferenciados, que sería el caso de los llamados "delitos de bagatela" [182], pero siempre teniendo en cuenta que se trata de derecho penal, de legislación penal, y que tanto la ley de fondo como la procesal, deben reunir los requisitos que para la ley penal y la ley procesal penal exige la Constitución Nacional, en salvaguarda de la dignidad de la persona humana [183].

GAVIER, que había rechazado la teoría de GOLDSCHMIDT, cambió de parecer en *Límites del derecho penal común, administrativo y disciplinario en el derecho penal argentino*, en "Cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Penal", Córdoba, 1976, a lo que respondió AFTALIÓN (*Los límites entre el derecho penal común, el derecho penal administrativo y el disciplinario*, en LL, junio 23 de 1977).

181 MATTES, HEINZ, *Die Problematik der Umwaldung der Verkehrübertretungen in Ordnungswidrigkeiten*, en ZSTW, 1970, 25-39.

182 KRÜMPELMANN, *Bagatelldelikte*. 1966.

183 La autonomía del derecho penal administrativo es rechazada también por MAYER, HELLMUTH, 1953, p. 72; SAUER, 1955, p. 29; STRATENWERTH, p. 54. En nuestro país la cuestión interesó de modo muy particular, pudiendo verse, además de la bibliografía indicada: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Las contravenciones o faltas*, en LL, 56-959; SPINA, PEDRO A., *La naturaleza de la contravención*, en Bol. de la Fac. de Derecho, Córdoba, 1954, pp. 5 y ss.; ROJAS PELLERANO, HÉCTOR F., *La contravención y el delito. Su diferencia estructural*, en Rev. de DP y Crim., 1970, 4, pp. 487 y ss.; NÚÑEZ, RICARDO C., *La diferencia entre delitos y contravenciones y su importancia constitucional*, en Bol. de la Fac. de Der., Córdoba, 1957, 3-4, 373; LAJE ANAYA, J., *Delitos y contravenciones, Exposición de las opiniones de Sebastián Soler y Luis Jiménez de Asúa*, Cuad. de los Institutos, Córdoba, 1958-2, p. 15; RIZZI, LUIS M., *Las contravenciones policiales*, en "Trat. de Der. Penal Especial", dirig. por Aftalión, Bs. As., 1971, V, 425 y ss.

La teoría de la "decriminalización" del derecho contravencional por vía de un "derecho penal administrativo", que se apartaría de los principios constitucionalmente prescriptos para el derecho penal común y especial, fue defendida en Alemania por Erik Wolf. Este autor había sostenido una opinión en favor de la autonomía del derecho penal administrativo, afirmando que en el ilícito administrativo hay bien jurídico afectado, pero no hay objeto de la acción [184]. Esta teoría pretende la existencia de una lesión social que no es a la vez lesión individual, lo que es inadmisible, puesto que la sociedad se configura con el interaccionar de los hombres. Por esta vía puede caerse, para evadir una concepción organicista o antropomórfica de la *sociedad, en una reedición de la distinción de Köstlin.*

La opinión fue seguida por Eberhard Schmidt, Lange, Michels y Bockelmann, y rechazada por Welzel, Hellmuth Mayer, Stratenwerth y Jescheck [185]. Blei insiste ahora en la distinción cualitativa [186] y a la misma se ha echado mano legislativamente en las leyes alemanas penal económica y de contravenciones de tránsito, basándose en que las mismas tienen carácter no penal, porque sólo prevén multas administrativas (*Busse* y no *Geldstrafe*), pero lo cierto es que "las leyes alemanas citadas no consiguieron señalar tampoco una diferencia cualitativa entre la pena y la sanción pecuniaria" [187].

Hace muchos años que von Hippel formuló a la teoría de Goldschmidt la crítica que hoy conserva toda su vigencia. La teoría de Goldschmidt —decía— "quiebra la unidad del derecho penal, quita a la justicia penal uno de sus ámbitos propios, cual es el de la pequeña criminalidad, para la que los principios jurídico-penales deben tomarse en consideración, y transfiere ese ámbito a la autoridad administrativa, que tiene que dedicarse a otras tareas estatales que le corresponden —no penales— y para las que están especialmente concebidas. Los tribunales administrativos podrían también así —para mal propio como para mal del Estado— incurrir en el peligro o en la sospecha de que subordinan el derecho penal a intereses administrativos" [188].

Hippel afirmaba rotundamente que el derecho penal de policía y administrativo pertenece al derecho penal material [189] y rechazaba por insuficiente a la teoría de Goldschmidt, a la que calificó de "poco clara" [190], de concepto que "responde a una construcción oscura" [191]. Destacaba los resultados prácticos de la teoría de Goldschmidt de la siguiente manera: el derecho penal administrativo "opera con toda la técnica conceptual penal, pero ésta se amolda a su naturaleza administrativa". De aquí proviene "la no observancia de la diferencia entre dolo y culpa, la consiguiente imposibilidad de concebir la participación, la presunción de culpabilidad, pero también la admisión de la prueba del desconocimiento inculpable del precepto administrativo infraccionado, además de la inaplicabilidad de los principios de la concurrencia,

184 WOLF, ERIK, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, en "F. f. Frak", Tübingen, 1930, II, p. 516-588 (562).
185 V. la síntesis de la discusión en CEREZO MIR, *Curso*, 1976, 34 y ss.
186 BLEI, p. 5.
187 CEREZO MIR, op. cit., p. 41.
188 HIPPEL, ROBERT VON, *Lehrbuch*, II, 117.
189 HIPPEL, I, p. 7.
190 T. I, pp. 88-89.
191 Idem, p. 115.

de la segregación del derecho penal de policía del código penal y de la transferencia de la competencia en materia penal administrativa al tribunal administrativo, de la eliminación del principio de legalidad del proceso penal"[192]. Agrega que en el llamado derecho penal administrativo —en el sentido de Goldschmidt— existe "responsabilidad para los extraños a la culpabilidad"[193]. *El sólo enunciado de estas consecuencias demuestra lo maltrecha que resulta la seguridad jurídica conforme a esta teoría.*

La distinción entre un derecho penal ordinario y el derecho penal administrativo como ámbito distinto del derecho penal y sus principios, partiendo de la pena como ámbitos totalmente separados, fue intentada también en 1935 por Hubernagel, quien quiso construir una parte general del derecho penal "no criminal". La tentativa estaba destinada al fracaso, a partir de su consideración inicial: "La parte general de las formas de penas no criminales se determinará esencialmente mediante la naturaleza jurídica de las penas. Es común a todas las formas de penas que impongan un mal al autor, procurando con ello alcanzar un objetivo. Frecuentemente se señalarán las penas, sin atender a sus particularidades, como penas de orden"[194]. Esta distinción es precisamente la que hasta hoy no se ha logrado establecer.

Tratándose de una diferencia eminentemente cuantitativa, *los códigos de faltas provinciales no pueden desconocer el principio de legalidad, la garantía del debido proceso legal, el principio de culpabalidad, etc.* Igualmente, rige a su respecto la limitación del art. 19 constitucional, pues sería absurdo que el Estado nacional no pudiese desconocer la autonomía ética del hombre en su legislación penal, pero las provincias pudiesen hacerlo en la contravencional.

Cabe consignar que en nuestro país, y particularmente en la Capital Federal y en la Provincia de Buenos Aires, se sigue una práctica aberrante en materia contravencional. Hasta 1957, nuestra Corte Suprema reconoció al Jefe de la Policía Federal la facultad de legislador de faltas, basado en la disposición del art. 27 del código de procedimientos penales de la Capital que, cualquiera fuese su alcance, no puede a nadie pasar por alto que es una ley de menor jerarquía que la Constitución Nacional[195]. La citada calidad de legislador de faltas le había sido formalmente conferida por el Estatuto de la Policía Federal (decreto ley 33.265/46, ratificado por ley 13.830). Esta disposición fue declarada inconstitucional en 1957[196] y el Gobierno Provisional "hace ley" los edictos policiales por decreto-ley 17.189, ratificado por ley 14.467. De este modo, desapareció parte de la aberración: de legislador y juez de faltas, el Jefe de policía quedó sólo en juez. Nuestra

192 Idem, II, 110-111.

193 Idem, 111, nota 2.

194 HUBERNAGEL, GERHARD, *Der allgemeine Teil des nichtkriminellen Strafrechts*, Breslau-Neukirch, 1935, p. 1.

195 Así, *Fallos*, cit. por RIZZI, op. cit., 459-460.

196 AFTALIÓN, ENRIQUE, en LL, 88-254.

Corte Suprema, que tanto celo ha puesto al declarar la inconstitucionalidad de regímenes administrativos que se cubrían con la posibilidad del recurso jurisdiccional en materias patrimoniales, tales como los arrendamientos rurales y urbanos, no ha mostrado el menor celo respecto de la separación de los poderes en procedimientos en que está en juego la libertad y el honor de las personas, pese a las advertencias de la parte más sana de nuestra doctrina nacional. Invariablemente ha resuelto que la posibilidad de recurrir por la vía jurisdiccional elimina cualquier ataque al principio de separación de poderes [197]. El art. 27 del código de procedimientos penales de la Capital otorga esta facultad y según la Corte, dicha disposición es constitucional. El art. 30 del código de procedimientos de la Capital establece que los jueces correccionales conocerán "en segunda y última instancia de los recursos interpuestos contra las resoluciones contravencionales de la policía federal, cuando la pena impuesta exceda de cinco días de arresto o cincuenta pesos de multa", lo que lleva la inconstitucionalidad al límite de lo repudiable. El Jefe de Policía sería juez contravencional de única instancia en los casos menores. Se trataría de un poder jurisdiccional que, aunque parezca paradójico, no tiene ningún juez penal.

El código de faltas de la Provincia de Buenos Aires (ley 8031) del 29 de marzo de 1973, dispone en su art. 99 la siguiente atrocidad: "La administración de la justicia de faltas será ejercida por el Jefe de Policía con el carácter de Juez de Faltas. En caso de ausencia, licencia o excusación, será reemplazado por el Subjefe de Policía, quien, asimismo, podrá firmar las sentencias por delegación de aquél". La Suprema Corte Provincial legalizó invariablemente esta facultad [198].

Las consideraciones que generalmente se formulan para justificar estas delegaciones de facultades jurisdiccionales son de carácter "práctico". Lo cierto es que no nos interesa aquí si la policía ejerce estas facultades con prudencia o sin ella, ni creemos que cualquiera que se precie de haber leído la Constitución Nacional puede acudir a estos argumentos. Si nadie ha llegado a demostrar que las contravenciones se distinguen cualitativamente de los delitos, nadie puede sostener que el jefe de policía puede juzgarlas. Por las mismas razones "prácticas" el jefe de policía podría juzgar los hurtos y las lesiones leves. En ningún momento la Constitución Nacional autoriza a ningún jefe de policía ni a ningún titular o dependiente del poder ejecutivo a juzgar y sentenciar a una mujer por "prostitución escandalosa", expresión que, por otra parte, no se sabe en qué consiste. La comodidad en evitarse conflictos es la única explicación de los señalados criterios jurisprudenciales, y, lamentablemente, su exclusiva razón.

Refiriéndose a la conversión de las faltas de tránsito en "infracciones al orden" (*Ordnungswidrigketten*) en Alemania, y pese a que la materia de tránsito puede ser asignada a la jurisdicción administrativa con mejores argumentos que las contravenciones de policía [199]— Mattes afirmaba, frente a los

197 V. LEVENE (h.), op. cit., pp. 80 y ss.; RIZZI, 487.

198 V. LEVENE (h.), RICARDO, pp. 81-2.

199 Sobre la regulación del tránsito en la Argentina, BARLARO, José P.-CARRASCO, FÉLIX, *Tránsito Público*, Bs. As., 1971; BAVASSO ROFFO, *Faltas de tránsito*, Bs. As., 1975.

argumentos de que tal delegación "descarga a los tribunales": "tampoco nada justifica realmente dejar la actividad jurisdiccional en las inadecuadas manos administrativas y hacerla ejercer por personas que no tienen para ello la mínima calificación realmente prescripta. Los tribunales sólo podrán aliviar su tarea mediante la simplificación del procedimiento". Respecto de las consideraciones "prácticas", afirmaba que "no se trata de objetivos admisibles, sino despreciables, para una correcta administración de justicia" [200]. Las contravenciones que se da en llamar "policiales" son plenamente penales, y en nada se compromete en ellas a la administración pública, lo que elimina cualquier posibilidad de introducirlas en el llamado "derecho penal administrativo": no está más directamente interesada la administración pública en un caso de ofrecimiento público de prostitución que en uno de exhibición obscena, ni en un caso de falta de pago de un servicio de pago inmediato (hotel, restaurant, etc.), que en una defraudación; ni en una penetración de animales en campo ajeno que en un daño; etc. De allí que no compartimos en absoluto el criterio de que pueda solucionarse la cuestión por un tribunal administrativo similar al tribunal municipal de faltas. No siendo derecho penal administrativo —y queda demostrado que no lo es— la única autoridad jurisdiccional es el poder judicial.

No podemos llamarnos a engaño a este respecto, porque lo cierto es que muchas de aquellas acciones que se llaman en otros sistemas "estados peligrosos sin delito", son contravenciones. En el nuestro, mientras por un lado se rechaza —acertadamente, por supuesto— ese instituto inconstitucional, por otro dejamos que esas conductas las "pene" el jefe de policía.

En el correcto sentido se pronuncian, entre otros, Soler, Aftalión y Jofré [201]. Este último observa atinadamente que "en ningún país culto se ha legislado sobre faltas en la forma en que lo hemos hecho nosotros" y que "en nuestro país se puede obtener la libertad en horas cuando la acusación es por delito, pero no es posible conseguir lo mismo en las faltas o infracciones provinciales o municipales. La policía, por lo arbitrario de sus poderes, constituye una seria amenaza de las garantías individuales".

Lo curioso es que tampoco hay una tradición jurídica argentina que atribuya facultades judiciales a la policía, porque en la colonia, los delitos y faltas rurales al menos, eran de competencia de los Alcaldes de Hermandad y en 1821 las mismas pasaron a los Jueces de Paz, que en 1823 pasaron a entender de casi todas las faltas, aumentándose sus facultades por el código rural de 1865 [201 bis].

200 MATTES, HEINZ, op. cit., en ZStW, 1970, 25-29.

201 Soler, I, 26; también en *Anteproyecto de Código de Faltas para la Provincia de Santa Fe*, en "Rev. Penal y Penit", 1936, I, pp. 29 y ss.; PECO, José, *La reforma penal*; RAMOS, JUAN P., *Concordancias...*, p. XXIX; AFTALIÓN, *Derecho penal administrativo*, 1955, pp, 191 y ss.; JOFRÉ, TOMÁS, *Manual de Procedimiento, Civil y Penal*, Bs. As., 1926, 55, 211-2.

201 bis V. ESTANISLAO DE URRAZA, *De las faltas o contravenciones*, en LL. 28-VIII-1943. Sobre la situación en el siglo pasado en otras provincias: ALVAREZ, AGUSTÍN, *La policía. Contravenciones y penas policiales en Mendoza*, 1888; *Reglamento para las autoridades y policía de campaña*, Corrientes, 1879; *Reglamento de Policía para la provincia de Catamarca*, Catamarca, 1882; *Colección de Ordenanzas de Policía*, San Juan, 1871; etc.

Hemos afirmado que la única diferencia que media entre los delitos y las contravenciones es de carácter cuantitativo. Puede argumentársenos que hay contravenciones que tienen penas mayores que las de algunos delitos, lo que revelaría su mayor gravedad y desecharía la distinción cuantitativa. Dada la renuncia a legislar las contravenciones por parte del Congreso Nacional, el límite de la facultad represiva que se deja a las provincias queda en penumbra, lo que puede dar lugar a penas que excedan el marco de lo que *racionalmente* corresponde a una contravención penal. Estas disposiciones serán inconstitucionales. Pero, no debe deducirse de ello que las contravenciones deban tener siempre una pena menor que la mínima de la especie de que se trate en el código penal. No puede olvidarse que la pena contravencional no acarrea las mismas consecuencias que la pena del código penal: no se la tiene en cuenta para la reincidencia penal, no causa las mismas incapacidades, no configura habitualidad penal, no interrumpe las prescripciones penales, etc. Todo ello debe tomarse en cuenta para establecer la diferencia cuantitativa y no sólo la mera cuantía de la pena.

Sintetizando nuestro punto de vista respecto de las llamadas "contravenciones de policía", entendemos que configuran un derecho penal especial legislado por las provincias, dado que el Congreso Federal nunca cumplió el mandato constitucional del inc. 11 del art. 67 a su respecto, circunstancia a la que no fue ajeno el papel corruptor del juego prohibido en nuestra política comiteril, pero que en modo alguno se trata de "derecho penal administrativo", siendo, por ende, totalmente inconstitucional el juzgamiento de las mismas por autoridades administrativas, lo que se trata de justificar apelando a la teoría de Goldschmidt, pero que, en definitiva, *responde al interés de todos los gobiernos por fortalecer al poder* ejecutivo, instrumentando a la policía de seguridad como herramienta política, para lo cual se han preocupado por aumentar sus atribuciones hasta el límite de darle carácter de órgano jurisdiccional. Esta desafortunada conjunción de factores de baja política nos impide tener una política criminal única y coherente, racional, de prevención pre-delictual, por el único medio admisible en un Estado de derecho, que es el derecho contravencional, entendido como derecho penal especial.

b) *El derecho disciplinario.* Así como se pretendió que la órbita del derecho administrativo invadiese el dominio penal, incorporando al primero la materia contravencional, también se ha pretendido que el derecho penal invada la órbita del derecho adminis-

trativo, incorporando al primero el llamado "derecho disciplinario", aunque fuese a título de derecho penal "especial" y llamándole "derecho penal disciplinario".

Esta potestad se distingue netamente del derecho penal, porque es una disciplina que corresponde al derecho público y, especialmente, al derecho administrativo, que se ocupa de las normas que prescriben sanciones para los integrantes de un cuerpo, administración u organismo público o para-estatal (con esta facultad legalmente conferida) y que tienen por objetivo proveer al buen funcionamiento de la administración o al buen desempeño de los integrantes, para lo cual se valen de sanciones que tienen carácter reparador y no reeducador ni resocializador. Las sanciones administrativas —como la exoneración o la cesantía— no pretenden reeducar, no son prevención especial, pues nadie puede negar que la prevención especial, dentro de la administración pública, por ejemplo, puede lograrse sin tales extremos (cambiando al sujeto de función, por ejemplo). En lugar, se apela a estas medidas porque con ellas se *repara* la imagen de la administración, lesionada en la confianza tanto de sus miembros como del público en general. Estas sanciones reparan la lesión que la administración sufre cuando un miembro ha afectado el especial deber de fidelidad que le incumbe. De allí que la sanción disciplinaria no pueda imponerse al *extraneus* [202].

La imposibilidad de aplicar pena disciplinaria al *extraneus* se deriva de un principio del constitucionalismo liberal del siglo pasado: el ciudadano no tiene ningún especial deber de fidelidad al "señor", en tanto que quien integra la administración o ciertas corporaciones lo tiene hacia ellas [203].

Entre nosotros, Núñez y García Rúa sostienen que se pueden aplicar algunas medidas disciplinarias a los *extraneus*, como sería ciertas sanciones que pueden aplicar los jueces a los litigantes o las Cámaras legislativas a quienes les falten al decoro de las mismas [204]. García Rúa dice que no ve una diferencia sustancial entre las sanciones del ámbito interno de la disciplina y las del externo, pues, siguiendo a Núñez, afirma que ambas tienen por objeto proveer al normal desenvolvimiento del ente de que se trate. El planteo parte del principio de que todo organismo es creado dotado de las facultades necesarias para proveer a su normal desenvolvimiento, y dentro de ellas,

202 Cfr. SOLER, I, 26.

203 Cfr. MAURACH, 10; STRATENWERTH, 32.

204 NÚÑEZ, I, 31; GARCÍA RÚA, OSCAR JORGE, *Derecho penal disciplinario*, en "Tratado de derecho penal especial", dirigido por E. AFTALIÓN, Bs. As., 1971, T. V, p. 118.

deben contarse tanto la facultad sancionatoria a las faltas que le perturben, sea que provengan de *intraneus* o de *extraneus*.

Nos parece que el principio de que parten Núñez y García Rúa es correcto, pero no lo son sus consecuencias, que llevan a confundir dos ámbitos que nos parecen bien distintos: el de las relaciones con aquél que tiene un especial deber de fidelidad y el de las relaciones con quien no se halla en esta posición. El primero es sancionado con una medida disciplinaria, en tanto que el segundo lo es con una medida penal-administrativa o de derecho público, pero que participa de una naturaleza penal, aunque más no sea parcial. Bueno es acotar que estos autores hacen entrar al derecho disciplinario en el campo penal [205], a diferencia de la opinión dominante en la doctrina contemporánea.

Lo separa radicalmente del derecho penal "propiamente dicho" Jiménez de Asúa [206], lo asocia al derecho administrativo, constitucional o judicial Manzini [207], lo declaran parte del derecho administrativo Pannain, Schultz y Santoro [208], en tanto que proclaman su independencia del derecho penal Blei, Maurach, Schmidthäuser, Stratenwerth, Baumann, etc. [209]. Baumann explica que el derecho disciplinario no puede ser derecho penal porque habría una doble intimación y resultaría violado el principio *non bis in ídem*. Aclara que fue hasta la segunda mitad del siglo pasado que era considerado el "derecho penal de los funcionarios", pero que ahora no puede reconocérsele ese carácter [210]. Debido a que no le reconoce carácter penal, reclama que sea liberado de todo contenido represivo [211]. Kienapfel, por su parte, insiste en que presenta caracteres propios bien diferenciados e insiste en que a su respecto no rige el principio de legalidad [212]. Blei y Jescheck destacan el carácter no penal de la pena o medida administrativa [213], señalando este último que puede encontrarse el mismo contenido en la pena criminal que en la administrativa, pero que se distinguen por su distinta finalidad, pues la última sirve a la disciplina y al orden.

El derecho disciplinario no es sólo un derecho jerárquico, sino que se trata de un derecho precisamente de disciplina. Por ello, no es necesario que el *intraneus* se encuentre en una relación jerárquica, lo que no sucede en el caso de los miembros de las cámaras

205 NÚÑEZ, I, 31; GARCÍA RÚA, op. cit., p. 121; también en este sentido AFTALIÓN, en op. cit., en LL del 23-VI-77.

206 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, parág. 11.

207 MANZINI, I, 128.

208 PANNAIN, 16; SANTORO. 60; SCHULTZ, I, 29-30; en la Argentina, CAMPAGNALE, HUMBERTO, en LL, 14-VII-1978.

209 BLEI, 7; MAURACH, 10; SCHMIDHÄUSER, 7; STRATENWERTH, 32; BAUMANN, 43; RODRÍGUEZ DEVESA, 29.

210 BAUMANN, *Kritische Gedanken zur Disziplinarstrafe*, en JZ, 1964, 612-616.

211 BAUMANN, *Der Lichtblick ins Disziplinarrecht*, en JZ, 1967, 657-9.

212 KIENAPFEL, DIETHELM, *Betribskriminalität und Betribsstrafe*, en JZ, 1965, 599-605.

213 BLEI, 328; JESCHECK, 11.

o legislaturas o en los supuestos de consejos profesionales u organismos análogos. Dentro del derecho disciplinario jerárquico encuadran las faltas militares (no los delitos, que son derecho penal).

La circunstancia de que el derecho disciplinario no sea derecho penal hace que a su respecto no se aplique el principio *non bis in idem*, es decir, que el autor de un delito sea pasible, por el mismo hecho, de una pena administrativa y otra penal [214]. Como consecuencia del mismo carácter administrativo, el derecho disciplinario no puede tener un respeto tan absoluto como el penal al *principio de reserva*. No obstante, la relativa independencia de este principio no puede ir más allá de las necesidades de una administración organizada, ni tampoco la naturaleza administrativa del proceso puede lesionar el derecho de defensa —que la Constitución Nacional garantiza para cualquier clase de proceso— ni cerrar la vía judicial en su caso. Por otra parte, en lo que al proceso respecta, el proceso disciplinario, dada su finalidad, se rige por el *principio de oportunidad*, que es desconocido en nuestro derecho procesal penal, es decir, que no es obligatoria la aplicación de la sanción, pues la administración puede prescindir de ella cuando lo considere más conveniente a sus intereses [215].

c) *Derecho penal administrativo.* Hemos negado que las contravenciones de policía tengan un carácter penal administrativo, reconociendo que el derecho contravencional es un derecho penal especial.

No obstante, hay todo un círculo de infracciones de las que suelen conocer órganos administrativos con recursos jurisdiccionales, que nada tienen que ver con las contravenciones penales o de policía, porque están referidas primariamente a intereses de la administración misma, como son las del derecho fiscal, las del derecho aduanero, las del derecho regulador de comercialización, las de precios, las infracciones municipales de tránsito, etc. Si en líneas generales llamamos a esto "derecho penal administrativo", cabe preguntarnos si resulta cierta a este respecto la teoría de Goldschmidt, que configuraría con ellas un derecho independiente del penal y con principios generales propios, o si se trata de un "derecho penal especial".

Conforme a nuestro criterio, este "derecho penal administrativo" no es un derecho penal especial. Si por derecho penal "especial" entendemos un derecho penal que altera algunos principios

214 Cfr. SCHMIDHÄUSER, 7; VERA BARROS, OSCAR N., *El derecho penal disciplinario, sus características y su prescripción*, en "Cuadernos de los Institutos", Córdoba, 1958, III, 21, p. 22. Las reservas que formula GARCÍA RÚA (op. cit., p. 239, nota 81) se refieren al caso de un *extraneus*, que nosotros consideramos excluido del derecho disciplinario.

215 Cfr. VERA BARROS, op. cit., p. 20.

generales del código penal, o sea, del derecho penal común, el fenómeno que se produce en el "derecho penal administrativo" no es sólo una alteración de los principios generales, sino también una yuxtaposición con otras ramas del derecho.

Esta yuxtaposición o naturaleza compleja finca en que la pena del derecho penal administrativo sólo parcialmente participa del objetivo de la pena penal. Cuando a un sujeto se le aplica una multa por infracción fiscal, por ejemplo, se persigue con ello el triple objetivo de percibir lo adeudado, percibir la reparación del daño que la falta de pago ha causado a la administración (todo lo cual es reparación) e infligir una privación de bienes jurídicos para motivar al sujeto a que en lo sucesivo no vuelva a caer en similares incumplimientos (prevención especial). Aunque la prevención especial sólo puede recaer sobre individuos, el carácter mixto hace que pueda ser sujeto activo de la infracción fiscal o administrativa una persona jurídica, en cuyo caso el aleccionamiento de la prevención especial recaerá sobre los individuos que efectivamente sufran la privación de bienes jurídicos.

Los autores que sostienen la capacidad delictiva de la persona jurídica, como Aftalión, suelen afirmar que el derecho penal administrativo es derecho penal, afirmando que "las peculiaridades que pueda ofrecer el derecho penal administrativo no son esenciales: no tienen alcance lógico u ontológico, sino sólo dogmático-valorativo" [216].

Del mismo modo, cuando un sujeto comete una infracción municipal de tránsito, afecta con ello un interés administrativo en el ordenamiento del tránsito y la pena administrativa persigue allí un objetivo reparador, por el perjuicio que sufre la circulación, en la que tiene efectivo interés la administración, y un cometido preventivo especial, que persigue el objetivo de motivar al sujeto para que respete en lo sucesivo las normas administrativas que regulan la circulación. Sin embargo, si esa infracción pusiere en peligro la seguridad misma del tránsito y las vidas o bienes ajenos, ya puede ser tipificada como contravención de policía y, por ende, ser alcanzada por el derecho penal especial, es decir, por el derecho penal contravencional. Tal es lo que sucede en muchas provincias, en que los códigos contravencionales penan la "conducción peligrosa".

Hemos dicho que el derecho penal es el único cuya coerción procura la prevención especial, en tanto que el resto del orden jurídico procura la reparación (que incluye la reposición). En

216 AFTALIÓN, ENRIQUE R., *Derecho penal administrativo*, Bs. As., 1955, p. 8.

tanto que el resto del orden jurídico provee a la seguridad jurídica mediante la sanción reparadora (salvo aquellas normas cuyas consecuencias jurídicas no son sanciones, como las tutelares o asistenciales), y el conjunto de las mismas ejerce la función de prevención general, el derecho penal acude cuando se hace menester la prevención especial. *El derecho penal administrativo provee a la seguridad jurídica por ambas vías*, pero no como una unidad teórica. De allí que, dado que su sanción, si bien parcialmente participa de la función de prevención especial, *la ley que la impone debe reunir los mismos recaudos que la ley penal en cuanto al principio de legalidad y a la garantía del debido proceso legal.* Dichas garantías debe cumplimentarlas toda ley que imponga una sanción que de algún modo participe de la naturaleza penal, aunque fuere parcial y secundariamente, y aunque, debido a esta circunstancia, no sea completamente una ley penal.

Puede argumentarse contra este planteo que no es posible que una ley no penal deba reunir los mismos recaudos constitucionales que una ley penal. Sin embargo, el argumento es superficial, porque la Constitución Nacional dice "nadie puede ser *penado*...", y, toda ley que "pene" participando de la naturaleza de la pena "penal", por espúrea que fuese la sanción que prevea, queda vinculada a este precepto. Cuando tenemos alcohol en un recipiente, sabemos que, por su volatilidad, debemos tapar el recipiente para que no se evapore. Cuando lo mezclamos con otro líquido menos volátil, no tendremos ya alcohol, sino una mezcla de alcohol con otro líquido. No obstante, tendremos que tratar de la misma manera al recipiente que contiene la mezcla, si no queremos que se nos evapore el alcohol contenido en la misma.

El derecho penal administrativo no es, pues, una unidad separada totalmente del derecho penal, pero tampoco es derecho penal, sino que se trata de un complejo normativo que tiene naturaleza compuesta y que carece de unidad, lo que impide hacer una teoría general unitaria del mismo, pero que requiere el sometimiento a las garantías constitucionales previstas para la imposición de penas, en razón de que sus sanciones cumplen *también* una función preventivo-especial, además de reparadora. No puede hablarse de un "injusto administrativo" con caracteres propios, sino de un complejo normativo que se ocupa de ciertos injustos previendo en forma simultánea la reparación y la prevención especial. Un complejo normativo no es una rama del derecho, ni tampoco en la parte en que cumple una función preventivo-especial puede violar las garan-

tías constitucionales para la imposición de penas, so pretexto de su peculiaridad o independencia del derecho penal, como se pretende en la concepción de Goldschmidt.

En ese complejo normativo pueden imponerse sanciones a las personas jurídicas —porque en tanto tengan naturaleza reparadora nada lo impide— pero en cuanto esa pena pase el límite de la reparación para proveer a la prevención especial, no puede prescindir del principio de legalidad, del de culpabilidad ni del de intrascendencia de la pena. El órgano jurisdiccional debe tener siempre presente esta regla, y en la medida en que en función del complejo normativo que —por llamarlo de un modo— denominamos "derecho penal administrativo" se aplique una sanción que vaya más allá de la reparación, debe vigilar la constitucionalidad de la sanción impuesta, haciendo valer a su respecto las garantías penales.

Cabe advertir también que bien puede suceder que en leyes de tipo penal administrativo se inserten disposiciones que son de derecho penal común o especial, en cuyo caso debemos estar a los principios comunes o especiales, sin que importe el cuerpo en que se halla la disposición, sino la naturaleza de la pena que la misma impone.

En cuanto a lo que se ha dado en llamar "derecho penal económico", cabe advertir que en torno de esta denominación se han agrupado cuestiones de distinta naturaleza jurídica, como es la aplicación de leyes penales especiales, como la de monopolios, con verdaderas disposiciones de derecho penal administrativo y otras de derecho penal común, como el conocimiento del libramiento de cheque sin provisión de fondos [217], por lo que consideramos que no puede ser satisfactoriamente sistematizado, sino entendido como la denominación para un ámbito de competencia jurisdiccional, cuyas ventajas prácticas no discutimos, ni tampoco la necesidad de legislación que tutele adecuadamente ciertos bienes jurídicos, como lo que ha dado en llamarse el "derecho penal de las sociedades anónimas" [218]. De cualquier modo, estimamos que en razón de los bienes jurídicos no puede pulverizarse al derecho penal, pero, si lo que se quiere eventualmente es señalar con esta denominación un conjunto de tipos que tutelan ciertos bienes jurídicos que hacen a la vida económica, no vemos problema alguno en que así se lo haga [219].

217 V. RUBIANES, CARLOS J., *Derecho Penal Económico Argentino*, Bs. As., 1962.

218 V. PEDRAZZI, CESARE-DA COSTA JR., PAULO JOSÉ, *Direito Penal das Sociedades anonimas*, Sao Paulo, 1973.

219 Sobre la polémica entre SOLER y AFTALIÓN acerca de la existencia de un derecho penal económico, BACIGALUPO, *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del derecho penal económico*, Bs. As., 1974, 55-58. Contra la proliferación de "derechos penales especiales", RODRÍGUEZ DEVESA, 25 y ss.

41. **El derecho penal y el derecho internacional.** Las relaciones de nuestra ciencia con el derecho internacional son harto complejas y penetrar en detalle en las mismas nos obligaría a un análisis o intromisión en la naturaleza misma del derecho internacional. En general, podemos distinguir dos contactos con el derecho internacional: uno con el derecho internacional público y otro con el privado. En el primer sentido puede hablarse hoy del *derecho internacional público penal* o, más sencillamente, de *derecho internacional penal,* desarrollado particularmente a partir de la culminación de la Segunda Guerra Mundial, y que se ocupa de la tipificación mediante tratados y de la correspondiente represión de los llamados "delitos internacionales", tales como el genocidio y otros crímenes "contra la humanidad". Por otro lado, puede hablarse de *"derecho penal internacional",* que tiene por cometido determinar *la legislación y la jurisdicción respecto de delitos y de autores,* y que corresponde al derecho internacional privado, a estar a la teoría unimembre de su contenido, que lo considera compuesto por normas "indirectas", y que es la que predomina entre nosotros [220].

a) El derecho internacional público penal es problema que, naturalmente, queda reservado a esa disciplina, no obstante plantear serios y graves cuestionamientos al derecho en general y a nuestra ciencia en particular.

Un sector de la doctrina alemana, Fierro y Jiménez de Asúa, critican que a este derecho penal internacional se le califique de tal, por estar compuesto de normas internas [221], pero tal crítica puede casi extenderse a todo el derecho internacional privado. La distinción entre derecho internacional penal (internacional público) y derecho penal internacional (internacional privado) corresponde a Sánchez de Bustamante [222]. Si por derecho internacional

220 Así, GOLDSCHMIDT, WERNER, *Suma de Derecho Internacional Privado,* Bs. As., 1961; VICO, C. M., *Curso de derecho internacional privado,* Bs. As., 1945; LAZCANO, CARLOS ALBERTO, *Derecho internacional privado,* La Plata, 1965; la concepción trimembre o latina puede observarse en WEISS, ANDRÉ, *Manual de derecho internacional privado,* trad. de Estanislao S. Zeballos, París, 1911.

221 FIERRO, GUILLERMO J., *La ley penal y el derecho internacional,* Bs. As., 1977, p. 41; JIMÉNEZ DE ASÚA, II, parág. 754.

222 SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, *Droit International Public,* París, 1937, IV, 3-16; lo siguen JANNACONE, CONSTANTINO, *Diritto Penale Internazionale e Diritto Internazionale Penale,* en "Rivista Penale", 1946; QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal,* Madrid, 1955; VIEIRA, MANUEL A., *El delito en el espacio. Derecho penal internacional y derecho internacional penal,* Montevideo, 1969 (es de notar que este último autor considera al derecho penal internacional autónomo, es decir, "una rama particular del derecho con caracteres penales, sin duda alguna, pero con elementos internacionales", p. 24).

público entendemos más o menos aproximativamente, que se trata del "conjunto de principios que rigen las relaciones de los Estados entre sí", siguiendo a Bluntschli [223], la concepción bipartita de Sánchez de Bustamante resulta bastante correcta. Esto implica seguir la corriente que es más común entre nosotros, pero sin desconocer la validez de otros argumentos, que no entramos a discutir, puesto que nos llevaría a disputar la naturaleza misma de las disciplinas jurídicas internacionales [224].

Aunque no nos ocupemos aquí de la cuestión, no podemos pasar por alto consignar los graves problemas que ha planteado y que desde el punto de vista jurídico son realmente apasionantes. Dejando de lado las tentativas de codificación de crímenes internacionales [225], lo cierto es que la verdadera problemática surgió al culminar la Segunda Guerra Mundial, actualizando un debate que se había iniciado antes y que aún permanece abierto. Aquí no podemos más que señalar brevemente sus grandes líneas.

Desde la Primera Guerra y aún antes se habían contrapuesto las doctrinas de los internacionalistas alemanes e ingleses: en tanto que los alemanes partían del principio de soberanía del Estado y consideraban que sólo los Estados podían ser responsables internacionalmente, los ingleses afirmaban que los individuos también podían ser responsables internacionalmente. La

223 BLUNTSCHLI, *Le Droit International codifié*, trad. de M. C. Lardy, París, 1886, p. 1; en sentido semejante, FENWICK, CHARLES G., *Derecho Internacional*, Bs. As., 1963, p. 31.

224 Pueden verse las extensas consideraciones de FIERRO, op. cit., pp. 1-60.

225 Sobre ellas puede verse: PELLA, V. V., *L'Association International de Droit Pénal et la protection de la paix*, en "Rev. Int. de Droit Pénal", 1946, 185 y ss.; el proyecto de la Asociación Int. de D. Penal fue preparado por PELLA y aprobado por el comité de la misma en 1928, pudiendo vérselo en: PELLA, V. V., *Draft for a Statute stablishing a Criminal Chamber in the Permanent Court of International Justice*, en la misma revista, 1946, pp. 230 a 248; V. V. PELLA, de nacionalidad rumano, también hizo un *Plan para un código de Justicia Mundial*, que fue usado como base para los trabajos de la Asociación Internacional de Derecho Penal, de la Unión Interparlamentaria y de la American Law Association (*Plan for a World Criminal Code*, en la misma revista, 1946, 249-262); en la misma, 1946, pp. 297 a 304: BARCIKOWSKI, WACLAW, *Les Nations Unies et l'organisation de la repression des crimes de guerre*; también en la misma, COLAYANNI, M. A., *Memorandum on International Criminal Legislation and Peace*, pp. 305-332; sobre una posible jurisdicción internacional y los proyectos elaborados al efecto por la As. Int. de Derecho Penal, la International Law Association y el barón DESCAMPS (belga): WEBER, HELLMUTH VON, *Internationale Strafgerichtsbarkeit*, Berlín u. Bonn, 1934; en general sobre codificación penal internacional: CASTEJÓN, FEDERICO, *Proyecto de Código Penal Internacional*, en "Anuario", Madrid, 1953, pp. 231-244; recientemente, BASSIOUNI, CHERIF, *International Terrorism and political crimes*, Illinois, 1975; el antecedente más antiguo parece ser: GREGORY, *Projet de Code Pénal Universel*, París, 1832; otros trabajos e información antigua: DONNEDIEU DE VABRES, H., *Les principes modernes du Droit Pénal International*, París, 1928; LEVITT, ALBERT, *Proposed Code of International Criminal Law*, en la "Rev. Int. de Der. Penal", 1929; GARÓFALO, RAFAEL, *Máximas para la formación de un derecho penal internacional*, en la trad. francesa de la "Criminología"; COSENTINI, *Code Pénal International*, París, 1937; TOTH, LADISLAO, *Creación de una Corte Internacional en lo Criminal*, en "Rev. de Ident. y Cs. Penales", La Plata, 1930, 96 a 119; etc.

tesis inglesa puede verse por ejemplo en Oppenheim, y la alemana, por ejemplo en Hatcek, aunque en Alemania haya opinado de distinto modo von Liszt [226].

Terminada la Segunda Guerra y en cumplimiento de lo acordado en la reunión de Moscú el 1º de noviembre de 1943, el 8 de agosto de 1945 se reunió la Comisión Cuatripartita y publicó el Estatuto legal que regiría el funcionamiento del Tribunal Militar Internacional que juzgaría la responsabilidad de los "grandes criminales de guerra". A la jurisdicción del Tribunal fueron sometidos los siguientes hechos: a) *"Crímenes contra la paz:* es decir, planeamiento, preparación, violación de tratados internacionales, acuerdos y seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes; b) *Crímenes de guerra:* es decir, violaciones de las leyes y de iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una guerra contra costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, aunque no están limitadas, asesinatos, maltratamientos y deportaciones para trabajos forzados o para cualquier otro propósito, de poblaciones civiles o de territorios ocupados o que se encuentren en ellos; asesinatos o maltratamiento de prisioneros de guerra o de personas en los mares; ejecución de rehenes, despojo de la propiedad pública o privada; injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas; devastación no justificada por necesidades militares; c) *Crímenes contra la humanidad*: es decir, asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crímen de la jurisdicción del tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados" (art. 6º del Estatuto). El art. 27 del citado Estatuto establecía: "El Tribunal tiene derecho a imponer a un acusado, una vez convicto, la pena de muerte o cualquier pena que el mismo Tribunal considerase justa".

Como es sabido, el Tribunal sesionó en Nürenberg y le fueron sometidos veintidós acusados, de los cuales fueron condenados diez y nueve. No se trata aquí de seguir los detalles de este juicio, cuyas proporciones son inmensas [227], sino de apuntar la cuestión que con él (y con su similar de Tokio [228]) quedó planteada. Lo primero fue la legalidad de la incriminación, es decir, la violación del *nullum crimen sine lege*; luego, la violación al principio de legalidad de la pena (*nulla poena sine lege*); por último, la *competencia misma del Tribunal.*

Cabe consignar que, en nuestra opinión, el *nullum crimen sine lege* no se encuentra violado, al menos en la mayoría de los casos, puesto que los llamados

226 Sobre todo ello, NUVOLONE, PIETRO, *La punizione dei crimini de guerra e le nuove esigenze giuridiche*, en "Trent'anni...", Padova, 1969, I, 45 y ss.

227 *Der Prozes gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem internationalen Militärgerichtshof Nürnberg, 14, November 1945 - 1º, Oktober 1946. Veröffentlicht in Nürnberg, Deutschland, 1947* (4 tomos; el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 en T. I, p. 7; el Estatuto del Tribunal, en T. I, p. 10; la acusación, en pp. 29 y ss.).

228 RÖLING, B. V., *The Nuremberg and Tokio Trials in Retorspect*, en autores varios, compilados por M. Cherif Bassiouni y Ved P. Nanda, *A Treatise on International Criminal Law*, vol. I, Spriengfield, 1978, pp. 590 y ss.; HORWITZ, *The Tokio Trial*, N. York, 1950.

"crímenes contra la humanidad" no son más que comisiones de delitos en número masivo. Los "crímenes de guerra" eran generalmente violaciones a leyes internacionales, como la Convención de La Haya de 1909 o similares. No obstante, no podemos decir lo mismo respecto de la legalidad de la pena y menos aún de la competencia del Tribunal, que era la jurisdicción del vencedor. Si bien fue cierto que el mismo se condujo con gran prudencia, que actuaron en el mismo juristas de la talla de Donnedieu de Vabres, por ejemplo, no es menos cierto que, desde el punto de vista jurídico, semejante competencia no resulta muy justificable.

Dos bandos se dividen las opiniones: los jusnaturalistas y los positivistas. Para los primeros, la competencia del Tribunal responde a la costumbre inveterada de que el vencedor juzga al vencido [229] y lo que falta a la legalidad lo suple el derecho que emerge del general sentimiento de repudio de la humanidad por tales crímenes [230]; para los segundos, por mucha que sea la justificación moral del Tribunal, no puede decirse lo mismo de su justificación jurídica.

Para Jescheck, el juicio de Nürenberg se ha basado sobre la circunstancia de ser fuerza de ocupación y de ser fuerza vencedora. No había ninguna organización internacional que lo legalizare, como no fuese la misma del vencedor. El vencedor nunca se declarará a sí mismo autor de una agresión. Jescheck dice que sólo se hubiese podido hacer con un tribunal organizado por la ONU con la participación de neutrales. Desde el punto de vista moral, tampoco Jescheck lo justifica, porque dice que al menos en el Estatuto la Unión Soviética acepta lo de la "guerra de agresión" sólo para la realizada por Alemania, pero no se somete a ningún otro sistema de control en el futuro [231].

Creemos que Jescheck se halla cerca de la verdad y que, por otra parte, como con razón lo observa Fierro entre nosotros, no es cuestión de magnificar los resultados de Nürenberg, puesto que desde entonces hasta hoy se han cometido otros crímenes, si bien no tan atroces, siempre graves, sin que a nadie se le ocurriese efectivizar por procedimiento análogo la responsabilidad individual de los gobernantes [232].

229 Así, HERZOG cree que es la jurisdicción militar normal en tiempos de guerra (HERZOG, JACQUES-BERNARD, *Les principes juridiques de la répression des crimes de guerre*, en Sch. ZStr., 1946, pp. 277-304 (290).

230 Así, EHARD, HANS, *Der nürnberger Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher und das Völkerrecht*, en "Süddeutscht JZ", 1948, columnas 353 a 368; QUINTANO RIPOLLÉS, op. cit., T. I; VIEIRA, MANUEL A., op. cit., 290-1.

231 JESCHECK, *Die Verantwortlichkait der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu Nürnberger Prozessen*, Bonn, 1952, pp. 414-420.

232 Cfr. FIERRO, GUILLERMO J., op. cit., pp. 49 y ss. Entre la extensa bibliografía sobre Nürenberg y los procesos por tribunales aliados, puede verse la "Rev. Int. de D. Pénal" de 1946 (TRAININE. A. N., *Le Tribunal Militaire International et le proces de Nuremberg*, 263-276; NEAVE, M. S., *The Trial of the SS at Nurnierg*, 277-296; LACHS, *Le jugement de Nuremberg*, 398-404; HERZOG, JACQUES-BERNARD, *Les organitations national-socialistes devant le Tribunal de Nuremberg*, 333-359); TESAR, OTTOBAR, *Die naturrechtlichen Grundlagen der "Crimes against Humanity"*, en "Fest. f. Rudolf Laun", Hamburg, 1953, pp. 423-446; KEENAN, MENTHON, FRANCIS DE, *Frankreich verlangt Gerechtigkeit im Namen der Menschheit, Rede in nürnberger Prozess*, Neustedt, 1946; KEENAN, JOSEPH BERRY - BROWN,

La jurisdicción internacional de los vencedores no se limitó al gran juicio de Nürenberg, sino que se siguió ejerciendo por los tribunales de ocupación de las diversas zonas [233].

El más importante texto de post-guerra, que consagra un crimen internacional, es la *Convención sobre genocidio*, de la ONU, del 9 de diciembre de 1948. Su artículo 2º dispone: "En la presente convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos que a continuación se determinan, cometidos con la intención de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, tales como: a) homicidio de miembros del grupo; b) atentado grave a la integridad física o mental de miembros del grupo; c) sumisión intencional del grupo a condiciones de existencia que lleven a su destrucción física total o parcial; d) medidas que tengan por objeto impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) transferencia forzada de niños de un grupo a otro".

La denominación fue creada por Lemkin en 1944. Así explicaba Lemkin el alcance de la expresión "genocidio": "Una palabra nueva y una nueva concepción de la destrucción de las naciones. Las concepciones nuevas exigen nuevos apelativos. Por 'genocidio' queremos decir la destrucción de una nación o de un grupo étnico. Esta palabra nueva, inventada por el autor para describir el desarrollo moderno de una práctica antígua, viene del griego *Geno* (raza, tribu) y del latín *Cide* (matar), correspondiéndose así en su formación a las palabras tiranicidio, homicidio, infanticidio, etc." [234].

La jurisdicción internacional en la materia queda dependiendo del reconocimiento de la misma. El art. 6º dispone al respecto: "Las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el art. 3º, serán llevadas ante los tribunales competentes del Estado sobre cuyo territorio haya sido cometido el acto, o ante la corte criminal internacional que sea competente con respecto a aquellas Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción". La prevención y la pena que corresponda aplicar se reserva a la

---

FRANCIS BRENDAN, *Crimes against International Law*, Washington, 1950; JACKSON, ROBERT H., *Grundlegende Rede*, Frankfurt, 1946; FELDMANN, HORST, *Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Essen, 1948; HAENSEL, CARL, *Das Organisationsverbrechen*, München, 1947; DEL ROSAL, JUAN, *Acerca de los crímenes contra la humanidad*, Valencia, 1951; TRAININE, A. N., *La responsabilité pénale des hitlériens*, París, 1945; GALBE, JOSÉ L., *Crímenes y justicia de guerra (Notas sobre patología del derecho penal)*, La Habana, 1950; KNIERIEM, AUGUST v., *Nürenberg, rechtliche und menschliche Probleme*, Stuttgart, 1953; TAYLOR, TELFORD, *Die nürnberger Prozesse*, Zürich, 1950; SCHÜTZE, H. A., *Die Repressalie unter besonderer Berücksichtigung der Kriegverbrecherprozesse*, Bonn, 1950; MAURACH, REINHART, *Die Kriegverbrecherprozesse gegen deutschen Gefangene in der Sowjetunion*, Hamburg, 1950; KRAUS, HERBERT, *Gerichtstag in Nürenberg*, Hamburg. 1947 (los argumentos de la defensa); MIETSCHERLICH, ALEXANDER-MIELKE, FRED, *Das Diktat der Menschenverachtung*, Heidelberg, 1947 (proceso a los médicos); GROWE, WILHELM-KÜSTER, OTTO, *Nürenberg als Rechtsgrafe. Eine Diskussion*, Stuttgart, 1947.

233 Estas jurisdicciones tuvieron por base en el territorio alemán ocupado por cualquiera de las cuatro potencias, la ley 10 del Consejo de Control Aliado del 20 de diciembre de 1945 (sobre ella, RADBRUCH, GUSTAV, en "Süddeutsche JZ", 1947, 131).

234 LEMKIN, RAPHAEL, *Le genocide*, en "Rev. Int. de D. Pénal", 1946, 371-386.

legislación interna, conforme al art. 1º que dispone: "Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un crimen de derecho de gentes, que se comprometen a prevenir y castigar". Quedan también los autores excluídos de los beneficios que se conceden a los delincuentes políticos, expresión cuyo alcance precisaremos en relación al asilo y a la extradición [235].

b) En cuanto a las *relaciones del derecho penal con el derecho internacional privado,* son materia más asídua en el tratamiento de los penalistas que suele considerarse en la teoría de la ley penal, bajo el rubro de "ámbito de validez espacial", o simplemente, validez "espacial" de la ley penal [236]. Pese a este hábito expositivo, no se trata de una materia propia del derecho penal, sino que corresponde al terreno del derecho internacional privado, constituyendo un complejo capítulo del mismo, al que nos remitimos para su tratamiento.

Creemos que la inclusión de una cuestión de derecho internacional privado en las obras de derecho penal obedece a que la misma tiene un interés enorme para el penalista y también a razones puramente didácticas y expositivas. Dice acertadamente Rodríguez Devesa que "sin conocer el ámbito espacial en que se aplican las leyes penales nos formaríamos una falsa idea de su posible eficacia y de sus limitaciones" [237], lo que resulta exacto y hace ineludible una referencia al tema en función de requerimientos de claridad expositiva. No obstante la validez de estos argumentos, ellos no alteran la genuina pertenencia de la cuestión a otra disciplina jurídica, no tocando a este respecto los principios que debemos guardar al exponer las preguntas significativas para nuestra ciencia, pero que corresponden a otras. En particular referencia a la que

235 De la extensa bibliografía sobre genocidio, puede verse: GLASER, STEFAN, *Droit International Pénal Conventionel,* Bruxelles, 1970; LAMBOIS, CLAUDE, *Droit Pénal International,* París, 1971; TRIFFERER, OTTO, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürenberg,* Freiburg, 1965; en *A Treatise on International Criminal Law,* compilado por M. CHERIF BASSIOUNI-VED P. NANDA (Spriengfield, 1973), BASSIOUNI, *Genocide and Racial Discrimination,* pp. 522 y ss.; VOGLER, T., *The defense of "Superior Orders" in International Criminal Law,* pp. 619 y ss.; JESCHECK, *Die internationale Genocidium-Konvention vom 9 Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht,* en ZStW, 66 (1954), pp. 193-217; VARELA FEIJÓO, JACOBO, *El delito de genocidio,* en autores varios, "Temas Penales", Univ. de Sgo. de Compostela, 1973.

236 Así, por ejemplo, SOLER, I, 163; NÚÑEZ, I, 156; FONTÁN BALESTRA, I, 247; RODRÍGUEZ DEVESA, 175; ANTOLISEI, 83; MAGGIORE, I, 207; PAGLIARO, 130; WELZEL, 26; MAURACH, 116; JESCHECK, 115; SCHMIDHÄUSER, 76; etc.

237 RODRÍGUEZ DEVESA, loc. cit.

ahora nos ocupa, tampoco puede decidir su adscripción al derecho penal la circunstancia de que la misma se halle fundamentalmente legislada en los códigos penales, pues ello es lo usual en las normas de cuya investigación y explicación se ocupa el derecho internacional privado: las normas de derecho internacional privado civil suelen conocerse por la ley civil, sin perjuicio de todo lo cual, también abona nuestra posición la circunstancia de que en nuestros días se abre paso una clara tendencia a prever los conflictos de leyes y su solución en tratados internacionales.

Dada la tradición y la importancia de la cuestión, mencionaremos brevemente la problemática que con esa denominación se suele considerar.

α) En primer lugar se destaca que respecto de la validez espacial de la ley penal existen cuatro principios que para regirla se sustentan en la legislación y doctrina comparadas, como principios ideales o puros. Respecto de los mismos cabe aclarar, precisamente, que son principios "ideales", es decir, que los sistemas positivos de derecho internacional privado penal o de derecho penal internacional consagran soluciones mixtas o complejas. Por otra parte, se produce cierta confusión en su manejo, pues los mismos pueden ser usados tanto para determinar la ley aplicable, es decir, para resolver conflictos de leyes penales en el espacio, como para resolver conflictos de competencia jurisdiccional, cuestiones que deben distinguirse en razón de que son escindibles, toda vez que es factible que un tribunal aplique ley penal extranjera o limite la ley nacional en función de una remisión condicionada de una ley extranjera.

Los referidos principios son el de *territorialidad*, el de *nacionalidad* (o *personalidad*), el *real* (o *de defensa*) y el *universal* (o *de justicia universal*).

Hemos visto que en la práctica estos sistemas se combinan, pero, sea cual fuere la combinación que se haga, ninguna ley puede prescindir del principio de territorialidad, de modo que el citado principio siempre es necesario, aunque no suficiente [238].

Según el principio de territorialidad, la ley penal rige exclusivamente en el territorio del Estado y en los demás lugares sometidos a su jurisdicción; conforme al principio de la nacionalidad o de la personalidad, la ley penal aplicable es la que corresponde al país del que es nacional el autor del hecho (principio de la personalidad activa), o a la ley de que es nacional el sujeto pasivo (principio de la personalidad pasiva), cualquiera sea el lugar en que el delito se haya cometido. De acuerdo con el principio real o de defensa, la ley penal que se aplica es la que corresponde al Estado que tutela jurídicamente el bien jurídico que en el caso concreto se ha afectado con el hecho. A estar al principio universal o de la justicia universal, el Estado que aprehende al autor le aplica su ley, sin que se releve el lugar de comisión, la nacionalidad ni la ubicación o pertenencia del bien jurídico.

β) Nuestro código penal regula la materia en su artículo 1º: "Este código se aplicará: 1º) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su juris-

238 Cfr. FIERRO, GUILLERMO J., op. cit., pp. 61-2

dicción; 2º) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo".

Por consiguiente, es decisivo para nuestro sistema de derecho penal internacional privado, el *principio de territorialidad* [239]. El concepto de territorio es el que proporciona el derecho internacional público, con la consiguiente problemática acerca del espacio aéreo y del mar territorial. Se asimilan al territorio, a los efectos de la aplicación de la ley penal, los lugares que sin ser territorio están, no obstante, sometidos a jurisdicción de autoridades argentinas. Tal es el territorio extranjero ocupado militarmente, en virtud de lo dispuesto por el art. 111 del Código de Justicia Militar, que dispone: "Cuando las tropas en operaciones se hallasen en territorio del enemigo, están sujetas a la jurisdicción de los tribunales militares todos los habitantes de la zona ocupada que fueren acusados por cualquiera de los delitos o faltas comunes, salvo que la autoridad militar dispusiere que estos sean juzgados por los tribunales comunes de la zona ocupada". Dentro del concepto de lugar sometido a la jurisdicción argentina se hallan las naves, sean públicas o privadas, en aguas argentinas, extranjeras, o en alta mar, conforme lo dispone la Ley de Navegación (20.094), con las restricciones impuestas por el derecho internacional público [240], al igual que las aeronaves argentinas, que están sometidas a un régimen similar.

Para el principio territorial es importante determinar qué ley rige cuando la conducta tiene lugar en un ámbito territorial y el resultado en otro. Veremos de inmediato que nuestro derecho positivo considera que es aplicable la ley que rige en el lugar de la acción o la que rige en el lugar del resultado. Este principio, que se llama de la "ubicuidad" y que está consagrado por muchas leyes penales, parece a primera vista carente de lógica, y, en cierto sentido, al menos así enunciado, ello es exacto, porque en definitiva no resuelve qué ley es aplicable, pero tiene por objeto evitar la producción de un conflicto negativo de competencia, es decir, que una conducta realizada en un territorio cuya ley se rige por el principio del resultado, quede impune porque el resultado se produzca en un territorio cuya ley se rija por el principio de la conducta.

De cualquier manera, con esta explicación no se resuelve la cuestión, por lo que se hace necesario hacer una interpretación coherente de nuestra ley. El principio de ubicuidad, que está junto con el principio real consagrado en nuestro texto por la voz "efectos", debe interpretarse que opera de la siguiente manera: la ley argentina se rige en primer término por la ley del lugar donde se realiza la conducta, o sea, "comisión" del delito, pero en caso de conflicto negativo de competencia, se aplica también aunque en nuestro territorio sólo haya tenido lugar el resultado.

γ) Cabe preguntarse si nuestro código penal recepta el principio real o de defensa como subsidiario del principio general de territorialidad. La aceptación o rechazo del mismo depende del alcance que se le otorgue a la voz *efectos*, que se emplea en el citado inciso 1º del código penal [241].

[239] El principio de territorialidad fue considerado angular en nuestro sistema desde el primer autor dedicado al derecho internacional (V. FERREIRA, RAMÓN, *Lecciones de Derecho Internacional*, Paraná, 1861, p. 40).

[240] Sobre estas restricciones, FIERRO, op. cit., pp. 61-62.

[241] Sobre esta expresión, v. la diversidad de opiniones entre los autores:

El entendimiento del inciso primero del código penal por la doctrina nacional no es nada pacífico. Cuando ese precepto se refiere a delitos "cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción", la expresión —que adolece de graves deficiencias técnicas— se muestra sumamente oscura. Para la doctrina que creemos acertada, esa fórmula abarca tanto el principio real como el llamado principio de "ubicuidad", según el cual un delito se considera cometido en el lugar en que se realizó la acción o en el que se produce el resultado, en forma indistinta. No obstante, tampoco se agota la cuestión con el mero reconocimiento del principio real de defensa en esa fórmula, porque según la opinión preponderante, tratándose de un principio subsidiario, debe ser interpretado restrictivamente, en forma limitada a la afectación de bienes jurídicos públicos [242], pues de lo contrario se sostiene que la ley argentina extendería su protección a cualquier bien jurídico que hubiese en nuestro territorio, lo que se consideraría anulante del principio de territorialidad, consagrado por la primera parte del mismo inciso.

Por nuestra parte, creemos que la ley otorga aquí al principio de defensa o real un carácter subsidiario, pero no por ello se impone su interpretación restrictiva, puesto que no anula al principio de territorialidad, sino que lo *complementa*. Esta extensión que damos al principio real en nuestra ley, no implica que le identifiquemos con el principio de la personalidad pasiva: nuestra ley penal no alcanza a todos los delitos cometidos en el extranjero contra argentinos, sino sólo a los que afectan bienes jurídicos que se hallan garantizados en el país, sean sus titulares nacionales o extranjeros.

Conforme a esta combinación del principio territorial con el real subsidiario que le complementa, creemos que nuestra ley penal es aplicable: 1º) a delitos cuya acción típica es realizada en el territorio; 2º) a delitos cuya acción típica no se realiza en el territorio, pero cuyo resultado tiene lugar en él, en los casos de conflicto negativo de leyes y siempre que no sea aplicable en función de la situación del bien jurídico por el principio real (delitos a distancia: un disparo a través de la frontera; una carta injuriante cerrada enviada desde el extranjero); 3º) delitos que se cometen y consuman en el extranjero, pero cuyo resultado se sigue produciendo en el país (delitos contínuos o permanente y delitos instantáneos que se siguen produciendo hasta agotarse en territorio argentino: un secuestro y posterior traslado del secuestrado a nuestro territorio; un incendio que se extiende y pasa las fronteras); 4º) delitos que se consuman en el extranjero, pero que afectan la disponibilidad que se garantiza en el territorio (falsificación de moneda, estafa en que la víctima del ardid es un mandatario y cuyos efectos patrimoniales se producen en el país). Entendemos que no hay razón para limitar el funcionamiento del principio real a los casos en que se compromete la seguridad o soberanía del Estado Argentino y excluirlo en los restantes, y menos aún que se entienda que

---

HERRERA, JULIO, *La reforma penal*, 29; CABRAL, LUIS, *El ámbito de aplicación espacial de la ley penal y los llamados efectos del delito*, LL, 46-891; PEÑA GUZMÁN, G., *Los efectos del delito y el matrimonio ilegal*, LL, 30-335; SOLER, I, 174; NÚÑEZ, I, 170; FONTÁN BALESTRA, I, 260.

242 Cfr. FIERRO, GUILLERMO J., p. 139.

el inc. 1º del art. 1º del código penal no consagra el principio real o de defensa, sino que sólo se refiere a los llamados "delitos a distancia".

Nos parece que en torno al alcance de esta expresión reina una considerable confusión. a) *Herrera* creía que "efectos" era sólo el resultado material y que la fórmula, por consiguiente, no abarca la hipótesis del principio real o de defensa, reduciendo su ámbito a la previsión de los "delitos a distancia" [243]. Creemos que esta interpretación es arbitraria, pues nos parece claro que por "efectos" deben entenderse tanto los materiales o físicos como los jurídicos, pese a que técnicamente sería conveniente usar una expresión que fuese más clara. b) Otros autores sostienen la tesis —desarrollada ampliamente por Fierro [244] — de que el principio real funciona cuando se trata de bienes jurídicos de naturaleza eminentemente pública, excluyendo de él los efectos jurídicos que consistan en la afectación de bienes jurídicos que no tienen ese carácter. El argumento central consistiría en que si la voz "efectos" es entendida en forma que comprenda la afectación de cualquier bien jurídico que se produzca en el país, anularía o cancelaría al principio de territorialidad. Por nuestra parte, entendemos —como lo hemos dicho hace un momento— que ese entendimiento no cancela sino que complementa al principio de territorialidad. c) Por último, hallamos la tesis que entendemos es la correcta, sostenida entre nosotros por Nuñez, quien no recepta la limitación a los bienes eminentemente públicos, aunque aclarando correctamente que por "efectos" no puede entenderse cualquier efecto jurídico. "No son efectos previstos por el art. 1º inc. 1º, la reparación civil de daños, ni las consecuencias administrativas que el delito cometido en el extranjero produce en el país, pues no son efectos que atiendan a la razón de la incriminación, sino efectos del delito que atienden a otras razones" [245]. Dicho en otras palabras: creemos que "efectos" jurídicos son solo las afectaciones del bien jurídico que se producen en el país, aún cuando la conducta y el resultado material se produzcan en el extranjero.

No obstante, la piedra del escándalo en todo este problema ha sido sin duda la bigamia y, a este respecto, en tanto que la mayor parte de la doctrina entiende que el matrimonio celebrado en el extranjero *in fraudem legis* no surte ningún efecto en el país, Nuñez sostiene lo contrario. La cuestión —que hizo dudar a la jurisprudencia plenaria de la Capital [246]— la plantea Nuñez en los siguientes términos: "Cuando la impunidad de la bigamia por segundo matrimonio contraído en el extranjero, se funda en que tal matrimonio no produce efecto alguno en el país por ser un matrimonio inexistente, se olvida que, precisamente, como sucede con el documento falsificado, la represión en el

243 Así HERRERA, JULIO, op. cit., 29-30.

244 FIERRO, GUILLERMO J., p. 137.

245 NÚÑEZ, *Manual*, p. 103.

246 En el plenario "Natale, J." del 28/8/1928 (CCC, *Fallos*, III, 350) se había sostenido que "en el delito de matrimonio ilegal por segundo matrimonio realizado en el extranjero, es de aplicación la ley argentina, por lo tanto corresponde a la jurisdicción de los tribunales nacionales". Este plenario quedó sin efecto por el plenario "Aint Bonnet" del 13/4/43 (CCC, *Fallos*, V, 598): "No corresponde a los tribunales argentinos el conocimiento de causas por matrimonio celebrado en el extranjero, subsistiendo uno anterior en la República, ya que aquella nueva unión no ejerce influencia alguna sobre el orden jurídico nacional".

país del que pretende hacerlo valer, se funda en que, fraudulentamente, en perjuicio de los regímenes matrimonial, sucesorio o previsional, se le atribuye validez a un acto que no lo puede tener" [247]. Creemos que respecto del caso de la bigamia, la tesis del maestro cordobés no es la correcta, porque el bien jurídico que se tutela con el tipo de bigamia es el estado civil de las personas y, por consiguiente, el matrimonio extranjero *in fraudem legis* nunca puede afectarlo. Sin embargo, si se quiere burlar el régimen previsional o sucesorio, haciendo valer ese matrimonio, no vemos otro modo de hacelo que insertando una falsedad en un instrumento público, lo que cae en el delito de falsedad ideológica, del que el matrimonio extranjero no sería más que un acto preparatorio. La bigamia cometida en el país constituye una falsedad ideológica en el fondo, pero el matrimonio extranjero no la constituye, en tanto que el instrumento que lo acredita no quiera usarse para cometerla. Cuando el matrimonio extranjero se usa sólo para dar "status" social a un concubinato, no vemos lesión alguna al estado civil de nadie.

Según Alcorta, el principio real proviene del proyecto de Villegas - Ugarriza - García, que lo había tomado del art. 26 del proyecto de Lousiana y de la jurisprudencia norteamericana [247 bis].

δ) Con mucho menos incidencia que la del principio real o de la defensa, opera el principio personal o de la nacionalidad, que se revela fundamentalmente en la no extradición del nacional, consagrada por vía de tratados y en la legislación procesal que rige la materia a falta de éstos, respecto de la cual se discute si la ley 1612 se encuentra vigente o ha sido derogada por el código de procedimientos, posición esta última sostenida por la Corte Suprema [248] y conforme a la cual el precepto respectivo sería el art. 669 del código de procedimientos en la criminal de la capital ("Si el reo fuese ciudadano argentino y prefiriese ser juzgado por los tribunales argentinos, el Gobierno de la nación requirente podrá suministrar a dichos tribunales todos los antecedentes y pruebas del delito a fin de que sea juzgado con arreglo a las leyes de la República").

La aplicación de la ley penal argentina a los "agentes de las autoridades argentinas" y a los "empleados de las autoridades argentinas" no es una extensión que se efectúa en función del principio de la personalidad o de la nacionalidad, sino que se trata de una aplicación *funcional* de la ley penal argentina, que también se ha entendido como una aplicación del principio real o de defensa, y cuya motivación funcional se evidencia en la exigencia de que se trate de "delitos cometidos... en desempeño de su cargo". Según Piombo, el principio de la nacionalidad también está reconocido en el Tratado Antártico y en las convenciones de París de 1884, sobre protección de cables submarinos, y en la de represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, de la ONU de 1949 [249].

ε) En cuanto al principio universal, es claro que el mismo se encuentra consagrado en tratados, como el art. 18 del Tratado de Derecho Penal Inter-

247 NÚÑEZ, *Manual*, p. 102, nota 6.

247 bis ALCORTA, CARLOS ALBERTO, *Las teorías del derecho penal internacional en la legislación argentina*, en "Rev. Penal Argentina", III, 1925, pp. 7 y 11.

248 CS. *Fallos*, 266-137.

249 PIOMBO, HORACIO D., *Extradición de nacional*, Bs. As., 1974; en contra, FIERRO, GUILLERMO J., op. cit., 150-151.

nacional de 1889 de Montevideo [250], respecto de la piratería, o la convención internacional protectora de los cables submarinos [251]. Aunque el principio universal rige algunas materias tratadas en acuerdos internacionales, algunas veces resuelve cuestiones de competencia sin entrar a las de ámbito espacial de ley penal, lo que da lugar a la posibilidad de aplicación de ley penal extranjera por tribunales nacionales. Tal acontece en los arts. 3º y 4º del Tratado de Montevideo de 1889: art. 3º, "Cuando un delito afecta a diferentes Estados prevalecerá para juzgarlo la competencia de los tribunales del país damnificado en cuyo territorio se captura al delincuente. Si el delincuente se refugiare a un Estado distinto de los damnificados, prevalecerá la competencia de los tribunales del país que tuviese la prioridad en el pedido de extradicción". Art. 4º: "En los casos del artículo anterior, tratándose de un solo delincuente, tendrá lugar un solo juicio y se aplicará la pena más grave de las establecidas en las distintas leyes penales infringidas". "Si la pena más grave no estuviera admitida por el Estado en que se juzga el delito, se aplicará la pena que más se le aproxime en gravedad. El juez del proceso deberá en estos casos, dirigirse al Poder Ejecutivo, para que éste dé conocimiento de su iniciación a los Estados interesados en el juicio".

Otra aplicación del principio universal, consagrada ésta en el código penal, es la del art. 50, 2º párrafo: "La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición". No obstante, al ocuparnos de la reincidencia, veremos que no faltan consideraciones que puedan abonar que esta disposición no necesariamente es una consecuencia del principio universal.

Una cuestión eminentemente propia del derecho internacional es la atinente a la extradición, como también la que incumbe al asilo [252], si bien suele ser tratado por los penalistas, al igual que los temas a los que nos hemos referido antes. Debido a esta pertenencia a otra disciplina, entendemos que no nos corresponde ocuparnos aquí de ellas, salvo en lo que respecta a un concepto que debe ser proporcionado por nuestra ciencia y que el derecho internacional debe receptar al tratar de estas instituciones que le son propias: nos referimos al concepto de *delito político* y, por consiguiente, al de *delincuente político*, que hace que no opere a su respecto la extradición y que le ampare el asilo.

[250] "Art. 13: Los delitos considerados de piratería por el Derecho Internacional Público, quedarán sujetos a la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes" (V. ZUCCHERINO, RICARDO M., *Los tratados de Montevideo*, La Plata, 1973).

[251] Las convenciones que lo establecen se han multiplicado en nuestro siglo (V. FIERRO, GUILLERMO J., pp. 165 y ss.).

[252] Sobre ellas, FIERRO, GUILLERMO J., pp. 221-338 y 339-375 respectivamente, y bibliografía allí indicada.

Hemos visto que a los efectos constitucionales (art. 18), el delito político se conceptúa subjetivamente y también que por efecto de la convención internacional sobre genocidio, el mismo queda excluido de los beneficios del "delito político".

A este respecto existe una cuestión que entendemos no merece ser considerada *in extenso*, por ser meramente teórica: si por disposición constitucional, a los efectos del art. 18 el delito político se define subjetivamente, no cabe duda que a ese efecto el genocidio puede ser un delito político. Como consecuencia, el genocidio, en el caso de responder a móviles políticos, no podría ser penado con la muerte en nuestro sistema, sin que esta prohibición la pudiese derogar la convención internacional, toda vez que la misma no tiene jerarquía normativa capaz de derogar la Constitución en esta parte. De toda forma, entendemos que la convención se refiere exclusivamente a los privilegios del asilo y de la no extradibilidad y no a los del derecho público interno de cada país. La cuestión es hoy prácticamente teórica, puesto que entendemos que la llamada "pena de muerte" es, en cualquier caso inconstitucional, por implicar en la actualidad una forma de "tormento", lo que quita contenido al planteamiento [252 bis].

Nos resta averiguar si hay una forma diferente de conceptuar al delito político, no ya a los fines del derecho público interno, sino a los del derecho internacional, para negar la extradición o conceder el asilo.

Dicho en otras palabras, se plantea la cuestión de dos posibles conceptos de "delito político": uno definido subjetivamente (por la motivación) para los efectos del derecho público interno, y otro definido de otra manera, para los efectos internacionales. Adelantando nuestra conclusión, negamos esta diversidad de conceptos de delito político, entendiendo que para ambos debe ser conceptuado en forma subjetiva, esto es, por la motivación.

A falta de una ley internacional clara al respecto, se ha sostenido doctrinariamente tanto el criterio "subjetivo" como "objetivo" para calificar de "político" a un delito [253].

Como un criterio objetivo se ha pretendido distinguir entre el delito "político" y el delito "social" [254]. El crimen "social" se revelaría fundamental-

252 bis V. *infra*, § 593.

253 MARIANO RUIZ FUNES, en un minucioso análisis, clasifica como objetivas las teorías de HAUS, THIRY, CHAVEAU-HÉLIE, BUCCELLATI, ARABIA, BARSENTI, NAPODANO, CONTI, PUGLIA, José A. MARTÍNEZ, CENICEROS y GARRIDO; y como subjetivas las de LOMBROSO, LASCHI, SIGHELE, CARELLI, ANGIOLELLA, FLORIÁN, FERRI, PAOLI, POZZOLINI, VIDAL, GARRAUD, JIMÉNEZ DE ASÚA, CUELLO CALÓN, GÓMEZ (*Evolución del delito político*, México, 1944, pp. 51 y ss.).

254 Así, NUVOLONE, PIETRO, *Motivo politico e motivo sociale*, en "Trent'anni ...", Padova, 1969, 607 y ss.

mente contra la estructura económica de la sociedad, según lo conceptúa Aníbal Bruno, quien critica acervamente esta distinción [255], coincidiendo con Quintano Ripollés en que el crimen social es un crimen político [256]. Creemos que todas las tentativas de distinguir entre "delito político" y "delito social" son formas que pretenden limitar el delito político a la mera posición de opositor partidario, y excluir de su ámbito al que pretende cualquier cambio al *statu quo*. Frente a la gravedad y verdadero horror de ciertas formas de delincuencia política contemporánea, se suele caer en una distinción grotesca, que pretende eliminar toda la consideración que nuestra tradición jurídica sostiene respecto del delincuente político, que es frecuentemente el héroe del día siguiente. Le asiste toda la razón a Millán cuando recuerda que, según Manzini, con estas distinciones se mandaría crucificar nuevamente a Cristo [257].

Entendemos que aquí, al igual que en el derecho público interno, no resta otra alternativa que el criterio subjetivo. Nos fundamos para ello en que es inadmisible que la ventaja acordada internacionalmente al delincuente político pueda serle acordada al mercenario y al que sólo actúa movido por intereses pecuniarios, como el vendedor o traficante de armas. El concepto, a los efectos internacionales, en tanto no se encuentre limitado por los tratados internacionales, no puede ser otro que un criterio que se atenga a la motivación y, por ende, a la culpabilidad. Esto no significa que todo delincuente político tenga que ser necesariamente un "autor por conciencia", es decir, alguien que haya sentido la necesidad de experimentar el hecho como un deber de conciencia, bastando, en lugar, que haya obedecido a una clara motivación política, a un apuntar a la estructura de poder del Estado.

Es verdad que la delincuencia política en nuestros días asume formas en las que frecuentemente se hace necesario hallar un límite distinto del subjetivo al delito político, pero lo cierto es que este límite no ha sido hallado. Ante esta carencia de criterio objetivo el criterio subjetivo es el único que puede regir, puesto que no existe ningún otro que pueda resultar satisfactorio.

Uno de los problemas más candentes y sin solución hasta el momento es la caracterización internacional del "terrorismo", como forma delictiva que quedaría excluída del beneficio internacional del delito político, prestándose los gobiernos la cooperación internacional en su represión. No obstante, hasta el momento los resultados logrados en América no son satisfactorios. La convención firmada por los países miembros de la OEA en 1971, es algo suma-

255 BRUNO, ANÍBAL, *Direito Penal, Parte Geral*, R. de Janeiro, 1967, II, 226.

256 QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *El delito político y la política*, en "Rev. de D. Penal", Bs. As., 1951, nº 3, p. 271.

257 Cfr. MILLÁN, ALBERTO S., *Amnistía penal*, Bs. As., 1958, p. 52.

mente híbrido, pues si bien considera delitos comunes de trascendencia internacional el homicidio, los secuestros y otros delitos conexos cometidos contra personas a quienes los Estados tienen especial deber de protección conforme al derecho internacional, dejan a salvo el derecho de asilo, con lo que prácticamente se neutralizan sus consecuencias.

La distinción entre delito político y común, apuntando a que tiene carácter "político" cuando se orienta hacia posiciones "progresistas" y "no político" cuando se orienta hacia posiciones regresivas, que fue enunciada por Jiménez de Asúa[258], además de antojadiza y arbitraria, no resiste el menor análisis. No se trata de penar al "retrógrado", sino de deslindar una forma de delincuencia que no puede merecer el tratamiento preferencial de "política", de otra que es digna del mismo, y para ello no puede tomarse en cuenta la ideología, porque el papel de la misma en la delincuencia más grave suele ser secundario. Olscher destaca acertadamente que la ideología no cumple un papel decisivo en el terror, recordando con ejemplos concretos, los muchos casos de extremistas de "izquierda" que pertenecieron a grupos de "derecha"[259].

A esta falta de solución racional al problema de una delimitación objetiva, y pese a que la misma se impone cada día con mayor urgencia, no resta otra alternativa, al menos de momento, que la de afirmar la unidad del concepto del delito político —a los fines públicos internos e internacionales— dado por la motivación y, por ende, por la culpabilidad.

II - RELACIONES Y DELIMITACIONES DEL DERECHO PENAL RESPECTO DE DISCIPLINAS NO JURÍDICAS

42 Las ciencias de la conducta. Suelen llamarse "ciencias o disciplina de la conducta" a las que estudian la conducta humana y tratan de explicarla. En tanto que las ciencias de la conducta tratan de explicar aspectos parciales del ser de la conducta humana, la ciencia jurídico-penal intenta individualizar las conductas desvaloradas por el derecho.

Estas ciencias de la conducta son, fundamentalmente, la biología, la psicología y la sociología. La trayectoria cultural de estas ciencias es árdua, aunque en el caso de las dos últimas sea también relativamente corta. Se trata de ciencias tan apegadas al ser del hombre, que padecen la distorsión proveniente de la extrema cercanía de su objeto de conocimiento y que no pueden menos que nacer

258 JIMÉNEZ DE ASÚA, *El asesinato de Matteotti*, en la "Rev. Bras. de Est. Penales", 1937. Se adhiere a ella PÉREZ, LUIS CARLOS, *Tratado de derecho penal*, Bogotá, 1967, I, 415.

259 OLSCHER, WERNER, *Recht und Strafe*, Wien, 1976, 433-4.

sujetas a crisis espectaculares y frecuentes, e incluso a ser permanentemente cuestionadas como ciencias.

Del contacto de estas ciencias con el derecho penal han surgido luces y sombras en forma vertiginosa y, por supuesto, no agotada en la actualidad. Podemos decir que si bien los contactos entre la ciencia del derecho penal y las de la conducta son insoslayables para cualquier estudioso, factores de carácter emocional han conspirado contra un adecuado tratamiento de los mismos y contra una acertada cooperación interdisciplinaria.

Los hombres que más frecuentemente han demandado estos contactos, perdieron muy a menudo la medida de los mismos y culminaron en una reducción inadmisible del derecho a una ciencia de la conducta, que generó una opuesta y también inadmisible reacción de encastillamiento segador de cualquier avance necesariamente interdisciplinario. Ninguna ciencia del hombre puede andar sola y, en consecuencia, tampoco la del derecho penal.

El estado emocional generado por las distorsiones no ha cesado, aunque hoy podemos caer en la cuenta de que se trata de una actitud inmadura. Frente a las construcciones teóricas del derecho penal, suele alzarse una práctica —particularmente penitenciaria y policial, e incluso también judicial— que choca frontalmente con los principios jurídicos. La literatura se ocupa sobradamente de destacarlo, de modo que no tenemos necesidad de insistir en ello aquí. La distancia se ahonda cuando se instituyen legalmente sanciones diferenciadas y presupuestariamente impracticables. Esta realidad genera una actitud agresiva y de desprecio por lo dogmático, que puede llevar a confiar ilimitadamente en las ciencias de la conducta, particularmente a quienes no las conocen.

A comienzos del siglo pasado, con respecto a la sociedad en general, Charles Fourier expresaba incomparablemente este estado emocional: "Entro en la biblioteca de París, inmenso tesoro de filosofía, admiro las galerías de 400.000 tomos, donde se indican todas las rutas de la sabiduría, de la verdad y del enriquecimiento de las naciones; al salir de las salas sólo veo mendigos importunando a los transeúntes, sólo veo comerciantes engañando, robando, a cual más, veo dentro de suntuosos carruajes a los hombres que han expoliado al Estado y veo a mujeres dichas virtuosas que a cada palabra que pronuncian dicen una mentira; en fin, no veo sino un orden de cosas en el que cada detalle cubre de ridículo a nuestros perfectibilizadores y sus cuatrocientos mil volúmenes" [260].

En los contactos del derecho penal con las ciencias de las conductas, pese a que las actitudes inmaduras hicieron que frecuentemente fuesen de preferencia choques que contactos, algunos fue-

260 FOURIER, *La armonía pasional del nuevo mundo*, Madrid, 1973, p. 288.

ron más mesurados y, por ende, productivos. En ese juego violento de sombras y luces se fue perfilando una silueta, que más o menos aproximativamente está dada por la aplicación de estas ciencias al estudio de las conductas delictivas y de sus autores. Fue así que surgió la *criminología*. No pudo menos que ponerse en tela de juicio su carácter de ciencia, discutiéndose aún si es ciencia o hipótesis de trabajo[261]; no pudo huir a la lucha de tendencias biologizantes y sociologizantes; no pudo impedir que se contaminase del causalismo fisicalista mecánico que dominó al positivismo; nó pudo evitar la invasión de apresurados y los ataques de los juristas que reaccionaban contra los extremismos de éstos. Pese a todo, allí está y ninguna política penal racional puede ignorarla como condición para el logro de sus objetivos.

El enorme desarrollo alcanzado hoy por la criminología nos impide siquiera referir aquí los principales puntos de su temática, como tampoco agotar sus posibles relaciones con el derecho penal. De cualquier manera, insistimos en nuestro punto de vista acerca de que *su carácter científico autónomo es una discusión que carece de importancia práctica, pues, sea o no ciencia autónoma, sus conocimientos son científicos*[262]. Cuando estamos frente a un orden de conocimientos, poco importa que se trate de *una* ciencia, cuando lo importante es que *sea ciencia*.

En cuanto a lo que aquí nos ocupa, es decir, a sus relaciones con el derecho penal[263], mencionaremos tres momentos en que éstas tienen lugar preferencial, que se refieren a la determinación del objeto de estudio de la criminología, a la consideración de la conducta humana y a la crítica criminológica al derecho positivo.

α) *Relación con el derecho penal en cuanto a la determinación de su objeto.* Se dijo que "la criminología tiene por objeto el estudio de los fenómenos reales del delito, mientras que la ciencia del derecho penal se ocupa del delito en sentido jurídico, es decir, de sus elementos normativos (los presupuestos y el contenido de la

261 Sobre distintas definiciones tradicionales de la criminología, PELÁEZ, MICHELÁNGELO, *Introducción al estudio de la criminología*, Bs. As., 1966 (trad. de M. de Rivacoba), pp. 11 y 20; en nuestro medio se muestra decidido partidario de la "hipótesis de trabajo" SOLER, T. I.

262 V. ZAFFARONI, en "Diario Jurídico", Bogotá, 1966.

263 Sobre ello, NÚÑEZ BARBERO, RUPERTO, *Relaciones del derecho penal con la criminología*, en NPP, abril-junio 1975, pp. 207 y ss.

pretensión punitiva estatal)[264]. Ahora bien: si es verdad que para la criminología tradicional su estudio lo delimitaba en general el derecho penal, también es cierto que para los criminólogos de todos los tiempos esto resultó siempre molesto y han intentado diversas vías para escapar a este "encerramiento jurídico", que no se compagina bien con la naturaleza de sus estudios.

Si bien la criminología —dejando de lado sus antecedentes remotos[265]— se sistematiza con el positivismo y busca por esta vía un delito "natural"[266], luego se abandona esta corriente, cuando cunde su desprestigio filosófico y, por ende, sus cultores van juridizando su objeto. Así, Exner afirma que la "biología criminal se ocupa únicamente de los hechos que en el estado actual de nuestra cultura se consideran como delitos"[267], pero inmediatamente advierte que "no se trata tampoco de sucumbir frente a un positivismo formal jurídico, que desvaloraría siempre los resultados de la investigación"[268]. No obstante, más aferrado al concepto jurídico que otros, Exner no incluyó en el campo de la criminología las lamadas conductas "sociopatológicas", es decir, las "conductas peligrosas que no son delito". Para algunos, las conductas patológicas no pertenecen al campo de la criminología[269] para otros son los delitos leves y los de "creación política" los que quedan fuera de su objeto, como opina Hurwitz, quien concluye afirmando que "no sólo puede resultar aconsejable el excluir ciertos tipos de conducta criminal de la esfera de investigación de la criminología general, particularmente con objeto de limitarla a delitos más graves, sino también el incluir tipos criminológicos de conducta, no considerarlos como punibles, así como grupos de personas que se hallan al margen de la jurisdicción del derecho penal, siempre y cuando estas investigaciones sean de interés criminológico"[270]. Se busca un componente ético-social para circunscribir la conducta delictiva en el plano del objeto criminológico, como parece hacerlo el mismo Hurwitz, lo cual tiene el inconveniente de dejar fuera los delitos que cometen aquellos que pertenecen a

264 SEELIG, ERNST, *Tratado de criminología*, trad. de J. M. Rodríguez Devesa, Madrid, 1958, p. 7.

265 Sobre ellos, QUIROZ CUARÓN, ALFONSO, *Evolución de la Criminología*, en DPC, nº 3, 1965; NICEFORO, ALFREDO, *Criminología*, trad. de Constancia Bernaldo de Quirós, Puebla, México, 1954, I, 14 y ss.; BERNALDO DE QUIRÓS, CONSTANCIO, *Las nuevas teorías de la Criminalidad*, Madrid, 1908, pp. 16-22.

266 Sobre su historia, NICEFORO, op. cit.

267 EXNER, FRANZ, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, trad. de Juan del Rosal, Barcelona, 1957, p. 21.

268 Idem, p. 22.

269 GEMELLI, AGOSTINO, *A proposito di dinamica del delitto*, en "Rev. di Diritto Penale", 1955, p. 240.

270 HURWITZ, STEPHAN, *Criminología*, trad. de F. Haro García, Barcelona, 1956, p. 33; en igual sentido SUTHERLAND, *Principles of Criminology*, N. York, 1947, p. 24.

un grupo social en que esa conducta no es criminal[271]. De cualquier manera, tiende a predominar en la tesis tradicional el acento sobre el punto de vista normativo[272], aunque no con total acuerdo acerca del grado de acatamiento al mismo.

En la actualidad, la criminología de tendencia interaccionista —y más aún la de tendencia crítica— cuestiona acertadamente esta forma de delimitación y puede afirmarse que hace objeto de estudio de la criminología todas las conductas que dan lugar a que haya delito como fenómeno social, que no se agotan en la conducta del delincuente, sino en la de todos los que participan del sistema penal y de las diversas formas de control social de la conducta. Desde este punto de vista critica las tesis tradicionales y "sospecha" de "ideológica" a toda tendencia clínica.

β) *Relación del derecho penal y la criminología en cuanto al concepto de conducta humana.* Durante muchos años apareció la criminología enfrentada al derecho penal, pues, en tanto que ésta se preocupaba de las "causas" de la conducta criminal, el derecho penal —entendido como derecho penal de culpabilidad— funda su reproche en el ámbito de libertad del autor. Ello era consecuencia necesaria de la partida de nacimiento positivista de la criminología como conocimiento sistemático. Esta aparente antinomia ha desaparecido en las modernas corrientes criminológicas, que renuncian a hablar de "causas de la conducta humana", con lo que se compatibilizan ambos conceptos, sin que el derecho penal se maneje con una imagen del hombre y la criminología con otra y sin que una ciencia humana desvirtúe los conceptos de otra.

La antigua posición (o profesión de fe) determinista llevó a que se hablase de la criminología como de la ciencia "causal-explicativa del delito", por oposición al derecho penal, como disciplina normativa. En la actualidad, los criminólogos parecen haber abandonado estos conceptos. Así, Hilde Kaufmann se refiere a "relaciones de dependencia original del delito"[273], lo que

271 DE GREEF, ETIENNE, *Ames criminelles*, París, 1949.

272 Así, MANNHEIM, H., *Comparative Criminology, A Text Book*, London, 1965, p. 22; SAUER, WILHELM, *Kriminologie als reine und angewandt Wissenschaft*, Berlín, 1950, p. 1; MIDDENDORF, W., *Soziologie des Verbrechens*, Düseldorf u. Köln, 1959, p. 17 (hay trad. castellana); GÖPPINGER, HANS, *Kriminologie, Eine Einführung*, München, 1971, p. 4 (hay trad. castellana).

273 HILDE KAUFMANN usa la expresión "Enstehungszusammenhänge", que traducimos aproximadamente de esta forma, aunque no es del todo correcta —o al menos no estamos seguros de que lo sea—, pues quizá daría mejor idea la expresión "génesis contextuales" ("Entstehung" es "origen", "génesis", y "Zusamenhang" es "dependencia" o "contexto").

explica del siguiente modo: "Ante todo, este cambio de expresión señalará que, después de los primitivos bríos pletóricos de optimismo de la investigación criminológica, alrededor de un siglo de trabajo científico ha mitigado continuamente este optimismo y ha mostrado la extraordinaria complejidad del problema de las causas, complejidad tal que no sólo impide reducir las causas del delito a una fórmula simple, porque cada personalidad de autor individual se distingue en cierto grado de las otras, sino que, además, ni una sola vez, en relación a un autor individual, permite respuestas claras y simples a la cuestión de las causas, sino que, por el contrario, conduce a una complicada maraña de factores para el hecho, que sólo se conoce parcialmente" [274].

Es justo consignar que la oposición entre el derecho penal "indeterminista" y criminología "determinista" se vio favorecida por las corrientes penales que sin mayor análisis pasaron por alto que la autonomía de la voluntad del hombre siempre se da en una circunstancia. La filosofía de nuestro siglo ha puesto el acento en esto, y con ello ha vuelto al derecho penal a sus fueros.

y) *Relaciones críticas de la criminología con el derecho penal.* Las relaciones del derecho penal con la criminología se han vuelto complejas también por problemas propios de la criminología. Nosotros creemos que la criminología se ocupa del estudio bio-psico-social del delito, y dentro de las ciencias que convergen en ella se han dado escuelas y cambios de posición tan grandes como en la nuestra, o quizá mayores.

Cabe consignar que se habla de biología criminal, psicología criminal y sociología criminal. Para nosotros éstas no son ciencias, sino aportes que hace cada una de estas ciencias de la conducta al esclarecimiento de la conducta criminal, y su conjunto armónico y sistemático es la criminología. Algunos autores hablan también de "antropología criminal" [275]. La voz "antropología" puede designar cosas muy diferentes. Aplicada aquí a lo nuestro, puede ser entendida como una ciencia general de la conducta humana y, por ende, sintética de las otras tres, con lo cual, "antropología criminal" sería sinónimo de criminología. En otro sentido, la "antropología criminal" puede entenderse como sinónimo de la "antropología física" y ser un capítulo de la biología criminal. Por último, puede referirse a la llamada "antropología cultural" que, en último análisis, no se diferencia de la sociología [276].

La filosofía no sólo impacta al derecho, sino que contribuye a quebrar los horizontes de proyección de casi todas las ciencias y, particularmente, de las humanas. Las ciencias que convergen

274 KAUFMANN, HILDE, *Kriminologie, Entstehungzusammenhänge des Verbrechens*, Stuttgart, 1971, p. 15.

275 Así, la famosa obra del gran BENIGNO DI TULLIO, *Tratado de Antropología Criminal*, Bs. As., 1950.

276 Cfr. PIAGET, en PIAGET y otros, op. cit., Madrid, 1978, p. 48.

en la criminología han ido recibiendo estos tremendos impactos y superando las crisis.

Basta pensar en las diferentes corrientes de la psicología, que van desde el "conductismo" [277] y la reflexología hasta las tendencias neo-culturalistas, en que encuadra la mayor parte del psicoanálisis [278]. Algo parecido sucede en el campo de la sociología, desde su nacimiento como disciplina sistemática, unida al positivismo con Comte, y luego con el positivismo evolucionista de Spencer, hasta las actuales teorías macro-sociológicas y la crítica sociológica [279]. La teoría crítica no podía dejar de impactar a la criminología y, particularmente a la anglosajona, que siempre fue de tendencia sociológica, aunque de esta problemática nos ocuparemos seguidamente.

La sociología vive hoy el gran debate entre quienes le asignan una función de conocimiento y quienes sostienen que debe señalar y ser factor del cambio social [280]. Si comparamos este debate con la rotunda afirmación de Ernst Seelig referida al objeto de la criminología, cuando defin'a a ésta como "la teoría de las formas reales de comisión del delito y de la lucha contra el delito" [281], veremos el abismo que separa estas posiciones.

Desde el punto de vista crítico, la criminología contemporánea no puede dejar de hacer una crítica a la legislación penal y tampoco puede evitar convertirse en una crítica social. Tales son las hipótesis de trabajo que se plantea la "new Criminology" inglesa, cuya consideración excede el marco de esta obra.

La llamada "nueva criminología" y también "criminología crítica" —aunque algunos señalan diferencias entre ambas— es un movimiento europeo y norteamericano fuertemente influído por la llamada "crítica de la sociedad". En Estados Unidos está representado por la *Unión of Radical Criminologists*, y en Europa por el *European Group for the Study for Deviance and Social Control y por el Arbeitskreis Jungen Kriminologen.*

277 V. WATSON, J. B., *El conductismo*, Bs. As., 1947.

278 Una panorámica muy general en: MIRA y LÓPEZ, EMILIO, *Doctrinas psicoanalíticas. Exposición y valoración crítica*, Bs. As., 1963; MUELLER, F. L., *La psicología contemporánea*, México, 1965; BLEGER, JOSÉ, *Psicología de la conducta*, Bs. As., 1963; GEMELLI, A.-ZUNINI, G., *Introducción a la psicología*, Barcelona, 1953, pp. 13-140.

279 Un panorama de la evolución en TIMASHEFF, NICHOLAS S., *Sociological Theory, Its Nature and Growth*, New York, 1961 (hay trad. castellana, México, 1965).

280 Sobre ello. SCHÄFERS, BERNHARD, *Crítica de la sociología*, trad. de M. Mascialino, Caracas, 1969.

281 SEELIG, op. cit., p. 17.

La criminología crítica refleja en este campo lo que la sociología crítica hizo en el suyo [282]. Por consiguiente, esta tendencia habla de una "criminología comprometida" y critica toda pretensión de "imparcialidad científica". "Toda imparcialidad es artificial —dice uno de sus autores—. El hombre es siempre partidario y hace bien en serlo. La misma imparcialidad es partidaria. Se trata del partido de los imparciales" [283].

El *Grupo europeo* expresa en su "Manifiesto" que "el compromiso es con un programa teórico y práctico que generalmente se preocupa por relacionar los sistemas de dominación y control con las estructuras de producción y de división del trabajo". Más abiertamente, suele hablarse también de una criminología "comprometida" con la abolición de "las desigualdades en la riqueza y en el poder" [284].

"El punto crítico se dirige sustancialmente al cambio del objeto de la criminología, en particular contra la limitación a la investigación de la personalidad del autor y, además, contra el supuesto consenso social sobre normas y valores y contra la función de legitimación científica" [285].

Como el objeto de la investigación criminológica pasa a ser todo el sistema penal de control de conducta, este movimiento se erige en una crítica social a través de la criminología, provocando una aguda crisis epistemológica de la misma [286].

282 Sobre el planteamiento en el campo sociológico, SCHÄFERS, op. cit.

283 BECKER, H. S., cit. por GÜNTHER KAISER, *Was ist eigentlich kritisch an der "kritischen Kriminologie"?*, en "Fest. f. Richard Lange", Berlín, 1976, pp. 521-539 (533).

284 TAYLOR, I.-WALTON, P.-YOUNG, J., *Critical Criminology*, London, 1975, p. 44.

285 KAISER, GÜNTHER, op. cit., p. 525.

286 Como bibliografía más importante puede considerarse la siguiente: TAYLOR-WALTON-YOUNG, op. cit.; COHEN, STANLEY-TAYLOR, LAURIE, *Psychological Survey; The Experience of Long-Term Imprisonment*, London, 1972; TAYLOR-WALTON-YOUNG, *The New Criminology*, London, 1974; GORDON, DAVID, *Class and the economics of crime*, en "Review of Radical Political Economics", 3, nº 3 (1971); en castellano: PLATT, TONY, *Proposiciones para una criminología crítica en los Estados Unidos*; QUINNEY, RICHARD, *Una filosofía crítica del orden legal*; STAPLES, ROBERT, *El racismo blanco, el delito negro y la justicia norteamericana: una aplicación del modelo colonial para explicar el delito y la raza*; COHEN, STANLEY, *Un escenario futurista para el sistema penitenciario*, todos en "Capítulo Criminológico", Universidad de Zulia, Maracaibo, 1975; DEL OLMO, ROSA, *Estigmatización y conducta desviada, Criminología: textos para su estudio*, Maracaibo, 1974; *Ruptura criminológica*, Caracas, 1979; BERISTAIN, ANTONIO, *La delincuencia e inadaptación juvenil ante algunos criminólogos críticos y algunos moralistas postconciliares*, separata de "Documentación Jurídica", nº 11, 1976; KAUFMANN, HILDE, *¿La criminología como crítica social?*, en NPP, nº 1, 1973; BERGALLI, ROBERTO, *El "Labeling-approach" como nuevo enfoque criminológico*, en "Rev. Mex. de Criminología", nº 1, dic. 1976; en la misma, ROSA DEL OLMO, *El Grupo Europeo para el estudio de la desviación y el control social* (pp. 133 y ss.); GOFFMAN, ERVING, *Estigma* (trad. portug.), R. de Janeiro, 1978; del mismo, *Manicómios, prisoes e conventos*, R. de J., 1978; ARBITSKREIS JUNGER KRIMINOLOGEN, *Kritische Kriminologie*, München, 1974; *Kriminalsoziologische Bibliografie* (cuadernos del Ludwig Boltzmann Institut f. Kriminalsoziologie); una bibliografía más amplia en Beristain, *Crisis del derecho represivo*, pp. 255-262.

Brevemente, podemos decir que, dejando de lado ciertos excesos que son puramente políticos y que no pueden ser tomados seriamente en cuenta, este movimiento traduce un estado de ánimo saludable, porque *enfrenta al criminólogo con el más serio problema que se le plantea al penalista: la búsqueda de una guía político-penal.*

El movimiento que comentamos representa una crisis de la criminología que fue preparada durante años por los estudios criminológicos de vertientes sociológica, particularmente nórdicos [287] y por el impacto de la filosofía existencial en la criminología, receptada en Holanda por la llamada "escuela de Utrecht" [288], no pudiéndose ignorar tampoco la influencia de la anti-psiquiatría y de algunos autores italianos [289], y si bien ahora sus conclusiones suelen parecer apresuradas o improvisadas, suponemos que, como en todo movimiento científico, habrá de producirse una depuración por decantación. De hecho, la extensión de su estudio a expensas de la sociología jurídica y la búsqueda de un concepto "material de delito" que aspira a cumplir una función de política jurídica [290], les otorga una clara orientación jusnaturalista, que si bien se depurará de los ineludibles componentes ideológicos que hoy arrastra, le enfrentará con el más central de los problemas que en último análisis debe enfrentar la ciencia penal, habiendo logrado por lo pronto que se conmoviera la cómoda posición positivista que parecía enseñorearse de la criminología.

No podemos cerrar la consideración de las relaciones de la criminología con el derecho penal sin señalar que, a causa de los tres contactos que hemos mencionado, ambas disciplinas no pueden ignorarse, sin que ninguna pretenda por ello "tragarse" a la otra [291]. Por un lado, la criminología recibe del derecho penal, si no la limitación de su objeto, al menos cierta indicación, y a cambio de ello, éste recepta de aquélla la crítica a esta indicación y a la señalización de las relaciones de las conductas delictivas con otros fenómenos individuales y sociales. Cuando hacemos dogmática sin encastillarnos en la posición filosófica idealista (ni tampoco en el realismo ingenuo), no podemos ignorar que el orden jurídico no

287 V. "Scandinavian Studies in Criminology".

288 Para una panorámica general de estos antecedentes, ROSA DEL OLMO, op. cit. en "Rev. Mex. de Crim.".

289 V. BASAGLIA, FRANCO-BASAGLIA ONGARO, FRANCA, *La institución en la picota*, Bs. As., 1974.

290 Cfr. KAISER, GÜNTHER, op. cit., p. 538.

291 Ello obedece a que no hay jerarquía entre las ciencias del hombre (cfr. PIAGET, op. cit., p. 43). La afirmación de que "la criminología se tragará al derecho penal", fue de JIMÉNEZ DE ASÚA, y refleja sólo un momento de extremo optimismo positivista. El mismo autor cambió de idea en sus últimos años (sobre ello, RODRÍGUEZ MÉNDEZ, LIDIA S., en la "Rev. del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires", La Plata, 1972, nros. 1-2). Muchos años antes Soler había dicho que esa afirmación no es legítima ni en el campo de la utopía (*¿Qué queda del positivismo en el derecho penal?*, en "Rev. de D. Penal", Bs. As., 1930, 3, p. 271).

es el único, sino que hay otros órdenes que debemos respetar en nuestras construcciones. Acerca de esos órdenes, en gran parte, nos informa la criminología, y debemos receptar esa información, no sólo en la tarea de *lege ferenda*, sino también en la dogmática, so pena de hacer construcciones que no sean la interpretación del orden jurídico reveladora de su voluntad, sino de la voluntad de un orate delirante que ignora las relaciones del mundo en que vive. Esto no implica ningún sociologismo apresurado, y trataremos de demostrarlo en el curso de nuestro desarrollo.

Hemos dicho ya que la criminología contemporánea ha alcanzado un extraordinario desarrollo científico [292] al que no ha permanecido ajeno nuestro país [293], en el que el interés que han despertado estos temas en los últimos

[292] La bibliografía criminológica en general es inabarcable en la actualidad. Para la más importante puede verse la citada por GÖPPINGER, HANS, op. cit., pp. 413-454; en otras lenguas y con indicación de traducciones, PELÁEZ, MICHELÁNGELO, op. cit. La bibliografía original en nuestra lengua es también considerable, pudiendo citarse entre las más importante: BERNALDO DE QUIROZ, CONSTANCIO, *Las nuevas teorías de la criminalidad*, Madrid, 1898; del mismo, *Cursillo de Criminología y derecho penal*. Sto. Domingo, 1940; INGENIEROS, JOSÉ, *Criminología*, Bs. As., 1919; SALDAÑA, QUINTILIANO, *Los orígenes de la criminología*, Madrid, 1914; OXIAMENDI, RICARDO A., *Criminología*, La Habana, 1938; MORALES COELLO, J., *Nociones de antropología jurídica. Criminología*, La Habana, 1942; APARICIO, ELÍAS, *Criminología*, Lima, 1945; QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *La criminología en la literatura universal*, Barcelona, 1950 (2ª ed. en Bs. As., edit. de la Policía Federal); MENDOZA, JOSÉ RAFAEL, *Curso de Criminología*, Madrid, 1956; GÓMEZ GRILLO, ELIO, *Criminología*, Caracas, 1966; CAJÍAS KAUFMANN, HUÁSCAR, *Criminología*, La Paz, 1964; LÓPEZ-REY, MANUEL, *Criminología*, Madrid, 1975; HERRERA FIGUEROA, MIGUEL, *Criminología y psicología*, Bs. As, 1966; DRAPKIN, ISRAEL, *Manual de Criminología*, Sgo. de Chile, 1949 (S. Paulo, 1978); PÉREZ, *Criminología, La nueva concepción naturalista del delito*, Bogotá, 1950; BERGALLI, ROBERTO, *Criminología en América Latina*, Bs. As., 1972; RENGEL, JORGE HUGO, *Criminología*, Loja, 1961; ARGIBAY MOLINA - BEIDERMAN - IRURZUN - MORAS MOM - NEUMAN, *Problemas actuales de la criminología argentina*, Bs. As., 1970; CIAFARDO, ROBERTO, *Criminología*, Bs. As., 1963; SOLIZ QUIROGA, HÉCTOR, *Introducción a la sociología criminal*, México, 1962; GUTIÉRREZ BAZALDÚA, ENRIQUE, *Apuntes de Criminología*, México, 1967; QUIROZ CUARÓN, ALFONSO, *La criminalidad en la República Mexicana*, México, 1958; KLIMPEL, FELICITAS, *La mujer, el delito y la sociedad*, Bs. As., 1946; ZAPATA CESTI, VÍCTOR, *La delincuencia en el Perú*, Lima. s.f.; ROSA DEL OLMO, *Estudio Criminológico de los delitos de tránsito*, Caracas, 1976; etc. En distintas publicaciones periódicas hay importantes trabajos, como los de OSCAR C. BLARDUNI, PLÁCIDO HORAS, BERNARDO BEIDERMAN, HÉCTOR NIEVES, FRANCISCO CENESTRI, LOLA ANIYAR DE CASTRO, etc. Estas publicaciones son varias, siendo la más importante: "Capítulo Criminológico" (Univ. de Zulia, Venezuela), la "Revista Mexicana de Criminología" (Academia Mexicana de Criminología), "Criminalia" (Academia Mexicana de Ciencias Penales), etc.

[293] V. BLARDUNI, OSCAR C., *La investigación criminológica en la Argentina*, en "Revista del Col. de Abogados de La Plata", año XII, nº 25, julio-diciembre de 1970, pp. 279-300. Entre otros se han realizado congresos en Mendoza (1969,

años parece anunciar un gran auge de los estudios criminológicos. No obstante, bueno es apuntar que a la criminología argentina le falta aún su gran sistematizador.

Por último, cabe señalar que en los últimos años se ha producido un gran desarrollo de la llamada "victimología", que en general es la expresión científica del presupuesto de una tipificación criminológica de los sujetos pasivos, sin perjuicio de la complejidad de la delimitación del propio concepto actual de víctima [293 bis].

43. **Las "ciencias penales".** El derecho penal se vincula con otras muchas disciplinas a cuyo conjunto se denomina a veces de manera poco pacífica, al tiempo que se discute la autonomía de algunas de ellas. Dentro de este grupo de las más usualmente llamadas "ciencias penales" suele incluirse la psicología judicial, la criminalística, la medicina legal, la estadística criminal, la psiquiatría forense (que algunos consideran conjuntamente con la medicina legal), etc., a lo que otros autores añaden, a nuestro entender erróneamente, la historia penal, la filosofía penal y la política criminal. Por supuesto que en este grupo se incluye también a la criminología, lo que no impide que algunos autores la traten por separado Cuando se incluye en este cuadro al derecho penal, se le asignan al conjunto las más variadas —y a veces increíblemente erróneas— denominaciones: "enciclopedia penal", "enciclopedia criminológica", "cuadro de las disciplinas criminológicas", "ciencia general de la criminalidad", "criminología", "ciencia general del derecho penal", "ciencia penal general", etc. [294]. Cuando se excluye del cuadro al derecho penal, se pretende que las restantes son ciencias "auxiliares", lo que carece de mayor sentido, porque desde el punto de vista de cada una de ellas, lo "auxiliar" puede ser el propio derecho penal.

A nuestro juicio, el cuadro de las ciencias penales, si no pretendemos originalidad ni "invención" de ciencias, queda establecido de la siguiente manera:

---

muy importante); en la Univ. del Museo Social Argentino (seminarios de 1970, 1971 y 1972); San Luis, 1971 y 1974, etc.

293 bis BERISTAIN, V., op. cit., p. 171; NEUMAN, ELÍAS, en "Nueva Vida", Córdoba, setiembre de 1978, nº 19, pp. 5 y ss.

294 Sobre estas denominaciones, PORTE PETIT, op. cit., p. 33. Un complicado cuadro de las ciencias penales en el trabajo póstumo de LADISLAO THOT, *Síntesis de las ciencias penales*, en Rev. Penal y Penit., I, 1936, 5 y ss.

- CIENCIAS PENALES
  - NORMATIVAS
    - Derecho penal (ordinario y especial).
    - Derecho procesal penal.
    - Derecho penal ejecutivo.
  - NO NORMATIVAS
    - Criminología
      - Biología.
      - Psicología
      - Sociología.

      } criminal
    - Medicina legal [295].
    - Psiquiatría forense.
    - Criminalística [296].
    - Psicología y sociología judicial y procesal [297].

Todas ellas se vinculan necesariamente con la filosofía, la historia y la política.

Queda hecha la advertencia de que la inclusión en este cuadro no implica dar por aceptada la autonomía de cada una de ellas. Así, no creemos que la psicología judicial, por ejemplo, sea una ciencia distinta de la psicología general, ni la sociología procesal, algo diferente de la sociología general, sino aplicaciones de las mismas.

En cuanto a las relaciones con la historia —que es el aspecto que nos queda por considerar— la misma, aplicada a nuestras ciencias, puede dar la historia de la legislación penal, la historia de las ideas penales, las historias de las ciencias en particuar (lo que, por otra parte, es un capítulo de la historia general de la ciencia) y la historia del delito, rama que está cobrando importancia en la investigación criminológica.

295 Las obras más difundidas de autores nacionales son las de NERIO ROJAS (*Medicina Legal*, Bs. As., 1959) y la de EMILIO F. P. BONNET (*Medicina Legal*, Bs. As., 1967). Cabe advertir que en Latinoamérica frecuentemente han sido juristas quienes se han dedicado también a esta especialidad (por ejemplo, COUSIÑO MACIVER, LUIS, *Manual de Medicina Legal*, Sgo. de Chile, 1974). Sobre temas especializados, ECHAZU, DARDO, *Investigación de la muerte*, Bs. As., 1973.

296 V. en nuestro país: ALBARRACÍN, ROBERTO, *Manual de Criminalística*, Bs. As., 1971; con gran información sobre los orígenes de la materia, THOT, LADISLAO, *Criminalística*, La Plata, 1934 (nº 30 a 35 de la "Rev. de Ident. y Cs. Penales"). El sistematizador de la misma conocido como prácticamente el primero, fue HANS GROSS, DE GRAZ: *Manual del Juez para uso de los jueces de instrucción y municipales, jefes políticos, alcaldes, escribanos, oficiales, agentes de policía, etc.*, trad. de Máximo de Arredondo, México, 1901 (1900 en la portada, dos volúmenes).

297 La más conocida obra en la materia escrita en castellano es la de EMILIO MIRA Y LÓPEZ, *Manual de psicología jurídica*, Bs. As., 1961. En cuanto a la sociología procesal penal, nuestras reflexiones —que hoy consideramos bastante pobres— en *Sociología procesal penal*, México, 1969.

En el campo de las ciencias penales se han popularizado complejas clasificaciones de las mismas, que parten de las de Liszt y Ferri. Este último autor llamaba "sociología criminal" a la ciencia general del delito, dentro de la que reconocía una división del trabajo, en la que al derecho penal le correspondía una parte, "El estudio tecnicamente jurídico del delito, de la pena y del juicio (derecho y procedimiento penales) no es, sino una rama de la ciencia criminal y se limita precisamente al estudio de los ordenamientos jurídicos de la represión, que se expresan con el nombre de 'justicia penal' y que son sólo una parte de la defensa social contra la criminalidad, como suprema e inmanente función del Estado" [298]. Hoy nadie suscribe esta opinión pretendidamente enciclopédica que abarca una supuesta "ciencia" sin método ni objeto único.

[298] FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 79.

Capítulo IV

EL MÉTODO DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL

I. — El método de la ciencia jurídica y del derecho penal: 44. La dogmática jurídica. 45. Exposición de nuestro punto de vista. 46. Dogmática y positivismo (origen positivista del método). 47. Dogmática y jurisprudencia de conceptos. 48. Función de la dogmática. - II. — Dogmática, realismo social y «lege ferenda»: 49. Dogmática y realismo social. 50. Dogmática y *lege ferenda*. 51 Dogmática e ideología. 52. Las objeciones a la cientificidad del método dogmático. 53. El método comparativo en derecho penal. 54. Importancia de los antecedentes legislativos en la construcción dogmática. III. — Principios a los que debe ajustarse toda tentativa de comprensión de la ley penal: 55. Planteamiento general. 56. Proscripción de la analogía. 57. La comprensión restrictiva (el *in dubio pro reo*). 58 El principio de intrascendencia de la pena.

El camino verdadero pasa por una cuerda, que no está tendida en alto sino en el suelo. Parece dispuesta más para hacer tropezar que para que se la recorra.

Kafka, *Consideraciones*, 1.

I. — EL MÉTODO DE LA CIENCIA JURÍDICA Y DEL DERECHO PENAL

44. **La dogmática jurídica.** El derecho penal, como ciencia, es una ciencia jurídica; luego, su método no puede ser otro que el que corresponde a la ciencia del derecho. A su respecto se plantean, pues, los mismos problemas metodológicos que afectan a cualquier rama de las ciencias jurídicas.

Salvo las tendencias "sociologistas" o del "realismo jurídico", ya ha pasado la época en que se elaboraban las construcciones de la ciencia jurídico-penal en abstracto, esto es, sobre un ordenamiento "ideal", tal como lo concebían algunos autores racionalistas, y también aquella otra en que se caía en una reducción sociológica del derecho penal, tal como lo pretendían los llamados "positivistas" [1]. También ha quedado aún más atrás, la pretensión de reducir el método científico a un puro análisis de la letra de la ley, al estilo de la vieja exégesis francesa, posterior al código Napoleón. El método del derecho penal es el que predomina en la ciencia jurídica en general, esto es, el llamado *método dogmático*, con el cual nuestra disciplina ha alcanzado un enorme y fecundo desarrollo. Mucho más atrás aún ha quedado la pretensión de que la ley no debe ser interpretada, que es francamente ridícula, como expresión de un autoritarismo petulante. "Aún cuando quien la aplica no quisiese interpretar la ley, lo estaría haciendo, como Monsieur Jourdain, de la pieza de Molière, que hacía prosa sin saberlo" [2].

Si bien podemos remitir a las usuales "metodologías del derecho" [3] o a los textos corrientes de "introducción al derecho", lo cierto es que no siempre queda claro en qué consiste o qué entendemos por método *dogmático* o "dogmática jurídica", por lo cual se impone hacer unas reflexiones acerca de ella y precisar nuestro entendimiento de la cuestión. La consideración de este tema nos conduce a calar en uno de los núcleos problemáticos harto debatidos y engorrosos, como que configura la médula interrogativa del campo jurídico, cuyo acabado planteamiento, huelga apuntar que excede los límites temáticos que nos hemos impuesto. Queda pues aclarado que no es nuestro propósito presentar un planteo metodológico completo, sino brindar unas notas sintéticas —y unas pocas reflexiones análogas— de lo que consideramos necesario expresar para posibilitar el entendimiento del camino que seguimos para el desarrollo ulterior.

45. **Exposición de nuestro punto de vista.** a') *La ciencia del derecho.* Hay un orden de conocimientos científicos siempre que construimos o nos hallamos con un sistema de proposiciones u oraciones que admiten el predicado de verdaderas o falsas.

1 V. *infra*, § 147.

2 SALGADO MARTINS, p. 98.

3 V. en castellano, BIELSA, RAFAEL, *Metodología jurídica*; HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Metodología de la Ciencia del Derecho*; LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de Gimbernat Ordeig.

Para establecer si el derecho es una ciencia se hace necesario aclarar *qué se entiende por derecho.* Si por derecho entendemos la actividad legislativa (el establecimiento de imperativos por medio de leyes en sentido material), sólo será ciencia el estudio que al respecto se haga desde el punto de vista sociológico (qué grupo los impone, a quiénes conviene, etc.). En este sentido (proyectar ley, sea proyectando efectivamente el texto o criticando el mismo desde el ángulo de las conveniencias sociales) el derecho no es ciencia, sin perjuicio de que la crítica pueda ser científica (es decir, verificables las proposiciones en que se funda, pero pertenecientes a otras ciencias) o filosófica (el sometimiento a crítica desde un enfoque antropológico).

En un segundo sentido, el derecho puede ser *el estudio del producto de la actividad legislativa con el objeto de lograr su adecuada y segura aplicación.* En este sentido, el derecho es una ciencia, porque *tiene carácter cognoscitivo* y las proposiciones que a partir del estudio de su objeto se formulen pueden ser calificadas de verdaderas o falsas.

En el primer sentido, con "derecho" se designa un conjunto de proposiciones valorativas —juicios subjetivos de valor— que no admiten ser calificadas como verdaderas o falsas. Aquí no se pueden establecer valores de verdad o falsedad, porque los valores se traducen en imperativos y "un imperativo es un expresión lingüística a la que no puede aplicarse la clasificación verdadero-falso" [4]. Los enunciados de valor no tienen carácter científico, precisamente porque no son verificables [5]. Por supuesto que debe quedar claro que estamos hablando al puro nivel científico, sin perjuicio de todo lo que oportunamente expondremos a nivel ontológico, cuando nos ocupemos de la relación del derecho penal con la filosofía.

En el plano puramente científico no se puede afirmar que "no matarás" sea verdadero o falso, pero en la ciencia del derecho (jurisprudencia en sentido amplio) se puede afirmar que es verdadera la proposición siguiente: "la ley mosaica ordena no matar". Igualmente, son verificables las proposiciones sobre el alcance de los imperativos establecida mediante lógica, en una construcción que tiene en cuenta la totalidad de ellos y que elimina la contradicción aparente entre los mismos imperativos y entre el orden jurídico y otros órdenes de la realidad.

4 REICHENBACH, HANS, *La filosofía científica*, México, 1967, p. 289.
5 CARNAP, RUDOLF, *Filosofía y sintaxis lógica*, México, 1963, p. 15.

La circunstancia de que una ciencia verifique la existencia de valoraciones dadas y precise su alcance, no autoriza a que se la llame "ciencia valorativa", expresión que denota una *contradictio in terminis*, porque la actividad valorativa misma nunca puede ser científica, debido a su inverificabilidad.

Quien pretenda que el derecho es una "ciencia valorativa", o bien niega al derecho su carácter científico, o bien, también debe calificar así a la sociología y a la antropología, pues éstas también estudian valores socialmente dados, pero no nos dicen lo que es "bueno" o "malo" (al igual que la ciencia del derecho), sino lo que un grupo, en un tiempo y espacio determinado, considera "bueno" o "malo". Igualmente, la ciencia del derecho penal no "inventa" ni "crea" al delito, sino que desentraña lo que la ley considera delito.

La ciencia del derecho (o jurisprudencia en sentido amplio) tiene por objeto "proyectar jurisprudencia" (no "ley") (proyectar jurisprudencia técnica o jurisprudencia en sentido restringido) y para ello debe verificar la existencia y el alcance de los desvalores (juicio subjetivos de valor del legislador). Todo desvalor que no surja de la ley o al que la ley no remita, no es problema del científico del derecho como tal (ni del juez como sancionador de lo proyectado por el científico), sino del legislador: "La jurisprudencia sólo puede abstraer el elemento general, sacarle de donde lo encuentre, pero no crearle" [6]. Queda claro, repetimos, que esta reflexión tiene sentido cuando ya sabemos de qué se ocupa nuestra ciencia, y la delimitación de la misma nunca puede ser problema que incumba a la dogmática, que sólo es un método científico, sino a la previa y necesaria delimitación del objeto al que se aplicará el método. Esa será cuestión que el científico tendrá que resolver previamente, viéndoselas con la filosofía.

La ciencia del derecho penal no quiere explicar el delito en lo que de "ser" tiene como fenómeno social, pues esto es incumbencia de la criminología. La dogmática penal pretende, sin olvidar la realidad social que el derecho regula, hacer previsible la conducta del juez. La previsibilidad de la ajena conducta en las relaciones existenciales es la base de la segurida jurídica y el fin del derecho en general: el derecho tiene por fin hacer previsible que, en tal relación existencial, el "otro" no afectará mis bienes jurídicos.

La dogmática penal se pregunta cuándo hay delito, cuándo se debe aplicar pena y cuál debe ser la medida de la pena. Procura responderlo construyendo, con la ayuda de la lógica la idea del delito y la pena conforme

[6] JHERING, RUDOLF VON, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Madrid, 1891, T. III, nota en p. 28.

al derecho penal vigente. No se trata de un mero afán especulativo, sino que en esa tarea, el método para hallar las respuestas no puede jamás ignorar que el derecho penal es manifestación de una decisión política que elige una determinada regulación de conductas humanas en sociedad, es decir, en relaciones interpersonales. De allí que el método no pueda prescindir del objetivo último de la tarea, que no es otro que proveer al objetivo de seguridad jurídica, haciendo previsible la conducta del juez, con lo cual, el objetivo a que se aplicará el conocimiento que procura la ciencia jurídico-penal, mediante el análisis y la construcción dogmáticas, no sea otro que el fin mismo del derecho penal y del derecho en general.

Sabemos que el juzgador tiene un margen de discrecionalidad, pero el uso que del mismo debe hacer no puede convertirse en un "margen" de arbitrariedad, al menos en cualquier ordenamiento jurídico que se considere tal y que se apoye en el principio republicano de gobierno.

b') *El concepto científico-jurídico del delito.* Para estudiar jurídicamente al delito debe presuponerse que el delito es un "ente" jurídico. No puede ser otra la solución, pues, aunque sociológicamente el delito sea eventualmente la violación a una norma ética considerada de elemental cumplimiento por el grupo dominante al tiempo de la sanción legal, ningún mínimo ético es una norma jurídica si no se lo *institucionaliza* como tal.

Desde el ángulo de nuestra ciencia —o mejor dicho *en el campo visual de nuestra ciencia*— el delito no puede ser considerado de otra manera. Quien quiera considerarlo como algo diferente, estará haciendo alguna otra ciencia (ciencias de la conducta), o bien, meras proposiciones extra-científicas.

La expresión "ente jurídico" no implica que el delito sea una creación libre del derecho, sin contacto con ningún otro orden de las cosas, sino que *es una delimitación jurídica de un sector de la realidad.* Una "creación jurídica" sin contacto con la realidad no es un delito, sino un delirio.

El liberalismo, con el principio *nullum crimen sine lege*, pulió y precisó el concepto de delito como "ente" jurídico, pero no por ello lo creó. El delito considerado "ente" jurídico no es una "creación" liberal[7], sino un objeto de estudio de la ciencia jurídica que existe como tal antes de que existiera la ciencia jurídica (el conocimiento no crea el objeto), dicho esto sin perjuicio, naturalmente, de que pueda ser objeto de estudio de otras disciplinas. Para su existencia como tal "es indiferente, en principio, que la fijación de las conductas se realice en virtud de un sistema de definición judicial o por un catálogo legal exhaustivo"[8].

[7] Otra opinión, JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *La ley y el delito*, p. 202.

[8] GALLAS, W., *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, 1959, p. 30.

c') *La necesidad práctica de la construcción lógicamente completa (no contradictoria).* Cuando tomamos cualquier código penal del mundo, hallamos una cantidad de disposiciones de muy diversa índole, cuyo número, es altamente variable, tendiendo a reducirse en los textos más modernos. La imposibilidad de que el texto resuelva expresamente en su letra todos los posibles casos que se presenten es manifiesta. Esta imposibilidad está históricamente demostrada (ni los viejos textos casuistas ni el sistema del precedente jurisprudencial —*common Law*— lo logran). Frente a esta imposibilidad, la única solución es inferir las soluciones conforme a una serie de principios generales —conceptos— que se construyen a partir del texto.

Aunque los ejemplos huelgan —y por si alguien quiere ahorrarse la molestia de leer el texto de este trabajo— dado que muy frecuentemente se cuestiona la utilidad del método dogmático, en una suerte de infantilismo jurídico, plantearemos algunos interrogantes: 1) el inc. 1º de nuestro art. 34 declara "no punible" al que actué en "ignorancia de hecho no imputable"; por ende, cuando la ignorancia es "imputable" el autor es "punible". Pero el código no nos dice nada acerca de si debe ser "punible" como autor de un delito doloso o como autor de un delito culposo. 2) El mismo artículo declara "no punible" al que actúa en "cumplimiento del deber", pero la mera expresión "no punible" no nos dice si su conducta es conforme al derecho o contraria a él, o sólo "no punible". ¿Cuál es la situación del partícipe? ¿Corresponde reparación del daño? ¿Es posible defenderse legítimamente contra ella? 3) El alienado mental tampoco es "punible", pero ¿es igual su situación a la del que se defiende legítimamente? ¿El partícipe es "punible" en ambos casos? ¿Corresponde reparar el daño en ambos supuestos? ¿Es igualmente posible la legítima defensa?

Los ejemplos y los interrogantes son pedestres, pero son suficientemente demostrativos de que las soluciones sólo se hallan cuando se hacen jugar de modo no contradictorio todas las disposiciones y de su *análisis, simplificación* y *reconstrucción* surgen los conceptos de dolo, culpa, antijuridicidad, culpabilidad, etc.

d') *El método científico (dogmático).* Frente a un conjunto de disposiciones legales el jurista se encuentra en la misma situación que el físico: debe tomar los datos, *analizarlos (dogmas)*, establecer las similitudes y diferencias y *reducir* lo que opera igual bajo una apariencia pre-analítica de diversidad. Luego, debe elaborar una teoría (*construcción*) en que cada uno de ellos encuentre su ubicación y explicación. Por último, debe plantearse hipótesis a efectos de verificar si esta teoría funciona de acuerdo a la totalidad, si no hay elementos que no hallan explicación adecuada, o sea, si alguna parte "del todo" la contradice (en otras palabras: la teoría —construc-

ción— no puede estar en contradicción con los textos legales). Este es el proceso de *verificación*. Por supuesto que la construcción no puede estar tampoco en contradicción consigo misma (requiere ser lógicamente completa). En síntesis, el *jurista debe elaborar un sistema no contradictorio de proposiciones, cuyo valor de verdad sea verdadero.*

En la construcción dogmática se emplea el razonamiento lógico, que tradicionalmente utiliza las formas heredadas de la lógica aristotélica y escolástica, en que se incluyen los argumentos analógicos —en la medida en que lo tolera el derecho penal—, llamados *argumentum a simile*, y los argumentos a contrario (*argumentum a contrario*), como también el *argumentum a maiore ad minus*, del que se desprende el *argumentum a fortiori* y el *argumentum ad absurdum* [9].

e') *Dogmática y verificación.* Las leyes y los elementos que desprendemos de su adecuado análisis son los "hechos" del mundo jurídico. Así, como en la física la materia es una construcción —porque lo que nos es dado no es la "materia" en sí misma, sino una cantidad de hechos "compresentes"— lo mismo sucede en el derecho con la ley: tenemos una cantidad de disposiciones compresentes. Éstas requieren ser elaboradas en un sistema de proposiciones universales que, además de ser válidas —de tener sentido— deben ser verificadas (*establecer su valor de verdad: verdaderas o falsas*).

Las disposiciones legales las conocemos mediante los sentidos y de ellas —con el método expuesto— inferimos las proposiciones universales, pero luego debemos verificar si no hay contradicción entre estas proposiciones universales y las disposiciones legales.

Sin pretender una profesión de fe fisicalista, es dable observar que el proceso metódico es similar al de la física: de los hechos probados se infieren las proposiciones universales, pero si un solo hecho contradice a las mismas, éstas son falsas.

No debe confundirse "verificación" con "experimentación", lo que lleva a graves distorsiones cuando se pretende que las únicas ciencias son las llamada "experimentales". En todas las ciencias del hombre las dificultades se concretan en, torno a problemas de método, pues "las interacciones entre sujetos y objetos propias de esta disciplina, hacen particularmente difícil la experimentación, en el sentido en que es practicada en la ciencia de la naturaleza" [10]. Pero no por ello debe exluirse su carácter científico. Recordemos

9 Cfr. JESCHECK, 119; sobre la lógica jurídica en la interpretación en general: KLUG, ULCICH, *Juristische Logik*, Berlín, 1966 (sobre el *argumentum a simile*, pp. 97 y ss.; sobre el arg. *a contrario sensu*, 124 y ss.).

10 PIAGET, en Piaget y otros, *Tendencias de la investigación en las ciencias sociales*, Madrid, 1973, p. 77.

que la astronomía nos da un ejemplo de "gran precisión científica sin experimentación científica, dentro de la escala considerada", y tampoco en geología es posible la experimentación, pero no por ello podemos considerar que las ciencias del hombre se hallen en un estado "de inferioridad sistemática" [11].

Tampoco debe confundirse la verificación con el carácter inductivo de la ciencia. La inducción y la experimentación han surgido después de la deducción en la ciencia en general y en las ciencias particulares [12] y, además, en la actualidad, entre inducción y deducción no se encuentra la infranqueable barrera que antes se solía colocar, reconociéndose que el carácter inductivo o deductivo del método de cualquier ciencia es una mera cuestión de grado [13].

Pese a que con la verificación obtenemos la respuesta de que una proposición es verdadera, en ésta como en cualquier otra ciencia, nunca obtendremos un grado de certeza absoluto sobre la verdad de los enunciados. *Podemos* obtener un grado de certeza absoluto sobre el valor de verdad "falso", pero jamás en cuanto al valor de verdad "verdadero". Así, por ejemplo, podemos construir el principio de culpabilidad con un determinado enunciado, verificando en todos los casos que se nos ocurren o pretenden que no hay contradicción con los otros elementos del sistema. No obstante que nuestra certeza sobre su verdad sea cada vez mayor —en razón directa al número de ocasiones en que lo sometemos a verificación— no por ello dejará de ser un *cálculo de probabilidades*: ignoramos si dentro de un instante no se nos ocurrirá o presentará un caso en que el principio así enunciado entre en contradicción con el funcionamiento de alguna disposición, lo que haría necesaria la formulación de una nueva proposición universal, porque basta con hallar un solo supuesto en que la proposición universal no opere, para que, al resultar falsa ella, también caiga el valor de verdad "verdadero" de todo el sistema de proposiciones universales.

Cuanto mayor sea el número de observaciones que confirmen el valor de verdad "verdadero" de la proposición de validez universal, menor será la probabilidad de que la proposición resulte falsa. Las sucesivas verificaciones nos irán proporcionando un grado cada vez mayor de certeza, pero la certeza absoluta la obtendríamos en el infinito. Por ende, el valor de verdad de una construcción dogmática será siempre un cálculo de probabilidades.

11 Idem, pp. 78-79 y 80.

12 Idem, p. 63.

13 Cfr. PELÁEZ, MICHELÁNGELO, *Introducción al estudio de la Criminología*, trad. de M. de Rivacoba y Rivacoba, Bs. As., 1966, p. 90.

En una construcción dogmática —que es un sistema de proposiciones— cuando una proposición resulta falsa, se nos derrumbará todo el sistema, porque se trata de un grupo de juicios que se sostienen mútuamente, y "lo extraordinario es que por grande que pueda ser el grupo y por grande que sea el sustento que entre sí se presten los juicios, todo el grupo está, por así llamarlo, suspendido en el aire" [14]. En cuanto una de esas proposiciones caiga en valor de verdad "falso", lo será todo el sistema, y nada hay más anticientífico en la ciencia jurídica que negar el dato que revela la falsedad de la construcción, lo que frecuentemente se hace por vía de crítica legal. Esta conducta equivale a la del físico que, cuando observa el fenómeno que derriba su sistema, en lugar de construir otro, prefiere afirmar que es el universo lo que está mal construido [15]. Cabe considerar que no se está planteando aquí el problema de lo que del conjunto de las leyes se ha dicho previamente que no es derecho. El método dogmático se aplica sobre lo que ya se ha afirmado que entra dentro del horizonte de proyección de nuestra ciencia, y la delimitación del mismo, por ende, es una cuestión anterior. La crítica que comentamos se dirige a aquellos que, sin excluir la disposición del concepto de derecho, es decir, sin excluirla de la materia a la que hay que aplicar el método, resuelven luego dejarla de lado, por considerarla errónea.

En este sentido, la dogmática debe partir de la presuposición de que el orden jurídico no puede ser irreductiblemente contradictorio en forma que no admita una explicación coherente, lo que en modo alguno es una característica de la ciencia jurídica, sino de cualquier ciencia. Este punto de partida entraña, en nuestra ciencia, un peligro del que debemos ser conscientes, a efectos de evitarlo. Todas nuestras sociedades contemporáneas desarrolladas tratan de enmascarar sus contradicciones con un manto de racionalidad, y la ciencia del derecho penal puede contribuir frecuentemente a fortalecer esta apariencia. No obstante, si trabajamos alertados, podemos llegar a neutralizar este peligro en cierta medida. Para ello será menester no caer en un "discurso cerrado", modelo del cual, en derecho penal, son conceptos que denotan contradicciones irreductibles (o vaguedades que las encubren), como por ejemplo, la afirmación de que la medida de seguridad se impone en beneficio del sometido, con olvido de la pesadísima limitación a los bienes jurídicos de éste que ella implica; las detestables racionalizaciones que encubren avances autoritarios del poder administrador; las argumentaciones "prácticas" y "peligrosistas" sin base teórica o científica; las vaguedades en que se han convertido conceptos tales como "dañosidad social", "alarma social", etc.

14 PRICE, H. H., *Truth and corregibility*, Oxford University Press, 1936, p. 19.

15 Queda fuera de este planteo el supuesto en que la disposición legal es irreductiblemente contradictoria, pues en tal caso no tendrá validez.

Estos elementos "cierran el discurso", en el sentido de que impiden o cortan la comunicación. Se traducen en una ritualización autoritaria del mismo [16], convirtiéndose en un "hablar por hablar". Contra estos elementos autoritarios del discurso debemos estar alertas para no encubrir con una apariencia de racionalidad, lo que no tiene racionalidad alguna. De estas formas de discurso "cerrado" nos percatamos más fácilmente cuando nos hallamos frente a un texto jurídico extraño a nosotros, como algunos textos soviéticos o de la *Kielerschule*, pero con los nuestros es con los que debemos ser más cuidadosos, porque es donde más fácilmente podemos caer en la trampa del discurso cerrado.

Por otra parte, la premisa de que se parte puede llevarnos insensiblemente al idealismo, afirmando que ese sistema no contradictorio es "real" por "racional", lo que implicaría la confusión de diferentes planos de "no contradicción": la falta de contradicción entre las normas no implica que no haya una contradicción entre lo que el sistema estima como necesario para la realización del hombre y lo que histórico-culturalmente "se" considere necesario. El grado de esta segunda contradicción estará en relación inversa con la fundamentación antropológica del derecho penal y será un problema de efectividad del mismo y, por ende, de teoría penal.

f') *¿Hay una sola construcción dogmática válida y verdadera?* Una teoría conocida en lógica con la denominación de "teoría de la coherencia", pretende que sólo podemos tener un sistema coherente de proposiciones *y sólo uno*. Conforme a la "teoría de la coherencia", cuando enunciamos un sistema de proposiciones, o bien es el único totalmente coherente, o bien contiene alguna contradicción que todavía no hemos descubierto.

Cuanto mayor es el número de proposiciones de validez universal de un sistema, mayor es la posibilidad de contradicción. Pese a esto, los partidarios de la teoría de la "coherencia" nunca la han fundado acabadamente y, por ello, está hoy casi abandonada, incluso por sus sostenedores de otrora. Hoy se acepta que "por muchas proposiciones empíricas que logremos combinar en un sistema aparentemente autoconsistente, siempre podremos construir un sistema libre de contradicciones y que, sin embargo, sea incompatible con el primero [17].

46. **Dogmática y positivismo (origen positivista del método).** Conforme a lo expuesto, cabe preguntarse si el método dogmático es un método que responde por entero al positivismo jurídico, o sea que este método implica que la ciencia jurídica acepta una total omnipotencia legislativa, quedando por entero en manos del legislador

16 MARCUSE, *El hombre unidimensional*, p. 131.
17 PRICE, loc. cit.

la selección de los valores y desvalores, de los objetos, etc. Veremos luego que no es así, pero, ninguna duda cabe que el método dogmático nació unido al positivismo jurídico.

El verdadero creador del método dogmático fue Rudolf von Jhering (1818-1892)[18]. Es incuestionable que Jhering era, al tiempo de la enunciación del método, un positivista jurídico, que luego evoluciona hacia el positivismo naturalista, relegando a una función cada vez más secundaria el método dogmático, en una evidente inclinación hacia el sociologismo[19], siendo el más duro crítico de sus primitivas teorías. No exentos de contradicciones, como resultado del andar del positivismo jurídico al naturalista, están muchos puntos de vista de su autor, y no es difícil percibir similares inconsecuencias en von Liszt, siendo incuestionable que hay una *línea Jhering —Adolf Merkel— Franz von Liszt*.

Esto no significa, claro está, que Jhering sea el "inventor" de lo racional y constructivo en la ciencia del derecho. No puede ignorarse que hay construcciones racionales desde que hay "partes generales" y, como tales, pueden enunciarse las de Feuerbach, Carmignani y Carrara, por mentar las más conocidas. No obstante, no se trataba de "dogmática jurídico-penal" en sentido estricto, ya que ésta se apoya en un texto legal y aquéllas construcciones se referían a sistemas generales e ideales.

De cualquier manera, lo que es necesario destacar suficientemente es que el origen del método no tiene por qué condicionar al objeto a que se aplica: es el objeto que condiciona al método, pero no a la inversa. Por consiguiente, el método dogmático es independiente de la limitación de la actividad legislativa (el dilema o pseudo dilema "jusnaturalismo-juspositivismo"): la dogmática es un método, o sea, que hace al *conocimiento*, en tanto que lo segundo es una cuestión que se limita al *objeto del conocimiento*, y toda vez que —conforme a nuestro punto de partida— *el objeto es anterior al conocimiento* (y éste no lo modifica ni crea), *el problema de la limitación o ilimitación de la actividad legislativa es un problema que debe ser resuelto antes de la aplicación de la dogmática, porque hace a la delimitación del objeto de conocimiento a que ésta se aplica.*

18 V. JHERING, *Espíritu*, cit. (*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1883); del mismo, *La dogmática jurídica*, Bs. As., 1946. También PASINI, DINO, *Ensayo sobre Jehring*, Bs. As., 1962, p. 264, nota 7.

19 JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884. Sobre JHERING y su evolución, PASINI, op. cit., y bibliografía indicada al final del volumen (pp. 403-413). La más completa información sobre JHERING en castellano, con bibliografía y trabajos originales y ya publicados, *Jhering y la lucha por el derecho*, edición dirigida por Agustín Squella, Revista de Ciencias Sociales, Fac. de Ciencias Jurídicas, Económicas y Soc., Univ. de Chile, Valparaíso, junio de 1977.

47. **Dogmática y jurisprudencia de conceptos.** Hemos dicho que fue Jhering quien emprendió con mordacidad el ataque contra la "jurisprudencia de conceptos" (*Begriffsjurisprudenz*) para cargar el acento sobre el *fin* [20], expresión que entendió de modo diverso y confuso [21], y que se considera el antecedente de la llamada "jurisprudencia de intereses" de Rümelin y Heck [22].

En verdad, este debate en teoría del delito encuentra su síntesis hace ya muchos años, con Franz von Liszt. *Lo teleológico en la teoría del delito se toma en cuenta con el bien jurídico.* "Con el bien jurídico el pensamiento del fin hace su entrada en el ámbito de la teoría jurídica, comienza la consideración teleológica del derecho y encuentra su fin la lógica-formal" [23]. De esto se derivarán importantes consecuencias, de las que nos ocuparemos luego.

No obstante, cabe tener presente que lo teleológico —aquel concepto— de fin definido un tanto confusamente por Jhering, constituye en la teoría jurídica del delito, un arma con dos filos. En tanto penetre como bien jurídico, tal como Liszt lo destacara con singular acierto, servirá para hacer que la función comparativa de la abstracta descripción de lo prohibido con las conductas concretas, deje fuera de la materia de prohibición lo que la ley no desvalora porque no afecta al objeto que la norma tutela. En este sentido, el elemento teleológico vitaliza la construcción dogmática, y sólo puede restringir la prohibición a sus límites reales. Pero el entusiasmo teleológico puede revertir el argumento y exceder el límite del dispositivo individualizador, para llevar el fin más allá de la "prohibición formal" (como se suele decir despectivamente). Esta "reversión del argumento teleológico" o esta senda del pensamiento teleológico, ha sido ya transitada y constituye un eficaz medio para sembrar la mayor de las inseguridades jurídicas y neutralizar la finalidad práctica de la dogmática.

48. **Función de la dogmática.** En tanto que la dogmática se entienda en un sentido puramente positivista, constituye un método que sin lugar a dudas puede calificarse de conformista y hasta reaccionario, como el positivismo en general. De ello se ha percatado la ciencia jurídica hace tiempo.

El mismo Jhering lo advierte cuando reacciona contra sus primitivas concepciones, hasta el punto de que se hallan algunas coincidencias entre sus elaboraciones posteriores y Marx [24]. Sobre este peligro Welzel se expresa muy claramente, lamentando que en Alemania se mire la disciplina jurídica del derecho penal como *l'art pour l'art* y que se olvide la función de la dogmática [25].

20 JHERING, *Der Zweck im Recht*, Göttingen, 1887.

21 WOLF, ERIK, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1951, pp. 616 a 659 (se reproduce traducido por Antonio Truyol Serra en pp. 121 a 168 de *Jhering y la lucha por el derecho*, cit.).

22 Así, RECASENS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1963, I, 268 y ss.

23 LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze*, I, 223; Welzel, *Zur Dogmatik im Strafrecht*, en "Fest. f. Maurach", Karlsruhe, 1972, p. 5.

24 Sobre ello, PASINI, op. cit., 91-2.

25 WELZEL, op. et loc. cit.

En tanto que la dogmática sea un método puesto al servicio del positivismo jurídico, seguirá el destino de su amo. En tanto que el jurista dogmático olvide cuál es su función, renuncie al contenido teleológico (bien jurídico) que con el método se halla en la teoría del delito, su elaboración quedará retrotraída a la vieja *Begriffsjurisprudenz* y contribuirá al desprestigio científico del derecho; su elaboración será *l'art pour l'art*; tendrán razón sus críticos. No obstante, esto no es problema del método mismo, sino resultado de su imperfecta aplicación. "Método" significa "camino", "vía" hacia algo, y no es propiamente un método el que emplea quien ignora adónde va. *Aclarada que sea la finalidad que persigue la dogmática, estos peligros quedan automáticamente neutralizados.*

La dogmática jurídico-penal "establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del derecho penal segura y previsible y lo sustrae de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación" [26].

La dogmática penal ha proporcionado un sistema de proposiciones conforme al cual pueden resolverse de manera lógica y no arbitraria las situaciones que se plantean, como también ha precisado límites de prohibición y de punición en general. Sin una construcción dogmática, sería prácticamente imprevisible la aplicación del derecho penal. La interpretación aislada de preceptos posibilita cualquier solución, hasta la más absurda.

Para establecer los límites de lo prohibido, debe saberse para qué se prohíbe, porque el orden jurídico no prohíbe porque sí, sino porque quiere tutelar ciertos intereses jurídicos (*bienes jurídicos*), sancionando su afectación (lesión o puesta en peligro). De allí la importante tarea que representa el esclarecimiento de los bienes jurídicos tutelados en cada tipo para establecer el alcance de la prohibición. De allí que no haya sido gratuito el empalidecimiento y la negación del concepto de bien jurídico por la escuela de Kiel [27] y por cualquier tendencia irracionalista. *Toda tendencia a la consagración de lo arbitrario tiende a rechazar la dogmática penal,*

26 GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, en ZStW, 82, p. 405. WELZEL (op. et loc. cit.) considera deplorable que un español deba recordar la función de la dogmática en Alemania. Sobre la función de la dogmática penal es muy claro QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1946, I, 26 y ss.

27 Esta coincidencia la destaca atinadamente WELZEL, op. cit., p. 6.

a efectuar construcciones confusas, o a disimular sus resultados (límites) con nebulosidades encubiertas de caparazón dogmática [28].

II. — DOGMÁTICA, REALISMO SOCIAL Y "LEGE FERENDA"

49. Dogmática y realismo social. En toda época de cambio social acelerado suele la ciencia jurídica sufrir embates más o menos violentos, y particularmente sensibles a los mismos resultan las construcciones dogmáticas. Los ataques a las construcciones suelen traducirse en embates al método mismo, e invariablemente se invoca un "realismo social" al que la construcción dogmática permanecería ajena o, al menos se le pretendería imputar su ajenidad.

En la elaboración científica del derecho hay dos posiciones extremas: a) pretender hacer dogmática encerrado con un código en una celda monacal y llegar a imaginarse que incluso se hace fuera de tiempo y de espacio; b) pretender reducir el derecho penal a la consideración de sus efectos sociales (reducción sociológica). Ambas posiciones extremas son por igual nocivas y destructivas para nuestra ciencia.

En todo esto se esconde una tremenda confusión de conceptos. *La construcción dogmática no persigue más que hacer segura para el individuo la aplicación del derecho en un estado de derecho.* Las valoraciones en que se funda la prohibición son por lo general indiferentes a la misma, ya que como veremos en los capítulos siguientes, es imposible negar el relativismo valorativo, aunque eso no implica la caída en un positivismo jurídico trasnochado (de allí que digamos "por lo general").

De cualquier manera, *la construcción dogmática del concepto del delito, como la del concepto de pena, no permanecen extrañas a la realidad social* [29]. En principio, la ley penal *remite a veces expresamente* a pautas socio-culturales de conducta. Otras veces, la determinación de los límites de lo punible no puede hacerse sin acudir a ellas, aunque la ley no lo diga expresamente: son éstas remisiones tácitas que se derivan de la imposibilidad legal de determinarlos en todos los casos (el límite de la culpa, por ejemplo).

28 En tanto que la escuela de KIEL negó todo concepto analítico, MEZGER sostenía una teoría analítica en la que sus límites se desdibujaban en lo más importante: los límites entre lo prohibido y lo no prohibido.

29 Una tentativa de apertura metodológica hacia el realismo en BRINGEWAT, PETER, *Funktionales Denken im Strafrecht*, Berlín, 1974.

No obstante, es incuestionable que las valoraciones jurídicas pueden diferir de las pautas o valores sociales, en forma muy amplia, hasta el punto de hallarse encontrados. Generalmente, en tales supuestos extremos, el Estado deja de ser Estado de derecho y ya no tiene caso la ciencia jurídica (ni las construcciones dogmáticas), porque deja de haber derecho: es imposible cualquier construcción no contradictoria de la arbitrariedad y no hay posibilidad alguna de elaborar una teoría de la pura fuerza. Como veremos, la contradicción irreductible en la ley implica la carencia de validez (la no contradicción del derecho es un requisito de validez del mismo). Llegados a este extremo, ya es absurdo embatir al método dogmático, porque éste es el método de la ciencia jurídica, del derecho como ciencia, pero ya no hay derecho y tampoco podrá haber ciencia del derecho: *se estará en una situación de guerra ante la desaparición del derecho, reemplazado por la mera fuerza.* En otras palabras, es el caos.

La separación de los valores jurídicos y sociales es problema que le incumbe al legislador (grupo de poder dominante). De él será la responsabilidad y sobre él caerán las nefastas consecuencias de la desaparición del derecho. Llegada la consecuencia, en tal situación límite, a la ciencia del derecho no le resta más que comprobar que éste ha desaparecido y que se ha quedado sin objeto.

De toda forma, la dogmática es un método para la interpretación del derecho[30], que es un ente que tiene un objetivo *universal*: la evitación de la guerra civil, de la guerra de todos contra todos, del caos. Además, todo orden jurídico concreto junto con ese objetivo universal, tiene un cierto *sentido político. El objetivo universal con ese sentido político, necesariamente debe realizarse socialmente.* Siendo ello así, al dogmático no puede pasarle por alto que el entendimiento que le da a un precepto determinado, referido a una realidad social, puede contribuir a evitar la guerra civil, en tanto que referido a otra, puede contribuir a provocarla.

Así, por ejemplo, las mayores facultades del juez penal tendrán un efecto benéfico donde la independencia del Poder Judicial sea una realidad, y tendrán efectos deletéreos donde los jueces sean los escribas del régimen de turno.

La remisión a pautas ético-sociales podrá ser benéfica en una sociedad pluralista y con movilidad vertical, pero será desastrosa en

30 No coincidimos a este respecto con MUSSOTTO, quien considera que la ciencia del derecho penal abarca la interpretación, la dogmática y la crítica, con lo que considera a la interpretación como un paso anterior a la dogmática (MUSSOTTO, GIOVANNI, *Corso*, Palermo, 1960, pp. 16-17).

una sociedad fuertemente estratificada y oligárquica, en que el juez responda sólo a las pautas del estrato dominante [31].

50. **Dogmática y "lege ferenda".** La dogmática jurídica es elaboración técnica de jurisprudencia; el jurista dogmático "proyecta" jurisprudencia. En consecuencia, la dogmática se limita a un texto legal dado, "revelado". De allí el sentido *gráfico* de la voz "dogmática" (la calificación de "gráfico" debe distinguirse del sentido "emocional" de Karnap).

Cabe a esta altura un interrogante: *¿Le está vedada al jurista la crítica de la ley?* Por supuesto que no, sino que en tal caso se trata de otro aspecto —no dogmático— del menester jurídico. Al tocar la ley, el jurista pasa a cumplir una tarea que no es científica —aunque su técnica— puesto que es auténticamente *valorativa*.

Dada su formación técnica, la función de proyectista de ley viene a ser cumplida por el jurista dogmático profundamente "cargada" de un "sentido dogmático". Se opera de este modo un fenómeno interesante: *el derecho —en sentido valorativo, o sea, al margen de la ciencia del derecho— tiene la posibilidad de elevar proposiciones a la categoría de hechos.*

En física no se opera el mismo fenómeno, pero, de cualquier manera, esta peculiaridad no es metodológica (toda vez que es un fenómeno extra-dogmático, extra-científico), sino que responde a la diversa naturaleza del objeto de conocimiento.

Mediante este epifenómeno dogmático, la ciencia jurídica contribuye a proporcionar a la ley una mayor racionalidad, que se traduce en textos legales facilitantes de construcciones dogmáticas o sistemas proposicionales no contradictorios. Es así que el método científico (jurisprudencial) tiene un efecto meta-científico (meta-jurisprudencial o meta-dogmático) en la elaboración de la ley. No obstante, insistimos en que éste es un epifenómeno del método científico, porque en terreno dogmático las normas son "hechos" y no "valoraciones".

Cuando las valoraciones jurídicas se van apartando de las pautas sociales —peligroso síntoma de la aproximación a una situación de guerra— *por lo general* no sólo se ataca a la dogmática, sino que

31 Una crítica atinada y prudente a la jurisprudencia de conceptos, de intereses y de valores, con una adecuada tentativa de apertura al realismo mediante la llamada "jurisprudencia de problemas", en POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *Metódica jurisprudencial en el derecho penal*, en "Documentación Jurídica", nº 14, abril-junio 1977.

se van evitando las consecuencias extra-dogmáticas, o sea, este epifenómeno dogmático: las reformas legales no se hacen cargadas de sentido dogmático, no son reformas que tienden a facilitar la construcción jurídica para llevar una mayor seguridad a la aplicación del derecho, a la elaboración de una jurisprudencia técnica, sino que son reformas inconsultas, circunstanciales, apresuradas, tendientes a "emparchar la ley", que dificultan la elaboración técnica, disminuyendo así la seguridad en la aplicación del derecho.

Por supuesto que, *de lege ferenda*, cabe preguntarse cómo pueden evitar apartarse las valoraciones jurídicas de las pautas sociales de conducta ante la tremenda complejidad de pautas que surge de la multiplicidad de intra-grupos y especializaciones en la sociedad contemporánea. La respuesta sólo puede consistir en afirmar que una sana política criminal no puede ignorar esta realidad social y respetar en el grado máximo posible la diversidad de pautas sociales (lo que en las modernas corrientes reformadoras se conoce como política de desincriminación o de "despenalización") [32].

51. **Dogmática e ideología.** El método dogmático hace que la ciencia jurídica sea, en cierto sentido, independiente de las ideologías. Permanece *independiente* de la ideología en cuanto a su método, puesto que, si bien éste presupone necesariamente una ideología que nutre a la ley —que es la que brinda los elementos para la construcción—, ésta puede inspirarse en ideologías que sostengan valores harto dispares. Puede tratarse de un sistema capitalista o de un sistema socialista, pueden reconocerse valores culturalmente condicionados muy diversos, o sea que, como método, es aplicable a legislaciones que recogen valoraciones distintas y dispares. *Decimos que en este sentido permanece independiente de las ideologías, pues de su método pueden valerse, para realizarse en derecho, diferentes ideologías.*

Por otra parte, bueno es recordar que la ideología ejerce una clara influencia en cualquier ciencia humana, a cuyo respecto "tenemos que hablar de varios tipos de problemas, según que las corrientes ideológicas... den mayor apoyo a ésta o a aquélla orientación en la investigación, según que tiendan a ocultar tal o cual aspecto del dominio que ha de explorarse o según que lleguen, incluso, a esterilizar esta o aquella disciplina, oponiéndose explícita o implí-

[32] Cfr. BAUER, FRITZ, *en Die deutsche Strafrechtsreform*, editado por Leonhard Reinisch, München, 1966.

citamente a su desarrollo" [33]. En este sentido, cabe precisar que la dogmática permanece ligada a algunas ideologías y separada o reñida con otras. *La dogmática no se concilia con las ideologías que conducen a la inseguridad jurídica en la aplicación del derecho.* Estas ideologías combaten a la dogmática porque combaten al derecho, o bien, reducen la ciencia jurídica a un juego de conceptos difusos del tipo de los componentes autoritarios que cierran el discurso prescindiendo del objetivo de la dogmática, para convertirla en *l'art pour l'art* [34], permitiendo así la irrupción de cualquier arbitrariedad ideológica [35]. En este último sentido, la dogmática está en relación de dependencia respecto de la ideología: permanece ligada a ideologías que postulan la seguridad (previsibilidad) en la aplicación del derecho.

Por supuesto que prescindir de la dogmática no es la única muestra del autoritarismo en materia penal. Un signo que se puede observar en la legislación es la multiplicación de los preceptos penales, la penalización de lo que no "se debe" penalizar. El autoritarismo no sólo se exhibe dejando a lo prohibido en una nebulosa, sino también multiplicando lo prohibido. Contra esta multiplicación se orienta la política criminal más avanzada, o sea, a "terminar con la inflación legislativa en materia penal [36].

Los ataques a la dogmática pueden provenir de muy diferentes vertientes, pero todos tienen por resultado último la lesión a la seguridad jurídica. Así, por ejemplo, el "sociologismo", que pretende una reducción sociológica del derecho lejos de introducir una fuerza nueva en la metodología jurídica, puede llevarnos por el camino de un compromiso cargado de ideología, particularmente cuando maneja conceptos operacionales por vía de un pretendido empirismo sociológico [37], neutralizándose la función del contenido teleológico de la norma. Por supuesto que no puede asignarse siempre al "sociologismo" la intención *consciente* de afectar la seguridad jurídica. Muchas veces puede faltar esta consciencia, así como sucede en las artes plásticas, en que hay defectos que obedecen a carencias técnicas y que no pueden interpretarse como "intencionables", como lo pretende la teoría de la "intención artística" (*Kunstwollen*) [38].

52. **Las objeciones a la cientificidad del método dogmático.** Con intención política o sin ella, los ataques al derecho penal, pretendiendo desconocerle carácter científico, se han sucedido en el tiempo y no cabe aquí ocuparnos de todos ellos.

33 PIAGET y otros, op. cit., p. 90.

34 Sobre esto, WELZEL, *Zur Dogmatik...*, cit., pp. 5-6.

35 Piénsese en la nebulosidad de algunos conceptos de MEZGER en su trabajo *Die Straftat als Ganzes*, en ZStW, 57 (1938), pp. 675-701.

36 Cfr. BEIDERMAN, BERNARDO, *Justicia y criminalidad: la crisis de la justicia penal*, en LL, 20-IV-1972.

37 Cfr. MARCUSE, *El hombre unidimensional*, 138-150.

38 Sobre ello, HAUSER, op. cit., I, 172.

La ciencia del derecho penal, valida del método dogmático, padece —es ello cierto— los mismos problemas que las ciencias humanas en general. Si el derecho penal, después de haber afinado largos años el método dogmático, vuelve hoy a plantear viejos problemas, ello no constituye una objeción a su carácter científico. Miremos hacia la sociología, por ejemplo, y veremos que acontece algo análogo: cuando se han afinado los métodos para la investigación micro-sociológica, se replantean los problemas macro-sociológicos [39]. El fisicalismo psicológico no es nada muy diferente de la exégesis nuestra, en tanto que la *Gestalt* se asemeja a nuestra dogmática. La aplicación de la lógica simbólica al derecho penal, no plantea ninguna cuestión nueva en la metodología científica, sino que, al igual que en las otras ciencias, todo dependerá del rigor con que se empleen los símbolos. Hay una gran similitud entre el formalismo jurídico, que no elabora explicaciones, y el conductismo psicológico. La carencia de unidades de medida en el derecho penal es común a cualquier ciencia humana. Las tentativas de reducir el derecho penal a otras disciplinas, de las cuales la más radical fue la del positivismo criminológico, no aportan argumentos contra nuestra ciencia. Fenómenos de reduccionismo similares se describen en psicología y en sociología, afirmando Piaget respecto de ellos que se trata de un problema de "escala" [40]. En la psicología, afirma el mismo autor, que cuando fracasa el reduccionismo se fortalece el constructivismo [41]. Exactamente lo mismo sucede en el derecho penal: fracasado el reduccionismo sociológico positivista, se fortaleció la dogmática.

Piaget, no obstante, opina que el derecho no es una ciencia "nomotética". Para él hay ciencias "nomotéticas" —que persiguen el establecimiento de leyes— y ciencias que no son "nomotéticas", entre las que incluye al derecho [42]. En esta afirmación, sin quererlo, toma partido por una posición metodológica jurídica abiertamente positivista. Piaget concibe el derecho a la usanza kelseniana o positivista [43] y, desde este punto de vista, lleva razón. La mejor prueba de que Piaget no considera al derecho como una disciplina nomotética por una limitación conceptual (su apego a Kelsen) es que, si comparamos al derecho con la descripción que hace de la lingüística, no vemos por qué ésta es ciencia nomotética y el derecho no lo es. En ambas es imposible la experimentación, no hay unidades de medida y el análisis de los datos observables se ha mostrado suficiente para construir una metodología [44]. Piaget llama "notas dominantes de la historia de las ciencias nomotéticas" al análisis de los factores que llevaron a estas disciplinas a su estado actual. Reconoce cinco factores que se dan en la ciencia jurídica y que Piaget pasa por alto a causa de su visión parcial —kelseniana— del derecho: 1) la comparación (derecho comparado); 2) la tendencia histórica o genética (la escuela histórica, Savigny); 3) la influencia de los modelos ofrecidos por las ciencias naturales (Jhering); 4) la tendencia a la delimitación de proble-

[39] LAZARSFELD, PAUL, en PIAGET y otros, op. cit., p. 289.
[40] PIAGET, op. cit., p. 106.
[41] PIAGET, op. cit., p. 155.
[42] Idem, pp. 41-45.
[43] Idem, pp. 50-51.
[44] Idem, p. 86.

mas (positivismo jurídico y todos los esfuerzos referidos a su horizonte de proyección); 5) la elección de métodos (la dogmática como una posición no idealista).

Sólo una falta de información acerca de la ciencia jurídica puede explicar la afirmación de Piaget. En el desarrollo de los factores que accionaron sobre las ciencias nomotéticas —y que el mismo Piaget hace— no puede pasarse por alto que el derecho pertenece a ellas. Explica Piaget por ejemplo, que en algún momento de la evolución de las ciencias humanas, la toma de modelos ofrecidos por las ciencias naturales, fue un aporte. No obstante, distingue aquí dos sentidos que tuvo el positivismo en todas las ciencias humanas: uno fue un "espíritu" científico, que dio lugar a una actitud reduccionista de la ciencia y que no se refirió a "los detalles concretos de la investigación objetiva" [45]; "en cambio, un segundo factor, mezclado con el anterior en algunos autores, pero que nada tiene que ver con él en otros, ha sido la influencia de los modelos sugeridos por las ciencias naturales y a propósito de los cuales parecía normal preguntarse si sus logros en este dominio no podrán llevar a un resultado análogo a las ciencias del hombre" [46]. En la descripción de estos fenómenos queda totalmente en claro la similitud con el positivismo evolucionista —el reduccionismo— y el origen de la dogmática (la toma del modelo metódico naturalista; recuérdese que Jhering hablaba de la dogmática como "química" jurídica).

La circunstancia de que el principal cometido dogmático consista en una interpretación de textos, tampoco es argumento que pueda usarse contra la ciencia del derecho, puesto que *todo conocimiento es interpretación*. Jaspers afirma que "el conocimiento logrado con métodos científicos puede definirse con la siguiente proposición general: todo conocimiento es *interpretación*. La manera de proceder cuando se comprenden textos es un símbolo de toda aprehensión del ser. Este símbolo no es casual" [47].

De cualquier manera, la afirmación de que la ciencia jurídica no es ciencia "nomotética" implica una confusión entre la ciencia y su objeto por parte de Piaget. Cuando la ciencia jurídica afirma que en el derecho penal argentino no hay delito sin culpabilidad, tal afirmación es verdadera tanto aquí como en la luna o en la China. La circunstancia de que allí no tenga validez la ley argentina no implica que sea falso que en el derecho penal argentino no hay delito sin culpabilidad. De olvidarse esto, también habría que concluir en que toda ciencia que estudia la cultura humana de determinado grupo social o período tampoco es una ciencia "nomotética".

53. **El método comparativo en derecho penal**. Si bien el empleo del método comparativo en la ciencia jurídica se pierde en la antigüedad, su empleo se ha generalizado en el último siglo, como consecuencia del aumento de las comunicaciones y de la informa-

[45] Idem, p. 59.

[46] Ibídem.

[47] JASPERS, *La filosofía*, p. 65.

ción [48]. Nuestra ciencia ha sido una de las que más ha receptado los beneficios de este método.

Posada afirmaba que "la comparación es una necesidad de nuestro espíritu, un factor intelectual indispensable en la observación", "una consecuencia necesaria de nuestra naturaleza psicológica" [49], en lo que llevaba amplia razón. El origen de la comparación en el campo jurídico puede remontarse hasta Aristóteles, cuya *Política* tiene una base comparativa. Las Partidas entrañan una aplicación del método comparativo. Beccaria había estudiado las principales legislaciones de su tiempo [50]. En otras palabras: siempre se comparó el derecho. No obstante, el comparativismo recibe su gran impulso a partir de la codificación [51].

En nuestra ciencia, el movimiento comparativista que comienza con la Ilustración [52] se desarrolla hasta la actualidad en incesante aumento. Existen hoy centros especializados para la comparación del derecho penal [53], cuya obra es enorme. No obstante, frecuente-

48 Sobre el derecho comparado: SCHNITZER, ADOLF E., *Vergleichende Recgtslehre*, Basel, 1961; SOLÁ CAÑIZARES, FELIPE DE, *Iniciación al derecho comparado*, Barcelona, 1954; BERNALDO DE QUIROZ, CONSTANCIO, *Lecciones de legislación penal comparada*, Ciudad Trujillo, 1944; ROTONDI, M (trabajos recopilados por...), *Inchiesti di Diritto comparato. Scopi e metodi di Diritto comparato*, Milano-New York, 1973; ANCEL, MARC, *Utilité a méthodes du droit pénal comparé*, Neuchatel, 1971; KHAN, RAHMATULLA-KUMAR, SUSHIL, *An Introduction to the Study of Comparative Law*, Bombay, 1971; RHEINSTEIN, MAX, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München, 1974; HALL, JEROME, *Comparative Law and Social Theory*, Louisiana, 1963; BARNER, WILLIAM S., *Les principes fondamentaux de la coopération en droit Comparé*, Géneve, 1962; ANGELONI, GIAN CARLO, *L'importanza odierna del diritto penale comparato*, en G.P., 1935, I, 219 y ss.; del mismo, en G.P., 1936, I, 230 y ss. Sobre derecho comparado y fuentes, en general y respecto del derecho penal en particular, la más completa información en JESCHECK-LÖFFLER, *Quellen und Schriftum des Strafrechts, Band I, Europa*, pp. 3 a 25.

49 POSADA, ADOLFO, *Derecho Político Comparado*, Madrid, 1906, p. 207.

50 Idem, 208-209.

51 En el siglo pasado se fundaron, en Francia: la *Revue étrangére et française de Législation, de Jurisprudence et d'Economie Politique* y el *Journal de Droit International Privé et de la Jurisprudence Comparé*; en Alemania: el *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenshcaft*, el *Jahrbuch der Internationale Vereinigung für Vergleichende Rechtswissenscheft und Volkswirtschaftlehre* y los *Blätter vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftlehre*; en Italia: la *Rivista di Diritto Internazionale e di legislazione comparata*; en Gran Bretaña: el *Journal of Comparative Legislation*; en España, la *Revista de legislación universal* (V. POSADA, op: cit., pp. 211-212).

52 Cfr. JESCHECK, 34.

53 Entre ellos cabe destacar la labor cumplida por el *Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht*. de Freiburg i.B., en la Rep. Federal Alemana, dirigido por Hans Heinrich Jescheck; de la *New York University*, bajo la dirección de Gerhard O. W. Mueller; y del *Centre Français de Droit Comparé*, que dirige en París Marc Ancel (sobre ellos, LEVENE (H.), RICARDO, en "Bo-

mente no se tiene en claro porqué se compara, qué se compara y para qué se compara. Eso hace que se hable de "derecho penal comparado" como si se tratase de una disciplina autónoma, cuando que, en verdad, se trata de un auxiliar metódico para la investigación del derecho penal.

No hay reforma legislativa alguna que pueda prescindir de un estudio comparativo. La comparación es la que nos informa acerca del grado de cultura jurídica general de nuestro tiempo. Tampoco es posible ninguna tentativa de *unificación del derecho* que prescinda de ello. Quizá este sea el defecto más grave de algunas de ellas, como por ejemplo la del código penal tipo latinoamericano. No se trata de limitarse a comparar leyes, sino que hay que ponderar comparativamente la doctrina, la jurisprudencia y la significación con que esas leyes inciden en las vidas de los pueblos. La comparación para objetivos de *lege ferenda*, reformadores o unificadores, suele ser difícil, porque el distanciamiento de los sistemas de normas, de ideas y de estructuras socio-políticas, puede mover a equívocos, pero ello no puede ser una objeción a su incuestionable necesidad.

Si hombres como Rousseau o Tylor hicieron razonar a su "buen salvaje" o "primitivo" como lo hacían ellos mismos, y hasta a Malinowski se le imputa un error semejante, siempre estaremos nosotros al borde de similares yerros. Es ridículo motejar de "reaccionario" el sistema de Feuerbach o el de su código de Baviera, porque no se adecua a nuestras ideas actuales, porque para valorarlo debemos tener en cuenta el contexto en que tuvo origen. De la misma manera, no podemos "enamorarnos" de una medida de seguridad sueca, sin tener en cuenta el contexto en que opera, lo que nos puede revelar que su mera imitación en un contexto diferente le puede dar una significación no sólo diferente, sino hasta opuesta. El comparativismo, manejado sin cuidado, puede generar instituciones de sentido opuesto y cuyas peligrosas consecuencias son imprevisibles.

Pero no es sólo en el campo de la reforma y de la unificación (es decir, de *lege ferenda*) donde el comparativismo se hace imprescindible, sino también *en el mismo terreno dogmático*.

---

letín del Instituto de Derecho Penal Comparado", Univ. Cat. de La Plata, nº 1; RIEGGER, ERNST JÜGGEN, en LL, 150 (1973), 954 y ss.; MENDOZA, JOSÉ RAFAEL, en el Boletín, cit.; RODRÍGUEZ DEVESA, en "Revista de la Fac. de Derecho de Madrid", 1, 1957, pp. 81 y ss.; JESCHECK, *Das Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht in Freiburg i.Br.*, 1938-1963, 1963.

En principio, un sistema se conoce mejor cuando se van descubriendo sus diferencias con otros. Además, comparamos las construcciones dogmáticas hechas sobre otras leyes con las que podemos hacer con las que laboramos, vemos si es posible enriquecer las nuestras a la luz de aquéllas. Es decir que la comparación beneficia a la dogmática en dos momentos: a) cuando se analiza la ley, porque la confrontación con otra permita mejor conocer la nuestra; y b) cuando elaboramos la teoría, porque la confrontación con otras teorías abre nuevos cauces a la elaboración creadora que aplicamos en la nuestra.

No obstante, en el segundo paso, también hay un peligro que se debe tomar en cuenta cuando se confrontan las teorías, particularmente cuando nos hallamos frente a otras teorías muy finamente elaboradas, caso en que podemos caer en un gravísimo defecto, como es el de tratar de forzar los *dogmas* de que disponemos, como resultado de nuestra analítica legal. Semejante actitud, que científicamente cabe calificar de inmadura o falta de crítica, nos lleva a un "manerismo jurídico-penal", por desgracia harto frecuente. La elaboración científica así forzada quebranta la ley de la "estética jurídica" y cae en una construcción "manerista", carente de la *grace du nature*[54].

Cabe que nos preguntemos, finalmente, cómo se debe conceptuar al "derecho penal comparado": ¿Es un método? ¿Es una disciplina autónoma? Nos parece que no es ni lo uno ni lo otro, sino que *es un auxiliar metódico indispensable.* En la labor de *lege ferenda* no es el método de proyectar ley, sino el auxiliar de que no puede prescindir quien quiera hacerlo. En la tarea *dogmática,* el método es el dogmático, pero la comparación legal y dogmática es un ejercicio auxiliar imprescindible para el enriquecimiento de nuestro trabajo constructivo. En ninguno de ambos casos es propiamente el método, pero los métodos a aplicar en ambos requieren de él.

Sauer consideraba que la comparación del derecho tiene dos funciones: una *histórico-sociológica,* y otra *crítico-normativa.* Considerada que la segunda función es la del método[55] —en lo que Jescheck coincide[56]— en tanto que a la primera le otorgaba carácter de ciencia.

[54] Sobre este concepto, BINSWANGER, *Tres formas de la existencia frustrada,* p. 128.

[55] SAUER, WILHELM, *Über die Rechtsvergleichung bei der Strafrechtsreform,* en ZStW, 67 (1955), pp. 350 a 362.

[56] JESCHECK, H. H., *Entwicklung, Aufgabe und Methoden der Strafrechtsvergleichung,* Tübingen, 1955.

54. **Importancia de los antecedentes legislativos en la construcción dogmática.** Si bien los antecedentes legislativos tienen una gran importancia para la determinación del alcance de las palabras de la ley, el mismo no debe ser exagerado ni puede usurpar el lugar que corresponde a otros elementos de esclarecimiento.

Los antecedentes legislativos no pueden nunca dar lugar a una interpretación "histórica" en el sentido de suplir la letra de la ley en sentido contrario a lo que la misma expresa, toda vez que el acto legislativo corta el cordón umbilical que le une a la decisión política. La investigación metódica de los antecedentes legislativos, en tanto que sirve a la interpretación es útil y necesaria, pero lo que está vedado es que por esta vía se pretenda sustituir a la ley. Siempre deberá estarse a la *mens legis* y no a la *mens legislatoris*[67].

III. — PRINCIPIOS A QUE DEBE AJUSTARSE TODA TENTATIVA DE COMPRENSIÓN DE LA LEY PENAL

55. **Planteamiento general.** No nos extenderemos aquí sobre los diversos conceptos de "interpretación de la ley", que mejor caben en la introducción a la ciencia jurídica en general. Hemos afirmado que, para nosotros, interpretar es, precisamente, la tarea que le incumbe a la ciencia jurídica, pues toda la ciencia es "interpretativa". Están definitivamente superadas las proscripciones de la interpretación jurídica que tuvieron lugar en el siglo XVIII, por parte de quienes temían que el intérprete lesionase la autoridad del Estado con su obra, o bien, la de los que temían que sembrase la inseguridad jurídica. Por el contrario, en la ciencia del derecho penal, es imprescindible para la seguridad jurídica porque posibilita —o busca posibilitar— la previsibilidad de la resolución judicial en los casos concretos. Al referirnos a la metodología, hemos tratado la función que cumple el método dogmático en esta labor; no la reiteraremos aquí.

No obstante, la elaboración científica, la comprensión del complejo normativo, la interpretación de las normas compresentes, presenta en el campo de la ciencia penal algunas particularidades que no podemos pasar por alto. La construcción dogmática debe reconocerlas en cualquier tentativa de interpretación.

Cabe consignar que no debe entenderse por "interpretación" la mal llamada "interpretación auténtica", que es la que hace el legislador, como en

[67] Cfr. SALGADO MARTINS, p. 100.

el supuesto de los artículos 77 y 78 CP. Esto es ley penal y, como tal, ella misma está sometida a interpretación. En ningún caso puede sostenerse que estas "leyes interpretativas" puedan ser retroactivas, salvo que sean ley más benigna. No cabe aquí introducir ningún género de distinciones: son ley penal y quedan sometidas a los mismos principios interpretativos que cualquier otra ley penal.

Tampoco constituyen "reglas interpretativas" los principios de la lógica, sean de la lógica jurídica tradicional como de la moderna. Ellos son propios del método: la dogmática tiene que usar de la lógica, pero esto en modo alguno es cuestión exclusiva de la ciencia penal, sino de cualquier ciencia jurídica.

Los llamados "métodos de interpretación" no pueden ser más que los métodos de la ciencia jurídica, de modo que los llamados métodos "gramatical", "sistemático", "histórico" y "teleológico" son cuestiones metodológicas[58] que ya hemos visto como operan.

La misma interpretación "progresiva" no pasa de ser un principio que debe tenerse en cuenta para la interpretación científica del derecho, según el cual el alcance de una norma debe considerarse según el contexto normativo general del que es parte, o cuando haya variado la realidad social en forma significativa, o cuando se hayan alterado los conceptos científicos acerca de los otros órdenes de la realidad con los que el orden jurídico se conecta, pero no puede argumentarse como medio para exceder el límite de lo que la norma prohibe, reprocha o pena. Con razón dice Rodríguez Devesa que "no será ocioso advertir que la interpretación tiene que responder siempre al momento en que se verifica. La vida cambia, y el ordenamiento jurídico circundante con ella"[59].

No deben confundirse, pues, estos principios generales a que debe ajustarse la elaboración científica del derecho penal, con las cuestiones metodológicas. Se trata aquí de algo similar a la preparación de las muestras que se envían al laboratorio de análisis clínico. *La aplicación del método dogmático a la interpretación de la ley penal debe hacerse partiendo de algunos principios que no pueden ser violados sin aniquilar la propia tentativa de comprensión científica.*

Tampoco debe confundirse con los principios que se van obteniendo a lo largo del análisis dogmático, es decir, con los elementos que extraemos dogmáticamente como caracteres de cualquier delito. Esto resulta de la aplicación del método y lo que aquí nos ocupa es anterior a esta operación. No pertenecen a este tipo de limitaciones principios tales como el *nullum crimen sine culpa* o el "no hay crimen sin tipo" (entendiendo por tal el tipo sistemático).

[58] JESCHECK, 122-3.
[59] RODRÍGUEZ DEVESA, 158.

Respecto de este último principio, veremos en su oportunidad que el mismo es una lógica e ineludible consecuencia del concepto de delito, que extraemos por vía dogmática, sin que para ello sea menester que la Constitución consagre el *nullum crimen sine lege*. Veremos que aún en cualquier sistema de tipos judiciales, por aberrante que fuere, el concepto de delito no se podrá elaborar prescindiendo del carácter de tipicidad. La proscripción de la analogía no es una consecuencia del principio de que "no hay delito sin tipo", sino de que "no hay delito sin tipo *legal*".

A nuestro juicio son tres los principios más importantes que deben tomarse en cuenta en cualquier análisis de la ley penal: *la proscripción de la integración analógica, la comprensión restrictiva como criterio orientador primario y la intrascendencia de la pena.*

Por supuesto que no puede dejar de presidir la interpretación de la ley penal el principio de *racionalidad*, entendido como la ausencia de contradicción normativa, pero ello no es una característica limitada a la interpretación de la ley penal. En caso de leyes contradictorias, una de ellas no será válida, pero esto tiene vigencia en cualquier interpretación jurídica. Igualmente, la pena tiene que guardar cierta medida, pues una lesión menos grave no puede penarse con mayor gravamen que una de mayor entidad, pero ello tampoco es una característica de la interpretación propia del derecho penal, sino que *se deriva para todo el derecho como consecuencia de la proscripción de la arbitrariedad en el sistema republicano de gobierno*. En lugar, las tres características señaladas son peculiares a la interpretación de la ley penal, puesto que se derivan de la particular manera de proveer a la seguridad jurídica que es propia de este derecho.

56. **Proscripción de la analogía.** La seguridad jurídica es provista por el derecho penal de manera distinta que por el derecho civil. En tanto que aquél regula situaciones más o menos normales y corrientes de la vida de los hombres, desde antes del alumbramiento hasta después de su muerte, el derecho penal se ocupa de situaciones de total excepción, en que se hace menester la ingerencia del Estado con una pena resocializadora, para tratar de evitar la repetición de actos similares o peores para los bienes jurídicos de los habitantes de la Nación. El derecho civil provee a la seguridad jurídica garantizando que cuando, en cualquiera de estas situaciones más o menos comunes surja un conflicto de intereses, el hombre tendrá la garantía de que un órgano jurisdiccional resolverá el conflicto sin que sea menester caer en la "justicia por propia mano", o de desencadenar la guerra civil. De ahí que el juez civil, preci-

samente para evitar la guerra civil, deba resolver todos los conflictos que se le sometan, y no pueda dejar de hacerlo so pretexto de oscuridad de la ley o de que la ley no contempla el caso. En tal supuesto, la misma ley civil le ordena que lo resuelva integrando la ley por analogía o haciendo aplicación de los principios generales.

En tanto que el derecho civil debe ser un sistema continuo, que resuelva todos los posibles conflictos de intereses, el derecho penal debe ser un sistema discontinuo, que intervenga sólo en los casos expresamente previstos. A esta diferencia sustancial, que proviene del modo de proveer a la seguridad jurídica de uno y otro, obedece que la analogía se proscriba penalmente y se prescriba civilmente.

Nuestro Código Civil dice en su artículo 15: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". El art. 16 ordena: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". El primer párrafo del art. 273 del código penal, pena al "juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley".

Si este procedimiento al que la ley ordena acudir al civilista es interpretación o no es interpretación (en cuyo caso sería integración), dependerá de que se admita la existencia de lagunas en la ley o en el derecho, lo que constituye un problema de teoría general del derecho. De cualquier manera, en nuestra ciencia, *si por analogía se entiende completar el texto legal en forma de entenderlo como previendo prohibitivamente una conducta que no describe en un tipo, o considerando antijurídico lo que la ley justifica, o considerando reprochable lo que no reprocha, basando la conclusión en que prohíbe conductas similares, en que no justifica o en que reprocha otras parecidas, este procedimiento queda absolutamente vedado del campo de la elaboración científica jurídico-penal.* Ello obedece a que sólo la ley decide en qué casos el Estado tiene ingerencia resocializadora con la pena, y el juez no puede crear ni completar supuestos.

La seguridad jurídica requiere que sólo en los casos previstos por la ley el Estado tome ingerencia. En lugar, la misma seguridad jurídica requiere que cualquier conflicto de intereses lo dirima un órgano jurisdiccional conforme a derecho. De allí que la seguridad jurídica proscriba este procedimiento del derecho penal y lo ordene en el derecho civil. La proscripción de la analogía del derecho penal no es más que una consecuencia lógica de la consagración del *nullum crimen sine lege.*

Algunos llaman a este procedimiento "analogía" o "integración analógica", para distinguirlo de la "interpretación analógica", en tanto que hay quienes consideran que la integración es una forma de interpretación [60].

A este respecto suelen confundirse problemas que es menester clarificar un tanto, porque de lo contrario puede caerse en una seria alteración de conceptos fundamentales.

La interpretación analógica y la analogía se confunden [61], en tanto que otros identifican interpretación "extensiva" con analogía [62], distinguiendo otros entre "integración" e "interpretación analógica" [63].

Para esclarecer el problema debemos partir del reconocimiento de que la analogía es un recurso del que no puede prescindir el pensamiento humano. Siendo así no podemos prescindir de la *analogía como forma del pensamiento* cuando elaboramos científicamente el derecho penal: el *argumentum a simile* no tiene porqué ser eliminado del derecho penal. Cuando leemos "violencia" en el art. 164, no tenemos que pensar que sea diferente del concepto del art. 280, sino entenderlos como conceptos análogos. Cuando aplicamos un principio a cierto grupo de normas o preceptos, si no hay una disposición legal que diga lo contrario, no tenemos porqué no aplicarlos a otros que se hallan en una relación esencial con éstos [64]. De no aplicar la analogía en la lógica jurídica, nuestra labor sería harto dificultosa, porque el pensamiento humano acude ineludiblemente a la analogía.

Cuando, aplicando el *argumentum a simile*, entendemos que la norma tiene cierto alcance, pero sin traspasar el límite que nos da la letra misma de la ley, estamos *interpretando*, pero cuando pasamos ese límite, estamos *integrando* la ley. Toda ley tiene un "sentido literal posible" [65], es decir, un contexto literal dentro del cual pueden asignársele diferentes alcances a la prohibición o mandato que expresa: todo recurso lógico para desentrañar ese alcance dentro de su "posible sentido literal" es una forma de interpretación más extensiva o más restrictiva, que no es analogía.

60 Sobre estas cuestiones, BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938; del mismo, las voces "analogia" y "lacune del diritto", en "Novisimo Digesto Italiano".

61 Así, KAUFMANN, ARTHUR, *Analogie und "Natur der Sache"*, 1965; COUSIÑO MACIVER, p. 91.

62 BOBBIO, loc. cit.

63 MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 152.

64 Cfr. JESCHECK, 107; v. KULG, *Juristische Logik*, cit., pp. 97 y ss.

65 Cfr. KAUFMANN, ARTHUR, op. cit.

A esta interpretación, que es sólo interpretación de la ley valida del *argumentun a simile* es a lo que Bobbio llama "verdadera analogía" y, por ende, identifica "interpretación extensiva" y "analogía". Bobbio dice a este respecto: "Es necesario, ante todo, entenderse sobre el significado propio de la analogía, para no dejarse asustar más de su uso impropio; es decir, que es necesario darse cuenta que allí donde no hay una relación de semejanza entre caso y caso, sino simplemente una deducción de ciertos principios abstractos, vagos y genéricos, no se puede hablar de razonamiento por analogía, y que en estos casos particulares hablar de analogía quiere decir usar la palabra en sentido impropio y errado; y que, por ende, excluir la analogía en sentido impropio, dado que verdaderamente contradice el sistema de la legalidad, no debe querer decir excluirla en su significado propio" [66]. A lo que usualmente llamamos "analogía" y otros llaman "interpretación analógica", Bobbio lo llama "falsa analogía", que para él es una pura arbitrariedad. Como se puede observar, la cuestión no pasa de ser una apreciación terminológica, porque no se pretende que la interpretación extensiva viole el principio de reserva, sino que se afirma que el principio de legalidad está violado cuando el juez excede el alcance que al tenor literal de la ley es posible darle a la prohibición que expresa. Cuando se respeta ese límite legal *literal*, "cuando la analogía significa verdaderamente razonamiento por analogía y no actividad valorativa autónoma del juez", no se viola ningún principio [67].

Vannini niega terminantemente la identificación que hace Bobbio entre "analogía" e "interpretación extensiva", pero Vannini concluye sosteniendo lo mismo que Bobbio: "La interpretación extensiva no integra la voluntad legislativa, sino que se limita a *denunciar la imprecisa, equívoca formulación literal de la norma* frente a lo que parece el contenido volitivo preciso y cierto de la norma misma, el pensamiento preciso del legislador" [68].

Esta confusión terminológica se hace aún más oscura, cuando se asigna a la expresión "interpretación extensiva" el sentido de integración analógica (o "falsa analogía" para Bobbio). En este sentido, algunos autores rechazan la interpretación extensiva, pero lo que en definitiva están rechazando es la integración analógica bautizada como interpretación "extensiva". Así, Rodríguez Devesa dice: "Un posible conflicto entre interpretación y analogía surge cuando se admite la llamada interpretación 'extensiva', que entiendo hay que proscribir, pues cuando se admite la inclusión en un precepto legal de un caso no comprendido en su letra, ya no hay posibilidad ninguna de distinguir netamente interpretación y analogía" [69]. En realidad, una cosa es interpretar valiéndose del argumento *ad simile*, y otra es la analogía, puesto que "interpretación analógica" es una *contradictio in terminis*: sólo puede haber "interpretación" cuando hay norma, pero sin norma no puede haber interpretación, porque no tiene objeto sobre el cual recaer [69 bis].

[66] BOBBIO, NORBERTO, loc. cit., 206.

[67] Idem, 207.

[68] VANNINI, OTTORINO, *Manuale*, Firenze, 1954, p. 48.

[69] RODRÍGUEZ DEVESA, 205.

[69 bis] Cfr. GÓMEZ, EUSEBIO, *La analogía en las legislaciones penales rusa y alemana*, en "Rev. Penal y Penit.", III, 1938, p. 121.

Debe quedar claro que cuando nos hallamos frente al texto de la ley, y debemos darle un cierto alcance prohibitivo, *lo podemos hacer razonando por analogía*, sin que ello viole el principio de legalidad. En lugar, si con el *argumentum a simile* pretendemos exceder el alcance que el mero sentido literal permite, caeremos en la analogía que viola el precepto del art. 18 constitucional.

Lo primero, es decir, el uso del *argumentum a simile* o razonamiento por analogía (llamado analogía *legis* cuando acude a un caso análogo y *juris* cuando acude a un principio general) para determinar el alcance prohibitivo de una expresión legal, es *interpretación*, que puede ser más *extensiva* o más *restrictiva* del ámbito de lo punible, pero que no viola el principio de legalidad constitucional. Para que no haya confusiones, creemos que a esto es preferible no llamarle "interpretación analógica", sino *interpretación más extensiva o más restrictiva de punibilidad.*

Para ejemplificar con una discusión que tuvo lugar en nuestra doctrina, en la redacción original del inc. 1º del art. 163 se calificaba al hurto de "ganado mayor o menor", y Tomás Jofré entendió que por tal sólo debía abarcarse a un conjunto de animales [70], opinión que fue seguida por varios autores, indicando algunos limitaciones que provenían de las Partidas [71], limitándose otros a exigir sólo que fuese una pluralidad [72], contra lo que Soler, usando el *argumentum a simile*, expresó que el mismo inciso se refería a "máquinas" en plural, y también en plural a "instrumentos de trabajo", lo que no podía implicar que cuando se trataba de una máquina o de un instrumento solamente, no fuese abarcado por el tipo. Así, combinando el *argumentum ad absurdum* con el *argumentum a simile*, entendió que "ganado" no estaba usado para designar un número, sino sólo un género. El argumento de Soler puede calificarse de *interpretación extensiva, pero no de analogía*, porque es obvio que se limita a una cuestión de entendimiento de la letra de la ley.

Lo que debe quedar claro, pues, es que cuando afirmamos que la analogía está proscripta del derecho penal, lo que queremos significar es que le está vedado al intérprete de la ley penal considerar prohibido lo que en el sentido literal de la ley no puede considerar prohibido, considerar no permitido, reprochable o punible, lo que en el mismo sentido literal de la ley es permitido, inculpable o no punible, argumentando con casos similares o con principios generales y pretendiendo llenar así una supuesta "omisión" de la ley.

Este planteamiento diferencial entre "interpretación" y analogía lo hizo con meridiana claridad Max Erns Meyer hace muchos años, al admitir la

70 JOFRÉ, TOMÁS, *El código penal de 1922*, Bs. As., 1922, p. 260.
71 Así, MORENO (h.), RODOLFO, op. cit., V. p. 112.
72 Así, MALAGARRIGA, II, 337; GÓMEZ, IV, 98; RAMOS, *Curso*, V, 173.

analogía *intra legem* y rechazar la *praeter* y *contra legem*, es decir, cuando con ella se sobrepasa o se contraría la ley. Mayer se expresaba del siguiente modo: "Conforme al § 2 se encuentra regularmente la teoría de que la aplicación analógica es un medio de interpretación en general prohibido, pero que en ciertos casos, diversamente limitados, está permitido. Pasa con la analogía lo mismo que con la formación jurídica consuetudinaria. *Praeter legem* o *contra legem* no podrá ser aplicada, pero *intra legem* es un medio de interpretación libre de objeción. Se excluye así que por la decisión analógica se quiera facilitar la aplicación excedente de la esfera conceptual de cualquier presupuesto de pena o de cualquier causa de exclusión de pena, siendo por el contrario permitido, explicar la voluntad de la ley por decisión analógica. Pero no es cuestión de hacer uso de este método a cada paso. Él corresponde ante todo, cuando la ley se refiere expresamente a casos análogos o equipara una forma dada de comisión a otra. Además, pertenecen aquí los casos en que se abandona la palabra para encontrar el sentido de la ley: quien denuncia el atentado que amenaza a un príncipe, no a la persona amenazada sino a su edecán, ha cumplido seguramente con el mandato contenido en el parág. 139. Finalmente, la analogía puede prestar servicios como medio auxiliar en la interpretación sistemáticamente, así, en el esclarecimiento de un gran conjunto", lo que ejemplifica con la extensión de las reglas de exclusión de pena del autor al partícipe[73].

No obstante, Mayer apuntaba exactamente al problema que siempre habrá que resolver en el caso concreto y con el mayor cuidado: aclara que "con esto, en modo alguno se han eliminado todas las dudas concebibles, pues en los casos problemáticos, la pregunta radica precisamente en si el resultado de la interpretación analógica es aún *intra legem*"[74].

Toda vez que la proscripción de la analogía se deriva del principio de legalidad, cabe deducirse que la misma cumple solamente su función en los sistemas que consagran este principio[75]: Dentro del derecho legislado, prácticamente no hay sistema vigente que no proscriba la analogía. La excepción la constituye el código penal de Dinamarca, pero en la práctica no se hace uso de la analogía y los doctrinarios daneses interpretan su texto de modo muy similar al nuestro.

La consagración de la analogía en el derecho danés es una tradición jurídica. Se la establecía en el código de 1866 y el art. 1º del código vigente, de 1930, establece: "Puede imponerse una pena a una conducta sólo cuando su punibilidad está legalmente determinada o cuando sea enteramente asimilable a una de tales conductas".

Hurwitz entiende que no tiene mucha trascendencia práctica[76]. Gomard dice que se hace poco uso de la misma y que se busca usar vocablos que no

[73] MAYER, MAX ERNST, *Der Allg. Teil des deutsches Strafrechts*, Heidelberg, 1923, p. 27.

[74] Idem, p. 28.

hagan directa referencia al art. 1º en las sentencias. Recuerda que en 1940 se penó por analogía la captación de una conversación telefónica como violación de correspondencia, en sentencia pronunciada por el tribunal de Copenhagen, y que en 1945 se penó a un carnicero que había estampado sellos sobre la carne "de segunda", indicando que era "de primera", como uso de sellos falsos. No obstante, la doctrina danesa se inclina por considerar que en estos casos se ha hecho una mala aplicación del artículo 1º, en tanto que otras muchas sentencias han negado la posibilidad de aplicar analógicamente la ley penal[77].

Gomard trata de conceptuar la analogía del código danés como algo diferente de la analogía que rige en la ley civil, es decir, como un concepto penal más estrecho que aquél. "No se puede —dice— resumir en una simple fórmula lo que contienen las palabras del código cuando requieren que una conducta sea completamente asimilable con otra prevista en la ley. Si bien hablan en favor de la determinación penal la forma extrema de aparición de la acción y el peso de sus fundamentos reales, deben requerirse exigencias más rigurosas que las del derecho civil". Afirma que la analogía del derecho civil es una figura jurídica carente de contornos, lo que no sucedería con la analogía penal, pero al tratar de delimitar el concepto de analogía penal, lo que en realidad hace es conceptuar lo que nosotros hemos llamado "interpretación más extensiva dentro del posible sentido literal" y que otros llaman "interpretación analógica"[78], con lo cual, el art. 1º del código danés no consagraría la analogía, sino la posibilidad de una interpretación extensiva, es decir, que no configuraría una excepción dentro del sistema de tipos legales.

El problema parecería ser más serio en el derecho penal inglés, en la parte de derecho común (*common Law*), porque allí no puede armonizarse el principio legal con la creación jurisprudencial de delitos. Como vimos, el *common Law* no puede aceptar el principio de legalidad, porque son incompatibles. No obstante, como hemos visto[79], desde 1972 quedó definitivamente negada a los tribunales la facultad de crear delitos analógicamente o ampliar los existentes, facultad que en realidad, los tribunales casi no ejercían y que sólo se la admitía muy extraordinariamente como un "poder residual" de sus antiguos fueros.

Suele distinguirse entre analogía *in malam partem* y analogía *in bonam partem*, entendiendo por la primera la que hace más gravosa la punibilidad más allá del "posible sentido literal" de la ley, y por la segunda, la analogía que excluye la punibilidad o lleva a una mayor benignidad que la señalada por el posible sentido literal del texto. Se sostiene que la analogía que está proscripta es sólo la llamada analogía *in malam partem*, fundándose en general en la

[75] Cfr. WEBER, HELLMUTH VON, *Grundriss*, 1946, p. 48

[76] HURWITZ, STEPHAN, *Den Danske Kriminalret, Almindelig Del*, Kopenhagen, 1964, pp. 137-138.

[77] GOMARD, BERNHARD, *Auslegung und Analogie bei der Anwendung dänischer Wirtschaftsstrafgesetze*, en ZStW, 83 (1971), pp. 332 a 367 (341-2).

[78] V. GOMARD, BERNHARD, op. cit., p. 346.

[79] V. *supra*.

afirmación de que la analogía está proscripta como consecuencia del principio de legalidad, que se ha establecido para limitar la acción del Estado frente al individuo y que, por ende, esta proscripción no tiene sentido cuando se trata de una analogía que favorece al reo [80].

Otra corriente de opinión ha pretendido que debe rechazarse tanto la analogía *in malam partem* como la analogía *in bonam partem*, puesto que ambas tienen por efecto hacer borroso el límite entre el delito y lo lícito [81]. En realidad, esta segunda corriente no carece de razón, porque no puede quedar librada la punición de una conducta a los razonamientos analógicos del intérprete.

No obstante, respecto de la analogía *in bonam partem*, cabe tener presente que en sí misma no está proscripta en función del art. 18 constitucional, sino en razón de que ésta puede afectar la seguridad jurídica. Siendo ello así, la prohibición de la analogía *in bonam partem* debe ceder cuando lo exija la propia seguridad jurídica. Esto es lo que sucede cuando de no acudirse a la analogía *in bonam partem* resulta lesionado el principio republicano de gobierno.

En efecto: dado el caso en que la aplicación de la ley conforme al entendimiento literalmente permitido de la misma, se traduzca en una contradicción dentro del sistema establecido por el orden jurídico, el razonamiento por analogía que lleve a sobrepasar los límites literales de la ley para hacerla lógicamente compatible con el sistema se impone como una necesidad ineludible. Por ello, le asiste plena razón a Bettiol cuando dice que "el ordenamiento penal no es una red inflexible de normas que cierran el flujo de la vida, pero, dejando de lado las normas penales incriminadoras, todas las otras poseen siempre una dosis de elasticidad, sin la cual no sería posible una jurisprudencia efectiva" [82].

Otra de las limitaciones que cabe reconocerle a la proscripción de la analogía en la interpretación del derecho penal es la que tiene lugar cuando la delictuosidad de la conducta depende de leyes que no son penales. Tal es lo que sucede en el supuesto de causas de justificación que consistan en preceptos permisivos contenidos en leyes civiles, mercantiles, laborales, etc., a cuyo respecto no esté vedada la analogía. En estos casos, el derecho penal debe respetar la natu-

80 Así, RODRÍGUEZ DEVESA, 203; JESCHECK, 107; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 152; BAUMANN, 160; SCHREIBER, en RUDOLPHI y otros, *StGB Kommentar*, 1975. 39; SALGADO MARTINS, 105; BRUNO, ANÍBAL, I, 225.

81 Así, por ejemplo, PANNAIN, 116.

82 BETTIOL, 124.

raleza de la norma de que se trata y, por consiguiente, no puede oponerle la limitación de la analogía, que es propia de él y que no puede extender arbitrariamente a otras ramas del derecho [83].

Esto está dicho con la advertencia de que en el supuesto de que la restricción del permiso por vía analógica en la respectiva rama jurídica al que pertenece, se haya realizado por vía jurisprudencial, en forma que pudo dar lugar a un error acerca del límite de lo permitido, esto deberá ser valorado a la luz de los principios que rigen la culpabilidad y el error de prohibición.

57. **La comprensión restrictiva (el "in dubio pro reo").** El principio *in dubio pro reo*, de amplia aceptación en el derecho procesal penal, resulta últimamente desprestigiado en el derecho penal de fondo, donde se traduciría en la obligatoria interpretación de la ley en caso de duda.

Hay una problemática estrictamente procesal del principio *in dubio pro reo* que, por sus consecuencias para el derecho penal de fondo, preocupa profundamente a los penalistas germanos. Se trata de los casos en que la prueba arroja una solución alternativa: se sabe que el sujeto tiene la cosa hurtada y que sabe su origen, por ejemplo. El problema es que no está probado el hurto y la solución alternativa es "hurto o receptación". Aplicando el tipo de menor gravedad, el beneficio de la duda cesa en la subsunción, porque precisamente es una excepción al *in dubio pro reo*. Toda vez que aquí se condena por la duda. El problema es determinar en el caso concreto cuál es la ley o tipo menos grave y, además, si puede formularse la alternativa entre cualquier género de delito, por diferente que fuesen [84]. La jurisprudencia alemana se ha referido a una "compabilidad ético-jurídica y psicológica", lo que no viene a resolver mucho [85]. No es este el problema que aquí nos preocupa, sino saber si el principio *in dubio pro reo* tiene aplicación en el derecho penal de fondo, traduciéndose en una necesaria comprensión restrictiva de la letra de la ley. De los presupuestos de fondo para la solución de estos supuestos nos ocuparemos al tratar la unidad y pluralidad de delitos [85 bis].

Según la opinión dominante en la doctrina nacional, la interpretación de la letra de la ley en forma necesariamente restrictiva de la punibilidad, no tiene valor científico ni es principio que debe regir la interpretación de la ley penal. Se afirma que el principio *in dubio pro reo* no es una regla de interpretación, sino un criterio de valoración de prueba [86].

[83] Cfr. SOLER, I, 147.
[84] V. BAUMANN, 145.
[85] Cfr. JESCHECK, 116; SCHÖNKE-SCHRÖDER, parág. 26.
[85 bis] V. *infra*, § 581.
[86] Cfr. FONTÁN BALESTRA, I, 233; SOLER, I, 160; CREUS, 33-34.

El mismo criterio predomina en la doctrina española e italiana [87]. Cabe recordar, como dato curioso, pero que muestra los peligrosos extremos a que llegó el positivismo, que en el caso de duda, Ferri optaba por una interpretación extensiva o restrictiva, según la peligrosidad del autor, pues pensaba que la ley no permanecía inalterada. "La misma, sí, para quien con la dogmática jurídica la mira por sí sola, como un ídolo que diría Bacon; pero no es la misma cuando siendo imprecisa, admite una u otra interpretación, que a menudo depende sólo de la mentalidad (rígida o benigna, abstractiva o realística del juez) y que, en lugar, debe depender también para la misma figura del delito, de las diversas circunstancias reales y personales y de las razones supremas de la justicia penal, que debe proporcionarse, caso por caso, a la potencia ofensiva de los malhechores" [88]. Semejantes argumentos demuestran sobradamente la inseguridad jurídica que sembraba esa concepción.

Eliminada la invariable necesidad de la "interpretación restrictiva", se sostiene que la interpretación de la ley, por los resultados obtenidos, puede clasificarse en extensiva, literal o restrictiva, con lo que se deja abierto camino a la interpretación extensiva, que se afirma nítidamente distinta de la analogía [89]. A este respecto debe insistirse en que la interpretación extensiva, como hemos explicado ya en el punto anterior, debe ser una verdadera interpretación, esto es, *intra legem*, porque en el caso de exceder el marco de lo "literalmente admisible" caerá dentro de la analogía y, en consecuencia, dejará de ser interpretación y de ser admisible.

Creemos que este —y no otro— es el alcance de la prohibición que está contenida en el art. 12 del código de procedimientos en lo criminal de la Capital, cuando reza: "No podrá aplicarse ni por analogía otra ley que la que rige en el caso, ni interpretarse ésta extensivamente en contra del procesado", es decir, ni valerse del pretexto de la "interpretación extensiva" para hacer una integración analógica. Este es el único sentido que puede dársele, porque no hace más que precisar el alcance de las disposiciones constitucionales. En lugar, si entendiésemos que con esta disposición se pretende dar una solución apriorística que imponga invariablemente la interpretación restrictiva, el mismo sería inconstitucional, pues una ley procesal (local) pretendería alterar el alcance de las disposiciones de las leyes penales (nacionales).

La redacción original del proyecto de Obarrio era mucho más conforme con nuestro sistema constitucional, porque decía en su art. 15: "Es prohibido a los jueces aplicar por analogía las disposiciones de las leyes penales, o interpretarlas extensivamente, comprendiendo en esas disposiciones casos no previstos de una manera expresa en su texto". Obarrio creía que con esto precisaba la inteligencia o completaba el alcance de preceptos constitucionales, pero en realidad, iba más allá de lo que decía la constitución, pues en su expo-

87 Así, BETTIOL, 111; PANNAIN, 140; CUELLO CALÓN, 195.
88 FERRI, *Principii*, p. 193.
89 Así, por ejemplo, CUELLO CALÓN, 195; SANTORO, 110.

sición de motivos textualmente afirmaba que "los jueces jamás podrán aplicar por analogía las leyes penales, ni interpretarlas extensivamente, y en caso de duda, deberán estar siempre a lo más favorable al acusado"[90]. Si bien su exposición de motivos se fundaba en el *in dubio pro reo*, es claro que el artículo que proyectó no lo consagraba, sino que se limitaba a rechazar la analogía, pero la redacción definitiva del código no queda tan clara. Pese a ello, repetimos que no puede ser entendida de otra forma que como exclusión de la analogía.

Dejando precisado lo anterior, no podemos ahora pasar por alto que la ley se expresa en un lenguaje humano —simbólico— y que pese a la creciente tecnificación, dicho lenguaje frecuentemente es ambiguo u oscuro. Esto puede dar lugar a que sin exceder el marco de lo literalmente admisible, aparezcan —a la luz del análisis exegético— dos o más interpretaciones posibles de su alcance: una más ampliatoria del plano de lo punible que las restantes. Esta posibilidad no está limitada a la interpretación de los tipos penales, sino que puede darse respecto de cualquier límite de punibilidad: alcance del precepto permisivo, de las causas de inculpabilidad o de las excusas absolutorias. Sostener en este caso que sólo cabe entenderla en el sentido restrictivo de la punibilidad, implica coartar o impedir la labor dogmática, e incluso caer en lo incoherente, pues puede suceder que la interpretación restrictiva conforme al *in dubio pro reo* resulte contradictoria dentro del sistema.

Estos casos pueden darse, por ejemplo, cuando el código penal emplea una expresión que tiene un sentido técnico y, a la vez, un sentido de lenguaje común, o bien, cuando la misma expresión tiene dos o más sentidos técnicos o corrientes, o como en el ejemplo que vimos respecto del "ganado" en la redacción original del art. 163 de nuestro código penal.

En tales supuestos, la duda se limita a establecer el alcance de la disposición legal. En tiempos en que sólo se conocía la interpretación exegética de la ley, la regla era que se extendiese al derecho penal el principio *in dubio pro reo*, imponiéndose siempre la interpretación restrictiva, a efectos de evitar en tales casos la arbitrariedad judicial en contra del procesado.

Así, Haus afirmaba en el siglo pasado: "Cuando el juez ha consultado los usos de la lengua y escrutado los motivos de la ley, cuando ha empleado

90 OBARRIO, MANUEL, *Proyecto de Código de Procedimientos en materia penal para los Tribunales Nacionales de la República Argentina, redactado por el Dr. D....*, Buenos Aires, 1882, pp. 6, XVI y XVII.

todos los medios interpretativos que tenga a su disposición, sin poder fijar por esos medios el sentido de la ley, de suerte que queda dudosa, debe entonces dar preferencia a la interpretación más favorable al acusado" [91]. En la misma tradición de Haus afirma en nuestros días Constant que "cuando un texto es oscuro e impreciso, la duda aprovecha al inculpado", pero, "antes de decidir que hay duda sobre la interpretación de una ley penal, y que esa duda debe aprovechar al prevenido, el juez debe investigar cuál es la voluntad cierta del legislador" [92].

Esta inflexibilidad interpretativa se hace absolutamente insostenible desde el momento en que la interpretación de la ley se hace en forma de sistema, apelando a otros medios que los puros antecedentes legislativos y la significación gramatical del texto. Cuando se sigue el camino dogmático, la interpretación restrictiva en todos estos supuestos puede resultar incoherente con el resto del sistema.

La necesidad de eliminar la interpretación restrictiva como regla inflexible en cualquier interpretación no puramente exegética, ya la había puesto de manifiesto en 1798 Grolman, con palabras cuya precisión asombra: "El juez no requiere ningún permiso legal para ser intérprete de la ley, porque sin el mismo no podría ser juez; nuestras leyes han reconocido esto expresamente y lo han hecho deber del juez". "Ellas quieren con eso, que el juez, no con la pura crítica y el conocimiento del lenguaje penetre el entendimiento de la palabra de la ley, sino que le exigen que rastree el espíritu de la ley y determine el sentido y la esfera de la ley, que las palabras no siempre han podido determinar suficientemente, lo que cumplimentará en su extensión la voluntad del legislador".

"Para los más altos críticos, disponen también las leyes la regla de que ellos sólo pueden aceptar lo no habitual, si el convencimiento les lleva a que deben decidirse a ello".

"Al intérprete lógico, en su tarea última, le permiten las leyes interpretarlas en forma extensiva o limitada, sólo cuando el convencimiento le ordena apartarse de la interpretación estricta" [93].

Livingston vió claramente el problema y en el art. 4º de su proyecto para Louisiana dispuso: "Toda interpretación favorable o desfavorable está abolida. Toda ley penal será interpretada según la aceptación de las palabras tomadas en su significación ordinaria" [94]. Como dato curioso puede anotarse lo legislado en Nicaragua, que si bien seguía al proyecto de Livingston, introducía una original disposición. El art. 5º de su código de 1837 decía: "Los tribunales y jueces no pueden castigar los actos y omisiones que no estén prohibidos por el sentido sencillo de las palabras de la ley. Así, queda abolida la interpretación arbitraria, la inteligencia favorable o adversa, o lo

91 HAUS, J. J., *Principes généraux du Droit Pénal Belge*, Paris, 1874, I, p. 97

92 CONSTANT, JEAN, *Principes généraux du Droit Pénal positif belge*, Liége, 1967, p. 41.

93 GROLMAN, KARL, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematischer Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze*, Giessen, 1798, pp. 143-144.

que la malicia ha llamado espíritu de las leyes". El art. 8º decía: "Como puede acontecer que se promulgue una ley poco clara o exacta a un hecho que se juzga, de que resulte una duda fundada de derecho, el juez o tribunal en este caso consultará, por los conductos regulares, a la legislatura reunida, o a la inmediata; y el acusado podrá excarcelarse, dando fianza a satisfacción del juez o tribunal" [95].

A partir de la consagración de la dogmática como método de la ciencia jurídico-penal, parecería haber perdido toda importancia el principio *in dubio pro reo* en el derecho penal "de fondo", puesto que el alcance de la norma dentro del "posible sentido literal" resultaría del sistema, es decir, de la construcción dogmática. No obstante, creemos que con esto no queda del todo resuelta la cuestión.

Debemos tener en cuenta que el derecho penal es un sistema *discontinuo* de prohibiciones, porque su ingerencia es completamente excepcional en el campo inmensamente más amplio de la antijuridicidad. Esta característica (sancionadora) del derecho penal no puede pasar del todo inadvertida para el intérprete. Esta general excepcionalidad de la ingerencia penal nos debe llevar siempre que nos encontramos con una expresión legal de alcance dudoso, a inclinarnos primariamente a entenderla en la forma más restrictiva de la punibilidad. El aforismo *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda* funcionará de este modo como un *criterio indicador primario* [96].

No obstante, puede suceder que la incoherencia del sistema con la expresión entendida en sentido restrictivo, nos lleve al convencimiento de que hay que entenderla en el alcance más amplio de punibilidad que el tenor literal de la ley permite, lo que en tal caso podremos hacer, porque el principio *in dubio pro reo* no tiene el mismo valor absoluto que el de la necesaria racionalidad del orden jurídico, que es presupuesto mismo de la ciencia y que se deriva del principio republicano [97].

En otras palabras, creemos que *el principio "in dubio pro reo" sirve como indicador de la actitud primaria en el entendimiento del alcance de una expresión legal de doble o múltiple significado, sin que ello implique su validez absoluta, la que puede verse desplazada*

94 LIVINGSTON, ÉDOUARD, *Rapport sur le Pojet d'un Code Pénal*, Paris, 1825, p. 136.

95 V. ANTONIO A. DE MEDINA Y ORMAECHEA, *La legislación penal de los Pueblos Latinos*, México, 1896,

96 Cfr. DEL ROSAL, I, 282; MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 1555.

97 En general, cfr. BRUNO, ANÍBAL, I, 221.

ante la contradicción de la ley así entendida con el resto del sistema, en virtud del principio republicano de gobierno, que tiene validez absoluta y primordial jerarquía.

58. **El principio de "intrascendencia" de la pena.** Es este un principio que en el actual estadio de nuestra ciencia no requiere mayores consideraciones, aunque no haya sucedido lo mismo en otros horizontes de proyección de la ciencia jurídico penal.

Nunca puede interpretarse una ley penal en el sentido de que la pena trasciende de la persona que es autora o partícipe del delito. La pena es una medida de carácter estrictamente personal, como que es una ingerencia resocializadora sobre el autor o partícipe. De allí que deba evitarse toda consecuencia de la pena que afecte a terceros.

Una aplicación concreta del principio de intrascendencia de la pena la tenemos en el art. 41, cuando hace referencia a la dificultad para ganar el sustento necesario para los "suyos", puesto que si bien es una regla para cuantificar la culpabilidad, también es una cuestión a tener en cuenta para que no exceda la pena en perjuicio de terceros ajenos al hecho[98].

Nuestra Constitución Nacional, al referirse al delito de traición contra la Nación y conceptuarlo en su art. 101, establece que la pena será fijada por el Congreso, aclarando que "ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado". Esto no significa que en las restantes penas pueda extenderse el perjuicio a los parientes, sino que esto se da por sobrentendido, puesto que el único delito por el que a la época de la sanción constitucional se producía esa extensión era el *crimen majestatis*, es decir, la traición a la Patria en lenguaje republicano. La Constitución no hace aquí más que consagrar el principio de intrascendencia de la pena en forma expresa para el único delito en que a alguien podría habérsele ocurrido la idea de imitar al derecho de las monarquías absolutas.

En rigor de verdad, en los casos en que se penaba al pariente, lo que se pretendía con ello no era que la pena fuese trascendente, sino que la trascendencia de la pena era una ficción jurídica —o quizá una presunción—, porque lo que esa extensión de la pena pretendía era convertir a cada pariente en el vigilante de su pariente, siendo penado por omisión de denuncia o de vigilancia de la conducta del pariente. Teniendo esto en cuenta, resulta muy dudosa la constitucionalidad del art. 278 quater del código penal conforme a la ley 21.338, al menos en lo que a los parientes más próximos respecta, sin contar con la inculpabilidad, sobre la que pasa ignorándola por completo.

[98] V. *infra*, §§ 633 y 636.

Desafortunadamente sabemos que en la realidad social la pena suele afectar a terceros, particularmente a los familiares del penado. Téngase en cuenta que el art. 11º inc. 2º del código penal, establece que el producto del *trabajo del condenado se aplicará también a* "la *prestación de alimentos según* el código civil". El art. 96 del proyecto de 1953 disponía: "Si la familia del condenado se hallare o pudiere quedar en situación de indigencia o desamparada, como consecuencia del cumplimiento de las sanciones, el Estado nacional o provincial, proveerá lo conducente para subvenir a sus necesidades".

Capítulo V

LOS SUCESIVOS HORIZONTES DE PROYECCIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL (LA HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN PENAL)

I. — Panorama general: 59. Panorama general. - II. — El derecho penal antiguo: 60. La legislación penal de las culturas lejanas. 61. El derecho penal greco-romano como punto de laicización de la legislación penal. 62. El derecho penal romano. - III. — El derecho penal medio y moderno: 63. Los germanos. 64. El derecho penal canónico. 65. El derecho penal árabe. 66. Los prácticos y los glosadores. 67. La Carolina. - IV. — La legislación penal en España: 68. La legislación penal en España. - V. — El movimiento reformador del siglo XVIII: 69. El movimiento reformador del siglo XVIII. - VI. — Los principales textos del siglo XIX: 70. El código de Napoleón. 71. El código bávaro de 1813. 72. El proyecto de código para Louisiana. 73. El código criminal del Imperio del Brasil. 74. El código italiano de 1889. 75. Otros códigos del siglo XIX. - VII. — Los códigos penales contemporáneos: 76. Los códigos penales contemporáneos.

D'altri diluvi una colomba ascolto.
Giuseppe Ungaretti

I - PANORAMA GENERAL

59. Panorama general. Es harto difícil marcar estrictamente etapas o períodos en la evolución del derecho penal hasta nuestros días. En general, toda tentativa en tal sentido responde a una filosofía determinada de la historia. En ese campo, complejo, resbaladizo, y que nos arrastraría hasta áreas tan generales y problemáticas como el propio "para qué" y "hacia dónde" del género humano, no penetramos aquí. Bástanos con apuntar, a muy grandes trazos, los conceptos que del objeto de nuestra ciencia se han dado en la historia. No es nuestro propósito agotar esta cuestión que, por otra parte, está aún huérfana de un estudio completo.

Un breve panorama de estos conceptos nos mostrará que no *siempre la ley penal tuvo el contenido ni la forma que hoy asignamos* a la misma. Lo que en otras épocas fue ley y objeto de estudio de la ciencia del derecho penal, hoy no lo es, fenómeno explicable, pues, nuestra ciencia —como todas— ha tenido sucesivos y diferentes horizontes de proyección, que han trazado distintos límites a su dominio. Lo que señalaremos serán las indicaciones más generales sobre estos límites sucesivos.

Si bien no puede hablarse de una continuidad histórica, puede reconocerse en la historia de la ley penal una lucha de la que va surgiendo, arduamente, una concepción del hombre como persona, es decir, como un ser dotado de autonomía ética. Este concepto no surge de una sola vez, ni tampoco en forma progresiva, sino que se gesta en una sucesión de marchas y contramarchas, cuyo origen se pierde en el terreno de la antropología cultural y cuyo desarrollo —y alternativas— continúa hasta nuestros días, no sin dejar de estar amenazado su futuro. Da la impresión de que el hombre se va encontrando, se va reconociendo, en permanente pugna consigo mismo, con otra tendencia que siempre que se alcanza un estadio trata de que allí se detenga el proceso de descubrimiento de la aún hoy muy problemática dimensión del fenómeno humano, y aún que se retrotraiga, lo que frecuentemente se logra. En éste, como en cualquier orden humano, la pretensión de un avance lineal, "es una ilusión que ni siquiera se da en orden al conocimiento, puesto que la pretensión de mostrarlo como una acumulación progresiva es falsa" [1].

Repetimos que no es nuestro deseo hacer aquí una teoría o filosofía de la historia, por lo que renunciamos a descubrir las leyes de este proceso [2], pero, bueno es advertirlo y señalar también, que su despliegue, que nos muestra la panorámica histórica de la ley penal, es uno de los más sangrientos de la historia, que muy probablemente haya costado a la humanidad más vidas que todas las guerras juntas y que es susceptible de herir más nuestra sensibilidad actual que la misma guerra, puesto que ésta, al menos dentro de sus cánones tradicionales, no responde a la tremenda frialdad, premeditación y racionalización que caracteriza a las crueldades y aberraciones que se registran en la historia de la legislación penal.

1 KOESTLER, ARTHUR, *Los sonámbulos*, Bs. As., 1963, p. 502.

2 Sobre ellos, por ejemplo, SOROKIN, PITRIM A., *Las filosofías sociales de nuestra época de crisis*, Madrid, 1960.

Todas las sistematizaciones simplificadoras de las etapas de la legislación penal universal se pliegan a teorías de la historia que, pese a su multiplicidad, pueden dividirse en "cíclicas" y "progresivas", siendo las primeras más propias de la antigüedad y las últimas del siglo XVIII. En nuestra ciencia han prevalecido las "filosofías de la historia penal" de carácter progresivo.

Así, por ejemplo, la división de esta "progresión" en venganza privada, venganza pública, humanización y período actual, no deja de indicar un progreso lineal que en la historia no se ha dado. Detrás de estos criterios no falta la huella de los "tres estadios" de Comte (el teológico, el metafísico y el positivo), que bien puede reconocerce en Enrico Ferri [3]. No muy distante de este pensamiento de los tres estadios se hallaba Röder, quien afirmaba que la venganza, la composición y el talión, pertenecen "al primer grado de la cultura de los pueblos, todavía puramente material", en tanto que la intimidación prevalece en la "segunda edad de la Humanidad", comenzando la "tercera edad de la Humanidad" cuando se va tomando consciencia del fin de la pena y se tiende a defender el "orden exterior del derecho", no aplicando cualquier medio que infunda temor, sino sólo los que aparecen justos en razón de cierta proposición [4]. Esta señalización de etapas se encuentra estrechamente vinculada con la que efectuara Vincenzo Lanza, quien sostenía que hay tres tipos de reacciones penales: la primera de tipo impulsivo, la segunda de tipo inteligente y la tercera de tipo ético, que es la que indica el mayor grado de madurez de la humanidad [5].

Una advertencia es menester formular: no se debe confundir la historia de la legislación penal con la de las ideas penales, puesto que estas últimas, por trascendentes que hayan sido, no siempre se han reflejado en la legislación, ni tampoco, por lo general, fueron receptadas de inmediato cuando ello aconteció. De allí que este segundo aspecto requiera un tratamiento más detenido, en el que se puedan descubrir directrices que conserven vigencia, por mucho que provengan de siglos remotos.

II - EL DERECHO PENAL ANTIGUO

60. La legislación penal de las culturas lejanas. Dentro de la denominación de "culturas lejanas" englobamos culturas que se hallan distantes entre sí en el tiempo, siendo algunas de ellas contem-

[3] FERRI, *Principii*, 1928, pp. 6 y ss.

[4] RÖDER, *Estudios...*, pp. 166-7.

[5] LANZA, VINCENZO, *L'Umanesimo nel Diritto Penale*, Catania, 1929.

poráneas a la edad media y aún a la moderna europeas. Renunciamos a tratar los estadios prehistóricos, que frecuentemente son considerados falsamente, como regulaciones simples del comportamiento, cuando en realidad suelen tener una gran complejidad normativa que generalmente pasa por alto el observador de nuestra cultura. El estudio de esta problemática —interesante y fecundo— no pertenece a la historia de la legislación penal, sino a la antropología cultural [6-7].

a) *China* [8]. Toda vez que los orígenes de la legislación penal china —como los de su historia— se pierden en confusión con la leyenda, resulta difícil referirse con certeza a su remota legislación criminal. Estos relatos hacen elevar a veintiseis siglos antes de Cristo a las primeras dinastías, que luego de una época en la que no se habrían requerido leyes penales (la "gran legalidad") introducen una legislación tremendamente cruel, castigándose como delito más grave la rebelión y estableciéndose varias formas de penas de muerte, amputaciones, castración y marcas a hierro en la frente. No obstante, parece que, según las mismas fuentes, esta legislación penal adolece de empirismo, en tanto que hacen remontar la primera le-

6 Sobre ello, en castellano, puede verse el importante trabajo de BRONISLAW MALINOWSKI, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, 1956.

7 En este apartado mencionaremos frecuentemente los estudios de LADISLAO THOT publicados con el título de *Historia del Derecho Penal Oriental* en la "Revista de Identificación y Ciencias Penales" de La Plata. Aparte de la bibliografía indicada, THOT cita una nutrida bibliografía tanto en esta obra como en su *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal (Arqueología Criminal)*, Buenos Aires, 1927. THOT fue profesor extraordinario de derecho penal en la Universidad Nacional de La Plata. Había nacido en Hungría en 1878 y murió el 8 de mayo de 1935. Fue alumno de Lombroso, magistrado en su país, miembro de diversas academias y viajero infatigable. La reedición de la obra —que aquí seguimos— sería sumamente útil, dado que emplea un enorme material, inaccesible prácticamente, puesto que la mayor parte se halla en las lenguas originales. Cabe destacar a este respecto, que THOT poseía diez y seis lenguas y fue uno de los penalistas más eruditos que profesaron entre nosotros.

8 V. TJONG, ZONG UK, *Zur Geschichte der Kodifikation des Strafrechts in Ostasien*, en ZStW, 1972, 1088-1119; THOT, LADISLAO, *Estudios históricos de Derecho Penal Oriental, Historia del Derecho Penal Chino*, en "Rev. de Identificación y Ciencias Penales", La Plata, 1933, Nros. 25-29, pp. 120-180; KOHLER, JOSEF, *Das chinesische Strafrecht*, Würzburg, 1886; ESCARRA, JEAN, *Le Droit Chinois Conception et évolution, institutions législatives et judiciaires, science et enseignament*, Pekin, 1936; VOGEL, *Die historische Grundlagen des chinesischen Strafrechts*, en "Z.f. vergleichende Rechtswissenschaft", 1923, pp. 106 y ss.; MÜNZEL, FRANK, *Strafrecht in alten China nach den Strafrechtskapiteln in den Mig-Analen*, Wiesbaden, 1968.

gislación sistemática al siglo XXII a.C., con los llamados "emperadores místicos": Yao, Sun y Yu. A estar a estas fuentes legendarias, Yao introdujo el destierro para los que se libraban de la muerte y los latigazos y golpes de bambú para las faltas comunes. Sun, que organizó el gobierno central estableció un Ministerio penal e indicó que el fin de la pena era el miedo, para que no se cometiesen nuevos delitos. Los que sufrían penas de amputación y castración debían ser cuidados por el Estado. Sun publicó sus leyes penales con el título de "Las cinco penas": el homicidio con muerte, el hurto y las lesiones con amputación de uno o ambos pies, el estupro con castración, la estafa con amputación de la nariz y los delitos menores con marca a hierro en la frente. Según esta versión legendaria, la dinastía Chang concluyó su período en el siglo XII a.C. con una legislación penal de gran crueldad, en la que se conocían penas tales como abrazar una columna de hierro candente, descuartizamiento, cocinamiento, azotes, bastón, penitencia, muerte en diversas formas, picamiento de los ojos con hierro candente y extensión del castigo a los miembros de la familia[9]. Otra versión limita el origen de la primera codificación al siglo VI a.C. y de la primera codificación que hoy se conoce, aproximadamente al año 400 a.C.[10], siendo estas fechas las que parecen mucho más ajustadas históricamente.

A estar a los datos que provienen de fuentes legendarias —recogidas por Thot— la dinastía Chou se extendió hasta el siglo III a.C. y fue particularmente fecunda en disposiciones penales. En sus mismos comienzos se recomendaba mesura y meditación antes de aplicar las penas de muerte y mutilaciones. En algún momento limitó las penas al delincuente, aunque luego las volvió a extender a la familia. Llegó a considerar a la necesidad como el único fundamento de la pena, según el emperador Mu-Vang, quien, en las mismas instrucciones destacaba la importancia de los móviles. Más adelante estableció que tres grados de parientes del delincuente serían los que sufrirían la pena y también se ordenó que el encubridor sufriese la pena del encubierto[11]. La dinastía Chou, no obstante, había controlado al Estado preferentemente mediante un control ético-social sólido, pero, a su ocaso sobrevino un período anárquico (403 a 221 a.C.), en que esos métodos ya no fueron eficaces, debién-

[9] Esta versión es dada por THOT, pp. 123-126.
[10] Así, TJONG, op. cit.
[11] Cfr. THOT, 128-129.

dose reemplazar la ética y el ritual por la legalidad como forma de control social, lo que dio lugar a la llamada "escuela de los legistas", opuesta a los principios confucianos, que disolvían al derecho en la ética social. No obstante, los principios confucianos volvieron a imponerse como teoría oficial del Estado en la dinastía Han, a partir del emperador Wu (141-87 a.C.), que encontró amplia recepción en la codificación Tang, en el siglo VIII d.C.[12]. En el siglo anterior se había suprimido la pena a los familiares y se habían establecido cinco clases de penas conforme a la tradición: muerte, deportación, destierro, bastón y azotes. En el año 745 d.C. fue abolida la pena de muerte, aunque a poco fue restablecida. En el siglo X se estableció que en ninguna provincia podía ejecutarse sentencia de muerte que no fuese previamente confirmada en la Capital del Imperio.

En el año 1389 de nuestra era, se sancionó el código penal de la dinastía Ming, que distinguía cinco categorías de infracciones en orden a su gravedad, y mantenía con algunas reformas el sistema de las cinco penas. Este texto fue parcialmente modificado varias veces, hasta que en 1647 se sancionaron "Las leyes y sus suplementos de la dinastía de Ching", que permanecieron prácticamente vigente hasta la república[13], en 1912, y que mantuvo el sistema de las cinco penas: bambú, bastón, destierro temporal, destierro perpetuo y muerte[14].

La confederación mongólica, antes de ser anexada a China, había sancionado una legislación denominada *Zachin Bichik*, que abarcaba la penal. De este texto —del siglo XV— se conservan sólo fragmentos. En el año 1640 se promulgó un código penal de 125 artículos, en que tenía una amplia función la composición y, para delitos muy graves, algunas mutilaciones y la entrega como esclavo[15]. En los orígenes de la legislación camboyana anterior a nuestra era, se sancionó una colección de leyes llamadas *Prea-Thommseat* que establecían 21 modalidades de penas de muerte, con

12 Cfr. TJONG, 1092-1093; sobre el código Tang, MIYAZAWA, KOICHI, *Über einige Vorschriften allgemeinen Charakters des "Kai-Yüan-lü"(Chinesisches Tang-StGB des Jahres 737 c.Chr.)*, en ZStW, 1965 (77), pp. 359 a 378.

13 Este código fue traducido al inglés por G. T. Staunton: *Ta Tsing Leu Lee, beeing the fundamental Laws of the Penal Code of China, London, 1810* (Hay versión castellana de J. DE DIOS VICO Y BRAVO, STAUTON, GEORGES THOMAS, *Ta-Tsing-Leu-Lée o leyes fundamentales del código penal de la China*, Imp. de la Revista de Legislación, Madrid, 1884).

14 Para un análisis detenido del mismo, THOT, op. cit., pp. 139-164.

15 Cfr. THOT, *Derecho anamita, mongol y cambogiano*, en la Rev. cit., 1930, nº 17, pp. 296 y ss.

otros tantos suplicios crudelísimos [16]. En cuanto a la primitiva legislación anamita, que corresponde al siglo XV después de C., se señala su extrema severidad en la punición de la fornicación [17].

b) *India.* Las Leyes, Libro o *Código de Manú*, que son el más elaborado texto penal de la India, provienen de fecha sumamente controvertida por los historiadores, que algunos sitúan en el siglo XIII a.C. y otros en el siglo V a.C. Este código asignaba a la pena una función eminentemente moral, pues purificaba al que la cumplía. Este texto daba adecuada importancia a los motivos y distinguía la culpa del dolo y del caso fortuito.

Toda vez que la facultad de penar era divina, ejerciéndola la autoridad terrena por delegación de Brahama, este texto penal era el puntal de la sociedad hindú fuertemente estratificada del brahamanismo. De allí que su sistema de penas presentase una característica peculiar: la pena pecuniaria aumentaba con la jerarquía de la persona, al par que, por razón de la misma jerarquía, se eximía de algunas penas corporales. Los límites entre el crimen y el pecado se eliminan hasta el punto que el hombre de casta superior, es decir, el brahamán que conociese de memoria el texto sagrado, podía cometer impunemente cualquier hecho [18].

c) *Japón.* El origen del derecho penal japonés también se señala en la teocracia, añadiéndose que había dos clases de penas de prisión: una para los que podían salir algún día, en el sur, y otra, para los que no recuperarían su libertad, en el norte. Los hombres y las mujeres penados podían casarse entre sí y sus hijos eran vendidos como esclavos cuando cumplían ocho años. Sólo en delitos muy graves la pena afectaba a los parientes.

En el siglo VII d.C. se sancionó un código (el *Taiho ritsu*) que se orientó por la legislación penal china y que, por ende, se plegó a su conocido sistema de las cinco penas. Este texto reconocía un sistema de atenuantes que recuerda al hindú de Manú: eran atenuantes el parentesco con el emperador, la pertenencia a la nobleza, los servicios al Estado, la santidad y la ciencia. La conocida pena

16 Cfr. THOT, op. cit., 310 y ss.

17 THOT, op. cit., 284 y ss.

18 V. THOT, LADISLAO, *Historia del derecho penal hindú*, en Rev. cit., 1937, nros. 55 a 60; THONISSEN, JEAN JOSEF, *Etudes sur l'histoire du Droit criminel des peuples anciens*, Bruxelles, 1869; DARESTE, RODOLPHE, *Études d'histoire du Droit*, París, 1889, pp. 69 y ss.

del "hara-quiri", en que el propio delincuente debe abrirse el vientre, fue introducida a fines del siglo VII.

En el medioevo japonés, en 1232, se sancionó "La ley de las penas", que contiene 51 artículos, simplificando las tipificaciones, encabezando la tabulación con los delitos contra el Estado, y que se apartaba notoriamente de la tradición china. Los guerreros (*samuray*) eran castigados con confiscación y tenían derecho de venganza. Los otros eran marcados a fuego en la frente [19].

d) *Corea*. Conociéndose primitivamente las llamadas "Ocho prohibiciones de Kija", de las que se conservan las referentes a homicidio, lesiones y robo, con posterioridad sufrió la influencia de la legislación china [20].

e) *Siam*. Como origen del derecho penal siamés señalan unos una fuente mística local, en tanto que otros lo derivan del derecho hindú y una tercera opinión lo hace derivar del código de Buda, que reforma las leyes de Manú. Su primitivo derecho penal no era más que la voluntad omnipotente del Rey. En el siglo X después de C. se publicó una ley sobre riñas, lesiones y homicidio, que precisaba, con complicadas reglas, el monto de las multas, que se establecían en función de la jerarquía del ofendido. Se establecía la inimputabilidad del niño menor de siete años y de los locos [21].

f) *Egipto*. El Estado egipcio fue una organización teocrática y, por ende, las conductas que afectaban la religión o al faraón eran penadas con muerte, que podía ser simple o calificada por tortura, por horca, crucifixión, decapitación, etc., corriendo igual suerte los padres, hijos y hermanos. Se aplicaba, además, pena mutilante, destierro, esclavitud y confiscación de bienes. Se conocía también el trabajo forzado en las minas, la falsificación se penaba con la amputación de las manos, la violación con castración, el perjurio con la muerte, la revelación de secretos con la amputación de la lengua, etc. Más tarde, la pena de muerte se suprimió para la mayor parte de los delitos y se la reemplazó con la amputación de la nariz. Luego se introdujo la pena de relegación [22].

19 V. TJONG, op. cit., 1099-1101; THOT, *Historia del derecho penal japonés*, en Rev. cit., 1932, pp. 187-249.

20 V. TJONG, p. 1103; THOT, *Derecho siamés y coreano*, en Rev. cit., 350 y ss.; TJONG, *Beziehungen zwischen dem deutschen und korenischen Strafrecht*, en "Fest.f.Welzel", Berlín, 1974, pp. 277-288.

21 THOT, op. cit., pp. 333-349.

22 THOT, *Historia del derecho penal egipcio, armenio, afgano y tibetano*, en Rev. cit., 1932, pp. 250 y ss.; THONISSEN, JEAN JOSEPH, op. cit.; DARESTE, R., op. cit., pp. 1 y ss.

g) *Caldea.* Los fragmentos de escritura cuneiforme caldea indican que su derecho penal tenía un neto corte ético-religioso, puesto que las más graves penas eran las de maldición, consistentes en invocaciones a los distintos dioses, que descargaban las peores calamidades sobre el maldito. Uno de los más graves delitos era la negación de los vínculos de sangre. También conocían la multa, pero como pena menor. La eficacia preventiva de la maldición es explicable por la profunda convicción mágico-religiosa [23].

h) *Asiria.* La mayor fuente de información acerca de esta legislación es la Biblia. Era una legislación cruel, que prodigaba la pena de muerte por crucifixión, por las fieras o por la horca. Solía castigarse con la pena de muerte a los hijos en presencia de los padres. También se ahorcaba a los culpables en masa. El rey Sardanápalo instituyó también como pena el arrasamiento de la casa del delincuente. La Biblia nos relata la historia de Daniel, arrojado al pozo de los leones por no adorar al Rey Darío.

En los siglos XII y XIV a.C. parece que su legislación se caracterizaba por la venganza y el talión. Conocía penas de muerte, corporales y multa. Las penas corporales incluían las mutilaciones [24].

i) *Babilonia.* La más importante legislación penal fue el célebre código del rey Hammurabi, del siglo XXIII a.C. (entre el 2285 y el 2242 a.C.), que contiene disposiciones civiles y penales. Este texto distinguía entre hombres libres y esclavos y establecía penas para varios delitos. La composición, devolviendo el triple de lo tomado, se admitía para los casos de algunos delitos meramente patrimoniales.

Conforme a la concepción de la época, en que los esclavos y los niños se consideraban cosas, éstos podían ser objeto de hurto. Establecía penas drásticas y de aplicación inmediata: el ladrón que era sorprendido cometiendo una efracción de muros, era muerto y emparedado; el que cometía un hurto calamitoso aprovechando un incendio, era echado a las llamas; la que cometía adulterio era arrojada al río con las manos ligadas. Una de las penas era también la expulsión de la ciudad, que se aplicaba a delitos menores. Se consideraba gravísima la ingratitud para con los padres adoptivos. El principio talional campeaba en toda esta legislación: se devolvía lesión por lesión y muerte por muerte. Quien hiciese abor-

[23] Cfr. THOT, *Historia del derecho penal caldeo, asirio, babilónico, sirio y hebreo*, en Rev. cit., 1935, pp. 261-263.

[24] Cfr. THOT, loc. cit., 263-6.

tar a una mujer lesionándola, sufría la muerte de su hija. No obstante, la lesión culposa era penada sólo con los gastos de la curación [25].

Este código, que se encuentra esculpido en un cilindro negro de dorita de más de dos metros de altura, en cerca de 350 líneas, contenía disposiciones especiales para los casos de ejercicio profesional: la nodriza, en cuyos brazos muriese un niño, si no era autorizada por los padres del niño, no podía amamantar a otro, amputándole las mamilas; el médico que causase la muerte, sufría la amputación de la mano; el veterinario que matase una bestia, debía pagar un cuarto del precio al propietario; el arquitecto que causase ruina con muerte, sufría la pena de muerte, y si causaba la muerte del hijo del propietario, sufría la muerte de su hijo. Sus disposiciones distinguen claramente la culpa del dolo, reconociéndose las eximentes de fuerza mayor y caso fortuito, como también la buena fe, el estado de necesidad y la legítima defensa (la mujer de un prisionero que no tuviese cómo sostenerse en su casa y la abandonaba, era absuelta; al que se le ahuecaba un ojo, podía ahuecar el ojo de su agresor). El marido que sorprendía a la mujer en adulterio tenía derecho a echarla al agua con su amante La sanción del hurto era siempre la muerte, salvo para los pequeños hurtos campestres. Entre las penas mutilantes, contaba la de la lengua para los que desconocían al padre, de las manos para los que lo agredían, el cegamiento para los que abandonaban la casa paterna o adoptiva, la amputación de las orejas para el esclavo que desconocía al amo [26].

j) *Siria.* Por la Biblia conocemos algunos datos del derecho penal sirio de la época. Fueron características de esta legislación penal, el talión, distintas clases de penas de muerte y los principios de asilo y de reconciliación, para algunos supuestos. Sabemos que la pena de muerte se ejecutaba por decapitación, crucifixión, estrangulamiento, fuego, despeñamiento, descuartizamiento, etc. También aplicaban penas de mutilación y cegamiento. El asilo se concedía en el palacio real y en los templos; allí debía permanecer el delincuente hasta que hubiese expiado su culpa.

25 Idem, 267-269.

26 Cfr. GATTI, TANCREDI, *L'elemento subbiettivo del reato nella più antica legge criminale conosciuta*, en "Rev. de Identificación y ciencias penales", La Plata, 1930, nº 14, pp. 260-272; BONFANTE, P., *Le leggi di Hammurabi*, Milano, 1903; MANZINI, VINCENZO, *Il diritto penale nella più antica legge conosciuta*, en "Rivista Penale", T. 57, pp. 677 y ss.

Con posterioridad, cuando los romanos se apoderaron de Siria, le dieron una legislación penal que admitía la venganza de la sangre [27].

k) *Israel.* La característica más saliente del derecho penal hebreo fue el talión, aunque según algunos juristas y teólogos hebreos medievales y posteriores, el mismo habría tenido un puro sentido metafórico, indicador de la proporcionalidad de la pena y de la reparación. Por el contrario, otra corriente de opinión entiende que la ley hebrea sancionaba el "ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre" en forma literal y que así se aplicaba entre los hebreos.

Considerando a los Diez Mandamientos como fuente del derecho, en torno de ellos se fueron construyendo los preceptos jurídico-penales y a ese derecho se conoce como el "derecho penal mosaico", originado en las disposiciones de Moisés.

La pena de muerte conoció diversas formas de aplicación: sierra, fuego, horca, cruz, lapidación, espada, ahogamiento, muerte por rueda, descuartizamiento, fieras, flecha, martillo con espinas, pisoteo de bestias, despeñamiento, etc. También conocían otras penas como prisión, excomunión, privación de sepultura y multa. En algunos casos no graves se permitía la composición, la que requería la completa reparación del daño y un sacrificio religioso.

Reconoció también el asilo, que podía amparar a los autores de homicidio culposo y para el que se señalaban "ciudades de asilo". El culpable debía permanecer allí hasta la muerte del pontífice que reinaba al tiempo de la comisión del hecho.

La legislación penal mosaica, armada en torno de los Mandamientos en forma sistemática, se fue modificando luego, por obra de varias escuelas de derecho dirigidas por los fariseos, quienes difundieron que, junto con la ley escrita, Dios había dado a Moisés, una ley oral que, por haberse perdido, exigía de la sabiduría la deducción de las consecuencias de la ley escrita. Estos juristas tomaron el título de *Rabbí* (señor, comandante) y fueron legisladores de los hebreos. Así, por el año 240 de nuestra era, se forma una voluminosa *Repetición* de las leyes (*Michna*), que es una exposición y síntesis de la doctrina jurídica rabítica: con los comentarios, adiciones y anexos a la *Repetición* se formó en el siglo V otra obra, llamada *Estudio* (*Talmud*, conocido como "Talmud ba-

[27] Cfr. THOT, *idem*, 270-2.

bilónico"). Este *Talmud* releva la reincidencia, la legítima defensa, la culpa, la preterintención y el error. Dicho *Talmud* libraba a Dios el castigo del instigador y autorizaba a declarar al homicida "libre como un pájaro", lo que significaba privarlo de la protección para que cualquiera pudiese matarle impunemente (pérdida de la paz). Las penas que establecía eran la muerte, las corporales y las pecuniarias [28].

En cuanto a las disposiciones del Antiguo Testamento que presentan interés penal, son muchísimas las importantes. En torno de los primeros Mandamientos se elaboran los delitos contra la religión, que comprenden la idolatría y la blasfemia, la hechicería, la falsa profecía, el acceso carnal con mujer durante el período menstrual, etc.

"No dejarás con vida a la hechicera" (Éx., 22, 17); "el que ofrezca sacrificio a los dioses, fuera de Yavé, será exterminado" (Éx., 22, 19); "y ese profeta o soñador será condenado a muerte por haber aconsejado la rebelión contra Yavé, vuestro Dios, que os sacó de Egipto" (Deut., 13); "...denúnciale irremisiblemente, y sea tu mano la primera que contra él se alce para matarle, siguiendo después las de todo el pueblo; le lapidaréis hasta que muera, por haber buscado apartarse de Yavé, tu Dios..." (Deut. 13); "y no haya en medio de tí quien haga pasar por el fuego a su hijo o a su hija, ni quien se dé a la adivinación ni a la magia, ni a las hechicerías y encantamientos; ni quien consulte a encantadores, ni a espíritus ni a adivinos, ni pregunte a los muertos" (Deut. 18, 10 y 11); "no te acercarás a una mujer durante el tiempo de su impureza para descubrir su desnudez" (Lev. 18, 19).

En cuanto a los Mandamientos de guardar el sábado y la honra a los padres, sus violaciones fueron penadas con muerte. El telión se hacía presente una vez más en el homicidio, violación del quinto Mandamiento.

"Quien maldiga a su padre o a su madre, será castigado con la muerte; caiga su sangre sobre él" (Lev. 20, 9); "el que derramare sangre humana, por mano de hombre será derramada la suya, porque el hombre ha sido hecho a imagen de Dios" (Gén. 9, 6).

28 THOT, op. cit., pp. 272-296; THONISSEN, JEAN JOSEPH, op. cit.; DU BOYS, ALBERT, *Histoire du Droit Criminel des Peuples anciens depuis la formation des sociétés jusqua l'etablissement du Christianismus*, París, 1845, pp. 40 y ss.; HOLTZENDORFF, FRANZ VON, *Einleitung in das Strafrecht*, en "Handbuch des deutschen Strafrechts", editado por Holtzandorff, Berlín, 1871, pp. 17 y ss.; GOLDSTEIN, MATEO, *Derecho hebreo a través de la Biblia y del Talmud*, Bs. As., 1947; TERÁN LOMAS, ROBERTO A. M:, *El adulterio entre los antiguos hebreos*, en LL., 1944 (35-1146); DARESTE, R., *Études*..., cit., pp. 18 y ss.

No obstante, la Biblia distingue nítidamente los casos de dolo, culpa, riña y caso fortuito (Éx. 21). En torno de los Mandamientos 6º y 9º se hicieron los delitos contra las costumbres, condenándose la seducción y la violación, y haciendo varios distingos, según que la víctima fuese virgen, no desposada, desposada o prometida. El adulterio se castigaba con muerte [29], al igual que el incesto (Lev. 18, 7 a 18).

"Si un hombre fuese sorprendido yaciendo con una mujer desposada, serán muertos los dos, el hombre que yació con la mujer y la mujer. Así quitarás el mal de en medio de Israel" (Deut. 22, 22); "si una joven virgen se desposó a un hombre y encontrándola en tanto otro en la ciudad yace con ella, los llevaréis a los dos hasta la puerta de la ciudad y los lapidaréis hasta matarlos; a la joven por no haber gritado en la ciudad; al hombre por haber deshonrado a la mujer de su prójimo. Pero si fue en el campo donde el hombre encontró a la joven desposada y, haciéndole violencia, yació con ella, será sólo el hombre el que muera" (Deut., 22, 23 a 25). "Si un hombre encuentra a una joven virgen no desposada, la coge y yace con ella y fuesen sorprendidos, el hombre que yació con ella dará al padre de la joven cincuenta siclos de plata y será su mujer, por haberla él deshonrado, y no podrá repudiarla en su vida" (Deut. 22, 28 y 29).

El hurto era penado fundamentalmente con restitución, que a veces se multiplicaba. El que se introducía en heredad ajena podía ser legítimamente rechazado y muerto.

"Si el ladrón fuese sorprendido perforando un muro y fuese herido y muriese, no será delito de sangre, pero si hubiera ya salido el sol, responderá de la sangre; deberá restituir; y si no tiene con qué, será vendido por lo que robó". Si lo que robó, buey, asno u oveja, se encontraba todavía vivo en sus manos, restituirá el doble. "Si uno daña un campo o una viña, dejando pastar su ganado en el campo o en la viña de otro, restituirá por lo mejor de su campo o lo mejor de su viña" (Éx. 22, 1 a 4). "Si uno roba un buey o una oveja y la mata o la vende, restituirá cinco bueyes por buey y cuatro ovejas por oveja" (Éx. 21, 37).

En torno del 8º Mandamiento se erigen los delitos de falso testimonio y perjurio, que se penan talionalmente, haciendo sufrir la pena que debía haber sufrido la víctima.

"Si surgiese contra uno un testigo malo, acusándolo de un delito, los dos interesados en la causa se presentarán ante Yavé, ante los sacerdotes y los jueces en funciones en ese tiempo; quienes si, después de una escrupulosa investigación, averiguasen que el testigo mintiendo había dado falso testimonio

[29] Ibídem.

contra su hermano, le castigarán haciéndole a él lo que él pretendía se hiciese con su hermano; así quitarás el mal de en medio de Israel". "Los otros, al saberlo, tendrán y no cometerán una mala acción en medio de tí; no tendrá tu ojo piedad; vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie", (Deut. 19, 16 a 21).

I) *Persia.* El derecho penal persa tiene dos períodos: uno antiguo, que responde a las ideas zoroástricas, y otro que se inicia en el siglo VII de la era cristiana, en que adopta la religión mahometana. La primera época, bajo la dinastía de los Aqueménidas, se da una legislación penal notablemente cruel. La crueldad de que rodeaban la aplicación de la pena de muerte fue extraordinaria. Una de sus formas más brutales se conoció como "scafismo", que consistía en presionar el tronco del ejecutado dejando que sus miembros, cubiertos de miel, fuesen atacados por las moscas y los vermes excrementicios le royesen los intestinos. Otra forma consistía en enterrar vivo al condenado. También se utilizó el fuego, el descuartizamiento y, con mucha frecuencia, la crucifixión. La decapitación —que no tenía carácter infamante— se aplicó a los miembros de la casa real en caso de sublevación. Aplicaban también penas corporales amputativas de nariz, orejas, manos, pies y cegamiento por aceite caliente. También conocieron el destierro, la confiscación de bienes y la infamia. Bajo la dinastía de los Sasanidas, el rey Artajerjes promulgó una importante reforma penal. Artajerjes dividió a los hombres según su alto o bajo origen. A los primeros, las penas corporales no se les ejecutaba en su cuerpo, sino en su ropa.

La idea general del derecho penal persa era que todo delito era un crimen contra el soberano. Los administradores de las provincias eran responsables ante los particulares y ante el soberano por los delitos que se cometían en las provincias. Esto explica su extremada crueldad. El rey Ciro ordenó que todos los casos fuesen juzgados por los tribunales en juicios que se realizaban en las plazas públicas. Una modalidad ejecutiva consistía en dejar insepultos los cadáveres de los condenados.

Según las enseñanzas de Zoroastro, la pena de los delitos consistía en separar al delincuente de la comunidad social.

Introducida la cultura mahometana, en Persia siguieron subsistiendo las viejas instituciones como derecho penal lego, adaptadas a las nuevas circunstancias[30].

Dareste, R., *Études*..., cit., pp. 101 y ss.

[30] Cfr. THOT, *Derecho penal persa*, en Rev. cit., 1930, nº 18, pp. 418-445;

II) *Aztecas.* La ley penal azteca era sumamente dura, sancionando una ética inflexible. Se habla del código de Netzahuatlcóyotl, que contenía penas severísimas y caracterizadas por la venganza y el talión. Las penas conocidas eran la muerte (que se ejecutaba por lapidación, estrangulamiento y decapitación), esclavitud, destierro, confiscación, destitución de empleo y prisión, que también podía ser domiciliaria. El derecho penal azteca era público. No se permitía ni siquiera la muerte privada de la adúltera sorprendida, pese a que el adulterio se penaba con pena capital, y tampoco se admitía ninguna interferencia en la potestad punitiva del estado. En general, no había una jurisdicción especial para la familia real, aunque en algunos delitos se consideraba la pertenencia a la misma como una atenuación [81].

m) *Incas.* La organización del Incanato tenía una base teocrática, de modo que los más grandes delitos eran los que afectaban la intangibilidad del Inca. Las relaciones con su mujer se penaban arrasando también al pueblo al que pertenecía el autor. La severidad de su ley penal deriva de su carácter imperialista, es decir, guerrero. Su ley penal distinguía entre nobles y plebeyos, siendo más benigna para los primeros. Dado que los Incas no usaban la escritura, no hubo un código, sino que su legislación penal se transmitía oralmente y en base a sentencias concretas. Se castigaban con pena de muerte el "asesinato, adulterio, violación, incesto, el coito con las vírgenes del sol, la sodomía, el hurto de bienes imperiales, la deserción, la indisciplina militar, ciertos delitos fiscales, las defraudaciones de los recaudadores, la pereza habitual, el aborto, la traición [82]. La pena de muerte se ejecutaba por decapitación, que no era infamante, por la hoguera, la horca, el despeñamiento, el descuartizamiento, la lapidación y el arrastramiento (que era la más infamante). Menos frecuente era el tormento y una pena que consistía en ser librado a los indios "antis" que eran antropófagos. Parece ser que conocieron alguna forma de ordalía. También aplicaban la reducción a servidumbre.

[81] KOHLER, J., *El derecho penal de los aztecas*, trad. de Carlos Rovalo y Fernández, en "Criminalia", 1937, pp. 396 a 423; MACEDO, MIGUEL, *Apuntes para la historia del derecho penal en México*, México, 1931; THOT, LADISLAO, *Sul diritto penale latino-americano*, en "Scritti in on. di E. Ferri", Torino, 1929, pp. 487 a 509 (489 a 492); MORENO H., MOISÉS, *Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht*, Diss., Bonn, 1977, pp. 7 y ss.

[82] VILLAVICENCIO, VÍCTOR MODESTO, *El derecho penal de los Incas*, en "Rev. de Derecho Penal", Bs. As., 1946, I, pp. 21-45 (40).

Conocían penas deshonrantes, como el corte de cabello, exposición a la vergüenza, amonestaciones públicas [33]. Las penas pecuniarias no tuvieron gran difusión debido a la organización económica del imperio. Aplicaban sanciones colectivas en caso de rebelión, que frecuentemente consistían en transladar la población rebelde a territorio que se hallase entre poblaciones leales y en obligarles a llevar indumentarias especiales. Conocimos una población ecuatoriana que proviene de Bolivia, y que aún hoy viste de negro, cumpliendo la pena impuesta por el Inca. Villavicencio concluye en que "es inegable que el derecho penal de los Incas, más que por consideraciones de carácter moral psicológico, estuvo influído por la concepción del estado absolutista, por su carácter teocrático, por su organización de tipo socialista" [34].

61. **El derecho penal greco-romano como punto de secularización de la legislación penal.** La legislación penal griega en general, se ha perdido, conservándose sólo fragmentos en las obras de autores que tratan de otras materias. Una idea bastante clara del proceso penal ateniense nos la proporciona el juicio de Sócrates, que se conserva principalmente por obra de Platón. Por medio de estos fragmentos de obras filosóficas y literarias, sabemos que en Atenas había desaparecido la crueldad que caracterizaba las penas del mundo antiguo y que, como consecuencia de la concepción griega de la polis, su ley no respondía a la base política teocrática de los estados antíguos. Pese a ello, bueno es advertir que Sócrates fue juzgado y condenado por un delito contra la religión, aunque debe recordarse que se le dio la posibilidad de huir.

Cada polis tenía su propia legislación penal y, respecto de algunas carecemos casi por completo de noticias. Sabemos que la legislación penal de Esparta difería notablemente de la de Atenas, como corresponde a la severidad penal de un estado guerrero e imperialista. De cualquier forma, no obstante que esta ley penal correspondía a una diferente concepción política, ello no implicaba que la misma fuese una idea teocrática del Estado, de la que estaban alejados tanto los espartanos como los atenienses [35].

33 Idem, p. 41.

34 Idem, p. 45; también JIMÉNEZ BRUNO, DANIEL, *La criminología y la ejecución penal en el Perú*, en "Rev. Mex. de Prevención y readapt. social", 1974, 14, pp. 13 y ss.

35 Sobre el derecho penal griego, THONISSEN, JEAN JOSEPH, op. cit.; DU BOYS, ALBERT, op. cit., pp. 130 y ss.

No podemos ocuparnos aquí de los detalles de la historia penal, pero lo que llevamos dicho del derecho penal oriental nos servirá para comprender lo que sigue. Con Grecia y Roma hacen su entrada la racionalidad de la reacción penal, es decir, que se mundaniza, se seculariza marcadamente la legislación penal. No será un logro defintivo, puesto que, como habremos de ver, hay un complicado juego de marchas y contramarchas, pero, de toda forma, es cuando en la antigüedad se alcanza el mayor grado de secularización. El genio griego no mostró predilección por lo jurídico, aunque sentó las bases por donde circularían las primeras escuelas o tentativas de escuelas jurídicas romanas. Allí ya se puede hablar de una verdadera ciencia jurídico-penal [36] y se puede seguir el curso de la legislación penal durante más de trece siglos, que van desde el VIII a.C., con la monarquía, hasta el VI de la era cristiana, con el Digesto, y aún durante nueve siglos más en el imperio de Oriente. Si bien los romanos no alcanzaron en nuestra ciencia la perfección que dieron al derecho civil, no cabe duda que en lo legislativo su papel ha sido importante [37], como no puede ser menos un imperio que cubre tan dilatado período de la historia humana y del cual deriva en forma directa nuestra cultura.

De cualquier modo, y dado que la concepción teocrática y la divinización del derecho no desaparecen de golpe —y consiguientemente, no se opera abruptamente su secularización— tampoco desaparecerán algunas de las instituciones penales a las que nos hemos referido de paso y en cuyo sentido es bueno que nos detengamos un instante, porque si bien hoy han desaparecido, una observación atenta de las mismas nos muestra que algunas se han transmutado y que, en la lucha actual por el derecho y por la fundamentación antropológica del mismo, aparecen eventualmente signos de la vuelta de las mismas, o, al menos, de sucedáneos que hacen sus veces. Corresponde formular estas reflexiones al comenzar el tratamiento del derecho penal de culturas que nos están próximas, sin olvidar que las leyes penales de las culturas remotas —a que nos hemos referido— no siguen los criterios teocráticos en igual medida, sino que algunas, como la china, se encuentran mucho más preocupadas de problemas terrenos que otras, aunque sin abandonar el marco teocrático general.

[36] Cfr. THOT, *La ciencia jurídico-penal romana*, en Rev. cit., 1930, p. 252.
[37] Cfr. FLORIÁN, EUGENIO, *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, 1910, p. 111.

Ladislao Thot llamaba "arqueología criminal" al "conocimiento y estudio histórico-jurídico de las antiguas instituciones de la administración de justicia criminal", precisando que "el estudio de las antiguas instituciones de la administración de la justicia criminal convence de que tales instituciones (y costumbres judiciales) tenían siempre una *finalidad consciente*, que puede considerarse con todo derecho de orígen político-criminal". Agregaba que "del estudio de todas estas instituciones pretéritas se llegaba a la conclusión de que la arqueología criminal es una parte complementaria de la política criminal, especialmente de la por nosotros llamada criminal histórica, cuyo conocimiento es indispensable para una exacta y cabal comprensión de la política criminal propiamente dicha" [38].

El estado oriental buscó la cohesión social a través de la ética social universal y severa. La ley penal sirvió para fortalecer esa ética. La derivación de la ética y de la ley social de la autoridad divina y la consideración del gobernante terreno como representante de esa autoridad servía aún más para fortalecer los valores de esas sociedades. Era ésta una forma de solidificar una fuerte estructura social y al mismo tiempo una vía para huir de cualquier responsabilidad social, pues el orden dado no provenía de ningún ser humano. La ley se hacía intangible por divina. No sólo el juzgador, la autoridad terrena, estaba exento de responsabilidad por la ley, sino también por el juicio acerca de los hechos, que se hacía derivar de Dios, quien intervenía para dirimir la cuestión fáctica en el proceso, por medio de la "ordalía" o "prueba de Dios" [39]. Si Dios daba la ley aplicable y dirimía la cuestión de hecho en el caso concreto, ninguna responsabilidad por la sentencia incumbía a quien operaba como "juez" en la tierra. Muchos siglos después, los jueces huirán de cualquier responsabilidad por vía de la interpretación exegética del más crudo positivismo jurídico, de una concepción formal del derecho y del sistema procesal conocido como de "prueba tasada" [40].

La ética social férrea se fortalece cuando se sanciona junto con el delincuente a la familia y al grupo. Cada individuo del grupo social se convierte en un policía de seguridad. La llamada "corrupción de la sangre", es decir, la pena que alcanza a la familia y al grupo, es un medio de control social inmenso. Por vías indirectas

38 THOT, *Historia de las antiguas instituciones del derecho penal (Arqueología Criminal)*, Buenos Aires, 1927, p. 11. Sobre estas instituciones penales, con importantes datos y bibliografía, CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, cit., y HENTIG, HANS VON, *La pena*, cit., en cuanto a ordalías, BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Curiosidades penales*, en JA, 1964, 114-965 y ss.

39 V. THOT, op. cit., pp. 139 y ss.

40 V. ZAFFARONI, *Sociología Procesal Penal*, México, 1968.

se tratará de volver a él siempre que una legislación penal pretenda ejercer un control social exagerado (sanciones indirectas, en este sentido, son la pérdida de prestigio social, la pérdida de empleo, la afectación económica a la familia del delincuente, etc.).

La composición, es decir, la cancelación de la pena mediante un pago a la víctima o a sus deudos, es un medio de preservar la capacidad productiva de la población —y también la capacidad guerrera— sin afectar el principio de que la pena alcanza a todos los culpables. Algunas de las más modernas sustituciones de penas privativas de libertad tienen el mismo objeto.

Las sanciones a cosas y a animales [41] tienen por objeto fortalecer la ética social hasta el límite de convencer a la población de que nadie ni nada, ni siquiera las cosas, los animales o los muertos, escapan a la sanción penal, que responde a una ley universal que todo lo gobierna. Este género de sanciones suele reaparecer con la "ley de Lynch" y en general, en cualquier momento de la historia en que desaparece el derecho e irrumpe el caos. Ejemplos contemporáneos a este respecto abundan como para que sea menester citarlos.

Las penas mutilantes que tienen por fin dejar una marca indeleble en el cuerpo de la víctima, como también las marcaciones a fuego, son medios de fortalecer la ética social, similares a las penas que "escarmientan" o "ejemplarizan". Los registros de antecedentes y el "fichaje" de delincuentes y prostitutas contemporáneos, al par que auxiliares de la justicia, suelen cumplir esta función [42].

Las penas mutilantes incapacitantes son un impedimento físico para reincidir en el delito. Hoy se encuentran fuera del concepto de pena, pero, cuando las penas privativas de libertad no cumplen su función resocializadora de prevención especial, quedan también convertidas en puros impedimentos físicos.

Basten estos ejemplos para dejar en claro que la desaparición de formas tan brutales, que pertenecen a la "arqueología criminal", no implican la desaparición de las motivaciones político-penales a que ellas respondían y que aún subsisten revistiendo otras formas. Es importantísimo el conocimiento de estas instituciones, porque no se trata de eliminarlas, sino de eliminar la tendencia político-penal a que responden, que son las que alejan a cualquier legislación penal de una fundamentación antropológica adecuada.

41 V. THOT, op. cit., pp. 13 y ss.

42 Cfr., entre otros, GOFFMAN, ERVING, *Estigma, Notas sobre a manipulaçao da identidade deteriorada*, Rio de Janeiro, 1978.

62. **El derecho penal romano.** La famosa afirmación de Carrara, según la cual los romanos fueron gigantes en derecho civil y pigmeos en derecho penal, ha desatado una larga polémica que oscurece el estudio objetivo del derecho penal romano. Se le ha reivindicado, a veces exageradamente [43] pero lo cierto es que la literatura sobre el tema, particularmente el gran estudio de Mommsen [44], nos da los elementos para hacer una ponderación adecuada del mismo.

En Roma, como en todos los pueblos primitivos, el derecho penal tuvo un origen sacro. A partir de la ley de las XII Tablas (siglo V a.C), ya el derecho se encuentra laicizado y se establece la distinción entre los *delicta publica* y los *delicta privata*. Los delitos públicos eran perseguidos por los representantes del Estado en el interés del mismo, en tanto que los delitos privados eran perseguidos por los particulares en su propio interés. No obstante, no debe pensarse que en el concepto de *delicta publica* se incorporaban sólo delitos contra el Estado. Los delitos públicos se formaron en torno de dos conceptos básicos: los delitos de *perduellio* y de *parricidium*. Estos delitos son los padres de los grandes grupos de delitos, es decir contra el Estado y delitos contra los particulares. Debe recordarse que el *parricidium* previene de la muerte del *pater*, es decir, del hombre libre (que sólo era el *pater familiae*, jefe de la *gens*). El *perduellio* se componía de diversos crímenes contra el Estado, y el *parricidium* fundamentalmente, del homicidio del hombre libre. A su lado se hallaban las sustracciones de bienes de templos (*sacrilegium*) y de bienes comunes (*peculatus*). El resto de los delitos públicos quedaba librado a las facultades del magistrado (*coercitio*). Este pri-

[43] Sobre ello, RIVAROLA, HORACIO C., *En defensa del derecho penal de los romanos*, en "Rev. de Der. Penal", Bs. As., 1947, 4, 321-331; THOT, op. et loc. cit.; FERRI, ENRICO, *La riabilitazione del diritto penale romano*, en "Studi sulla criminalità ed altri Saggi". Torino, 1926, p. 375.

[44] MOMMSEN, R., Römisches Strafrecht, Leipzig, 1899 (traducción francesa de Duquesne, París, 1906-7; castellana de Pedro Dorado Montero, Madrid, s.f.). Sobre el derecho penal romano en especial: FERRINI, CONTARDO, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, en "Enciclopedia Pessina", I, Milano, 1905, pp. 3 a 428 (con indicación de completísima bibliografía en la p. 428); CAPOBIANCO, *Il diritto penale romano in confronto al diritto penale vigente e alle teorie della scuola positiva*, Firenze, 1894; COSTA, E., *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921; REIN, WILHELM, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, Leipzig, 1844; ZUMPT, A. W., *Das Criminalrecht der römischen Republik*, T. I (1865), T. II (1869); GEIB, KARL GUSTAV, *Geschichte des römischen Kriminalprozesses bis zum Tode Justinianus*, Leipzig, 1842; DU BOYS, ALBERT, op. cit., pp. 237 y ss.; HOLTZENDORFF, FRANZ VON, op. cit., pp. 21 y ss.; HIPPEL, ROBERT VON, op. cit., I, pp. 17-19.

mitivo derecho penal romano se componía, pues, de distintos ámbitos que permanecían en una complementación paralela: crímenes capitales, *coercitio* del magistrado, *delicta privata* y castigo familiar.

El concepto de la paz pública se manejaba respecto del *perduellio*, por lo que solía penársele con la *capitis sacratio*, que tenía similitud con el derecho penal griego y que era el equivalente de la "pérdida de la paz" de los germanos[45].

Con posterioridad se pasó al procedimiento *extra ordinem*, que de extraordinario culminó por convertirse en ordinario, y con el que se afirmó definitivamente el carácter público del derecho penal y de la acción penal, lo que tuvo lugar con el advenimiento del imperio, y en función de lo cual, también los delitos privados eran sometidos a penas públicas. Durante la República el pueblo romano había sido simultáneamente legislador y juez, y sólo quedaban como delitos privados, relegados a arreglo entre las partes los más leves. La justicia republicana, primero en mano de los comicios, pasa luego, por delegación, a tribunales penales, que fueron las *Quaestiones*. A las *Quaestiones* se les fue entregando el juzgamiento, primero para casos especiales y luego en forma permanente, aunque su competencia se fue ampliando por delitos, y las sucesivas leyes que se le asignaron se conocen como las leyes *Corneliae* y *Juliae*. Estos tribunales actuaban por delegación del pueblo romano y penaban por exigencias de la "majestad del pueblo romano" y de la "salud de la cosa pública", lo que estaba ya bien distante de las concepciones teocráticas orientales. El derecho penal romano se funda exclusivamente en el interés del Estado. Esta publicitación de delitos constituye un importante progreso, porque nos hallamos con tipos, penas y procesos regulados por ley, no obstante que aún se seguía complementando con la *coercitio* de los magistrados, los *delicta privata* y el castigo familiar.

Sobrevenido el imperio, se afirma la publicidad del derecho penal romano con el procedimiento extraordinario, que era constituido por tribunales que actuaban por delegación del Emperador, el que lo hacía personalmente en casos importantes y cuyo poder jurisdiccional estaba por sobre la ley. Fue así que la legislación criminal se interrumpió y la jurisprudencia se limitó a los *crimina publica* hasta entonces existentes, pero con la posibilidad de apartarse del tipo y de la pena.

45 Cfr. FERRINI, I, 144.

El imperio fue corrompiendo las instituciones republicanas y la *cognitio extra ordinem* se fue convirtiendo en jurisdicción ordinaria, pues el ámbito de los crímenes *majestatis* fue ampliándose cada vez más. El crimen *majestatis* llegó a límites absurdos, en que se consideraba tal desnudarse ante la estatua de un emperador, vender su estatua consagrada, llevar su esfinge en medalla o moneda a un lupanar, hacer telas o vestidos púrpura (se consideraba signo de conspiración), tener relaciones con princesa imperial, dudar del acierto del emperador en la elección de funcionarios, y cualquier clase de crítica en general.

A partir de aquí habremos de observar el mismo fenómeno en toda legislación penal posterior: en tanto que con la afirmación del carácter público del derecho penal aún nada se dice acerca de la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, cuando sobreviene un período imperialista, surge una marcada tendencia a publicitar todos estos bienes y a reducir al derecho penal a un instrumento al servicio de los intereses del Estado. Ya no habrá intereses particulares tutelados públicamente, sino que todos serán intereses públicos. En el caso de Roma, puede concluirse en que el derecho penal justiniano es "la expresión del principio de que la conservación del Estado es el fundamento de la punición" [46].

La característica del derecho penal imperial romano, convertido en un instrumento de apuntalamiento del estado, se ponía de manifiesto incluso en el sentido funcional que se le asignaba a la religión romana. En Roma, no era delito adherir a una nueva religión o adorar una divinidad no reconocida, pero lo era no adorar a las deidades reconocidas. Cabe recordar que los cristianos fueron perseguidos por crimen *majestatis*, por ofender al príncipe, negándole culto a su persona y a la de sus predecesores, no participando en las festividades nacionales y no asociándose a las ceremonias. El magistrado romano no reprochaba al cristiano que adorase a Cristo, sino no hacerlo "junto a los otros dioses" [47].

El derecho penal romano imperial es el triunfo del Senado sobre los Comicios, del imperio sobre la república. En síntesis, el derecho penal romano nos muestra una lucha que seguirá hasta hoy: el derecho penal republicano y el derecho penal imperialista.

Entre las más importantes fuentes del derecho penal romano, particularmente por la forma en que fue receptada posteriormente, se cuentan los llamados

[46] PESSINA, op. cit., I, 49.
[47] Cfr. FERRINI, op. cit., pp. 344-346.

"libris terribilis" del Digesto (Libros XLVII y XLVIII). Dispone el título I del libro XLVII que los herederos o sucesores no están sometidos a la acción criminal, pero que ésta puede ser ejercida por los sucesores de la víctima, distinguiendo nítidamente la acción civil de la criminal. El título II trata de los hurtos; los títulos III y IV plantean cuestiones de carácter civil ajenas al hurto; el título V da acción por hurto contra los capitanes de naves, mesoneros y venteros, por los hurtos cometidos por ellos o por sus dependientes; el título VI faculta a los dueños de esclavos que cometieron hurto para que entreguen el esclavo o su valor; el título VII trata del daño consistente en la corta de árboles furtivamente; el título VIII se ocupa de los bienes arrebatados violentamente; el título IX del incendio, ruina y naufragio; el título X de las injurias y libelos infamantes. El título XI trata de los delitos extraordinarios, penando por tales a los adúlteros, violadores, corruptores, acaparadores, etc. El título XII trata la violación de sepulcro; el título XIII la concusión; el XIV el abigeato; el XV la prevaricación; el XVI el encubrimiento; el XVII los hurtos en baños; el XVIII las fracturas y despojos; el XIX el despojo de herencia; el XX el estelionato; el XXI la alteración de límites de feudos; el XXII los colegios y corporaciones ilícitos y el XXIII las acciones públicas.

Los títulos I, II y III del libro XLVIII tratan cuestiones procesales. El título IV contiene la ley *Juliae*, penando como crímenes *majestatis* los delitos de traición, rebelión, sedición y conspiración para asesinar a dignatarios. Se expresa claramente que "el delito que se dice de majestad es próximo al sacrilegio", incluyéndose entre ellos la destrucción de estatuas imperiales. Se admite como acusador a cualquiera, incluso los infames, los esclavos y las mujeres, cosa que no sucede con los restantes delitos. El título V contiene la ley Julia de adulterio. El VI se ocupa de la violencia pública y el VII de la privada. El VIII de los sicarios y encomendadores; el IX de los parricidios; el X de las falsedades; el XI de las concesiones; el XII de los delitos contra las provisiones públicas; el XIII de los peculados y sacrilegios; el XIV de la pretensión de cargos por entrega o soborno; el XV de los plagiarios; el XVI de los calumniadores y tergiversadores; el XVII de las condenaciones de ausentes; el XVIII del tormento; el XIX de las penas; el XX de los bienes de los condenados; el XXI de los bienes de los que antes de la sentencia se procuraron la muerte o corrompieron al acusador; el XXII de los interdictados, relegados o deportados; el XXIII de los que sufrieron condena y el XXIV de los cadáveres de los penados.

Además de los *Libris terribilis*, dentro del mismo Digesto, es dable mencionar el libro III título VI, que trata de los calumniadores; el libro IX título II, que es un comentario a la Aquilia, en el que, entre otras cosas, se dice que "la razón natural permite defenderse contra un peligro". El libro XLIII título XVI, trata de la fuerza y de la fuerza armada.

En el *Código* es de mencionar el libro VI título II, que trata de los hurtos y de la corrupción de esclavos.

En las *Novelas*, los más importantes textos penales son: la XII, de las nupcias incestuosas y nefandas; la XIV, de los alcahuetes; la LXXVII, que trata la blasfemia y las prácticas "contra la naturaleza"; la CXLI, contra las impudicias; la CXLII, sobre castraciones; la CXLIII, del rapto; la CL, de las mujeres raptadas que se casan con los raptores; la CLI, de los que no comparecen a juicio.

Como características generales del derecho penal romano, al cabo de trece siglos de evolución, pueden observarse [48], entre otras, la especial significación que otorgaba al dolo (*dolus*), caracterizado mediante el *animus* como voluntad realizadora del tipo, excluido por el desconocimiento de cualquiera de sus características, lo que hace por demás dudoso que el *dolus* romano requiriese el conocimiento de la antijuridicidad [49]. La omisión sólo se penaba en determinados casos y la tentativa era aún un concepto desconocido, no penándose en los *delicta privata* y penándose como delitos independientes los actos preparatorios y ejecutivos de delitos públicos [50]. Si bien se equiparaba la pena de todos los concurrentes, se distinguía entre autor, cómplice e instigador. Además de los casos de cumplimiento de órdenes y deberes, se conocieron las causas de justificación, tales como la legítima defensa, el estado de necesidad y, en los delitos privados, el consentimiento.

Hasta entrado el imperio y sólo en ciertos casos, se abrió la posibilidad de una pena única, puesto que a lo largo de casi toda la evolución, la concurrencia se manejó sólo a nivel procesal.

En cuanto a la cuantificación de la pena, ésta no llegó a ser en Roma materia de una consideración racional y, especialmente bajo el imperio fue objeto de un manejo arbitrario por parte de los magistrados, a lo que contribuía la difusión de la "gracia" imperial, que había sido instituto poco frecuente en la república.

El derecho penal romano, en general, evidenció una actitud legislativa que es denunciada con buen criterio también en lo que a nuestras leyes contemporáneas respecta: a medida que aumentaba su represividad y autoritarismo, tendía a "normalizar y generalizar lo que se estimaba excepcional y especial" [51].

Con todo, no es cuestión de magnificar la importancia del derecho penal romano, porque, con razón, dice Hippel que el "derecho penal imperial, dada su inseguridad, dureza y arbitrariedad, no desarrolló ningún modelo", sino que "el perfeccionamiento lo emprendio el derecho canónico-italiano" [52].

48 Sobre estas características generales, HIPPEL, ROBERT VON, *Lehrbuch*, Berlín, 1932, I, 17.

49 Sobre esto parece haberse leído superficialmente a MOMMSEN, trad. de P. Dorado, I, 94 y ss.

50 Cfr. MOMMSEN, I, 103.

51 RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, *Libertades cívicas y derecho penal*, Madrid, 1975, p. 349.

52 HIPPEL, ROBERT VON, op. cit., I, p. 17.

III - EL DERECHO PENAL MEDIO Y MODERNO

63. **Los germanos.** El predominio germánico se extendió desde el siglo V al XI d.C. A lo largo de esos siglos el derecho penal germano fue evolucionando como resultado de los contactos con los romanos primero, y con el cristianismo después.

El hombre germano se concebía a sí mismo como integrante de una unión: casa, familia, pueblo. El orden imperante en esas uniones era entendido por él como el derecho. De allí que la paz dentro de la unión suprapersonal fuese el derecho y el delito su quebrantamiento. Esta paz que el delito quebrantaba no estaba impuesta por el hombre, sino por los dioses, cuyo culto era necesario para su conservación, y también la paz tenía un significado para el culto, porque lo posibilitaba. La paz era una relación sagrada que consistía en respetar la paz ajena, y la lesión a la paz ajena era un atentado al culto, que imponía al otro la venganza [53].

De allí que se haya discutido si la pena tenía realmente carácter sagrado entre los germanos [54].

La pena más grave que conocían los germanos era la pérdida de la paz (*Friedlosigkeit*). Era una consecuencia del principio talional: quien lesionaba la paz, podía perder la paz. Si la paz era el orden y el derecho, la pérdida de la paz era la pérdida de la protección jurídica.

"La pérdida de la paz se refería a la persona y a los bienes; permitía cualquier lesión sobre la persona y sobre las cosas del malhechor y llevaba, en definitiva, a su muerte y a la destrucción o devastación de sus bienes". Si bien la muerte se daba generalmente por mano privada, también podía responder a la mano pública, asumiendo en este último caso el carácter de un sacrificio a la divinidad ofendida [55]. Hay una analogía entre esta institución y la *capitis sacratio* del derecho romano antiguo, que hace opinar que la pérdida de la paz no era exclusiva de los germanos [56].

La paz, quebrantada por el delincuente, no era propiamente la del grupo o pueblo, sino la de la víctima, que tenía carácter sagrado. De allí que el delito determinase una relación entre el de-

53 Cfr. SCHMIDT, EBERHARD, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, pp. 21-22.

54 Así lo creía PESSINA, I, 50; otra opinión, HIPPEL, loc. cit.

55 DEL GIÚDICE, PASQUALE, *Diritto penal germanico rispetto all'Italia*, en "Enc. Pessina", 429 y ss. (438-9).

56 Así, FERRINI, en "Enc. Pessina", I, 144.

lincuente y el lesionado, como que esto diese al derecho penal germano un carácter extremadamente individualista [57].

De la misma característica sacra de la paz deviene todo el culto que ese derecho penal implicaba, con un ritual en el que intervenía la divinidad en el proceso mismo, mediante las ordalías o "juicios de dios".

Suelen distinguirse períodos del derecho penal germano, señalando una etapa primitiva, anterior a la conquista, y una ulterior etapa posterior a la conquista en que, por efecto de la romanización, el mismo va perdiendo su marcado tinte privatístico e individualista, para irse publicitando paulatinamente. El delito ponía al delincuente en estado de enemistad, es decir, de guerra (*Faida*). El estado de *Faida* contra el infractor y la familia (*Sippe*) exigía por parte del lesionado y de su familia, como un deber de venganza (*Rache* o *Blutrache*). Debe quedar claro que la "venganza de la sangre" no era un derecho, sino un deber.

No obstante, la expiación que tenía lugar por medio de la venganza no consistía en una simple producción de dolor al enemigo o delincuente, sino en la humillación de éste y de su grupo. De allí que esta humillación no sólo se pudiese obtener mediante la brutal producción de dolor, sino también cuando el enemigo o delincuente, o su grupo, se avenían a celebrar un acuerdo de composición que consistía en pagar una multa (*Busse*) al lesionado. De allí que al fortalecerse la autoridad, particularmente con el reinado de los francos, se procurase favorecer estos acuerdos, a fin de evitar las pérdidas causadas por la venganza y, más adelante, se procurase forzar directamente los mismos, esfuerzos en los que coincidió el Estado con la Iglesia. A estos acuerdos se les llamaba "composición" y el sistema composicional dominaba en el derecho popular del siglo VI, en que la principal pena era la multa —que se pagaba al lesionado— y al margen de la cual se pagaba también un "precio de la paz" a la autoridad.

No obstante, esta visión del derecho penal germano, entendido como composición mediante la cual el afectado comerciaba su derecho a la venganza, con un pequeño anexo destinado a la autoridad, es una visión parcial del mismo, puesto que había otra clase de penas, cuyo carácter era incuestionablemente sacramental, y que se imponía por delitos que afectaban a la comunidad, como la trai-

[57] Cfr. SCHMIDT, EB., op. cit., p. 22.

ción en la guerra y los delitos contra el culto. En estos casos, la muerte de los delincuentes no tenía carácter de pena, sino de sacrificio humano. De ese modo, en forma paralela a la multa (*Busse*), que se imponía por los delitos privados, para los delitos contra la comunidad y el culto, operaba una pena pública de carácter penal, cuya naturaleza era la de sacrificio humano y que el delincuente rendía con su cuerpo y su vida [58].

Menester es aclarar que el sistema penal no era el mismo para los hombres libres que para los siervos, que se consideraban como cosas. Los siervos, cuando delinquían dentro de la *Sippe*, eran castigados por el señor, en función del derecho interno ("derecho de la casa", *Hausrecht*) que éste poseía. En caso que delinquiese contra el señor de otra *Sippe*, se desarrollaron penas públicas contra los siervos, como muerte y azotes. Parecería ser que estas penas públicas para los siervos tuvieron gran importancia en el desarrollo posterior del derecho germano, particularmente en la época merovingia, al fortalecerse la pena pública y reducirse el ámbito de la venganza.

Fue de este modo como en la misma época de los germanos se desarrollaron una serie de penas públicas, tales como distintas clases de penas de muerte y corporales, que fueron luego ampliándose a mayor número de delitos, como consecuencia del cambio social que determinó la publicitación del derecho penal. Contribuyó a fortalecer el concepto de pena pública la conversión de los germanos al cristianismo, puesto que ya no podía sostenerse el carácter de sacrificio humano.

Con la influencia del cristianismo se evidenció una tendencia a reducir la pena de muerte, que sufrió contramarchas, y se reconoció también una atenuación del sistema mediante la admisión del derecho de asilo en los templos, que ya había sido admitido en tiempos del imperio romano. No obstante, también se trató de limitar el instituto del asilo, prohibiendo a los sacerdotes asilar condenados y luego, vedándoles que le proporcionasen alimentos al criminal fugitivo.

La "pérdida de la paz" de los germanos parece haber sido un instituto empleado penalmente por los germanos del norte más que

[58] Sobre la pena de muerte entre los germanos: AMIRA, KARL V., *Die germanischen Todesstrafen, Untersuchungen zur Rechts und Religionsgeschichte*, München, 1922; STRÖM, FOLKE, *On the sacral origin of the germanic death penalties*, Stockholm, 1942; FEUCHT, DIETER, *Grube und Pfahl*, Tübingen, 1967; STEGBAUER, RAINER, *Der Dieb dem Galgen*, Diss., Nürenberg, 1964.

por los del oeste, donde parecía tener de preferencia el carácter de una consecuencia procesal.

En cuanto a las características propias del delito entre los germanos, cabe destacar que si bien no ignoraban sus aspectos subjetivos, lo cierto es que había una neta predominancia de los objetivos, particularmente de la responsabilidad por la causación, criterio que se cambia luego por influencia canónica. Algo análogo sucedía, como consecuencia de lo anterior, respecto de la responsabilidad por hechos de terceros: la del tutor por los del pupilo, las del señor por los del siervo. Como consecuencia de ello, no desarrolló tampoco el derecho penal germano una teoría de la tentativa, pese a que penaba eventualmente algunos actos tentados como delitos independientes.

En los casos de participación en delitos penados con multa, la responsabilidad era solidaria y se consideraba más grave el hecho cuanto mayor fuese el número de concurrentes. En el supuesto en que estuviese penado el delito con pena pública, la pena recaía sobre todos los concurrentes por igual. Dada su característica objetivista, tampoco se desarrolló una adecuada distinción de las distintas categorías de concurrentes.

En cuanto a la inimputabilidad, conforme a un edicto longobardo, no debía pagar multa el sujeto carente de razón, pero el lesionado podía matarle sin deber pena por ello. La legítima defensa no se desarrolló mayormente y en gran parte se la negó. No se pagaba multa sólo cuando la defensa evitaba una perturbación mayor de la paz [59].

64. **El derecho penal canónico.** No es posible referirse en forma unitaria al derecho penal canónico, puesto que, al igual que el romano y el germano, se trata de un derecho que ha evolucionado a lo largo de muchos siglos. Lo cierto es que bajo el imperio romano, la Iglesia ejerció una jurisdicción amplia en materia disciplinaria, pero limitada a cuestiones espirituales sobre laicos y ordenados, en tanto que el derecho penal secular estaba por entero en manos del Estado. Algo parecido pasó luego bajo el dominio merovingio en Francia y recién en el régimen carolingio una serie

[59] Sobre estas características, además de las obras indicadas: WILDA, WILHELM EDUARD, *Das Strafrecht der Germanen*, Halle, 1842; OSENBRÜGGEN, EDUARD, *Studien zur deutschen schweizerischen Rechtsgeschichte*, Basel, 1881; del mismo, *Das Strafrecht der Longobarden*, Schaffhausen, 1863; ROGGE, KARL AUGUST, *Über das Gerichtswesen der Germanen, Ein germanischer Versuch*, Halle, 1820.

de delitos fueron declarados simultáneamente estatales, debiendo apoyar la autoridad del Estado la sentencia canónica. En los siglos X a XII el derecho penal canónico fue ganando terreno a expensas del derecho penal secular, interviniendo también en los tribunales por los crímenes seculares más graves. De este modo alcanzó una competencia penal exclusiva en materia de delitos religiosos, cualquiera fuese la calidad de sus autores, como también una competencia concurrente con los tribunales seculares en los llamados *delicta mixta* [60].

Una de las cuestiones que se debaten a su respecto es si distinguía adecuadamente entre delito y pecado. Lo cierto es que ambas categorías no estaban del todo claras en él. Muchos siglos después, Katz afirmaba que el derecho canónico abarca a todos los hechos con el sentido de pecado y después distingue entre delitos y pecado en sentido estricto [61].

Con mucha mayor razón los conceptos de delito y pecado hubieron de estar más confundidos en los siglos anteriores. Es evidente que la confusión entre delito y pecado en el derecho penal canónico tuvo distintos grados de intensidad, pues nos estamos refiriendo a una legislación que evolucionó a lo largo de siglos y en la que era ineludible una primitiva confusión, toda vez que hasta el siglo XII el derecho y la teología estaban confundidos [62].

El derecho penal canónico cobró singular importancia con la Inquisición, reglada legalmente en 1215, bajo Inocencio III, a lo que cabe agregar que hacia 1300 el proceso inquisitorial fue tomado como un proceso regular por los tribunales laicos italianos. Como todo procedimiento inquisitorial, correspondía a un derecho penal de fondo de carácter tutelar: el derecho penal canónico veía la pena como expiación. De allí que la pena fuese concebida como una penitencia que redimía del pecado y que, por ende, liberaba, en tanto que el pecado esclavizaba. Este carácter penitencial de la pena le llevó a introducir la prisión —mediante la reclusión en celdas monásticas— de donde proviene el nombre de "penitenciaría", que es usado hasta hoy.

El derecho penal canónico puso un límite a la "venganza de sangre" germana, desarrollando el instituto del asilo que, como

60 Cfr. HIPPEL, op. cit., I, 17-18.

61 KATZ, EDWIN, *Ein Grundriss des kanonischen Strafrechts*, Berlín u. Leipzig, 1881.

62 Cfr. SCHIAPPOLI, DOMÉNICO, *Diritto Penale Canonico*, en "Enc. Pessina", I, Milano, 1905, p. 669.

vimos, ya conocían otras legislaciones penales de la antigüedad. Se mostró igualmente opuesto a los medios procesales mágicos, como las ordalías, y, particularmente, a la ordalía del combate o lance individual.

La formación de este derecho reconoce varias fuentes que se recopilaron en el siglo XV en el *Corpus Juris Canonici*.

Es interesante recordar que el derecho penal canónico reivindicó todos los aspectos subjetivos del delito, que el derecho penal germánico colocaba en posición secundaria. El sentido espiritual de la pena canónica no podía menos que imponerle este camino, que también nos advierte sobre los peligros que corre todo derecho penal tutelar, siempre tentado de caer en la crueldad.

El derecho penal canónico tendió también a limitar la pena sólo al hombre individual. En principio, descartó la pena a animales. Si bien ordenaba suprimir al animal con que la mujer hubiese cometido bestialismo, observa con razón Schiappoli, que ello sólo obedecía a que la presencia del animal no despertase el recuerdo del torpe hecho, y agrega que las excomuniones a animales eran meras maldiciones [63].

Más interesante es su evolución en cuanto a las personas jurídicas, cuya responsabilidad admitió en un principio, pese a reconocer que se trataba de una pena trascendente, pero acudiendo al extraño argumento de que Dios compensaría al inocente la pena injustamente sufrida.

"La reacción contra la responsabilidad penal de las corporaciones se debe a Sinibaldo di Fieschi, que luego fue Inocencio IV, autor de la teoría de la ficción en materia de personas jurídicas: la *universitas*, no siendo sino un *nomen juris*, una ficción, no gozando de una existencia real, sino de una puramente ideal, incorporal, ficticia, no pudiendo ni querer ni actuar por sí, no puede ejecutar realmente ningún acto y especialmente ningún acto ilícito. Antes que él, Johannes Teutonicus († 1220), ocupándose incidentalmente de la cuestión, había admitido que la *universitas* es incapaz de cumplir los actos por sí misma, no actuando sino por medio de representantes y, por ende, *non potest de crimine accusare*, pero se debe a Inocencio IV el mérito de haber sabido elaborar de un modo verdaderamente genial la teoría de la ficción y extraer de sus principios las consecuencias lógicas sobre la responsabilidad penal. Así, fundándose en el frag. 15 parág. 1 D *de dolo* (4,3), escribía: 'im-

[63] SCHIAPPOLI, op. cit., p. 681.

possibile est quod universitas delinquat' y a esta negación científica hacía seguir, como Pontífice, una especial prohibición legislativa, haciendo prohibir por el Concilio de León (1245) *in universitatem vel collegium proferri excomunicationis sententiam*" [64].

Con posterioridad, el derecho penal canónico volvió a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por influencia de los canonistas civilistas, pero limitadamente y sin abandonar la teoría de la ficción.

65. **El derecho penal árabe**. El antiguo derecho penal árabe anterior a Mahoma se caracterizaba por elementos que había tomado de otras costumbres penales, particularmente de los judíos, tales como el talión y la venganza de sangre, y conocía penas tales como la mutilación, estrangulamiento, lapidación, etc., como también las ordalías. El Korán viene a suavizar este estado de cosas, introduciendo grandes reformas en la legislación penal [65].

Mahoma trató de suavizar la antigua ley que obligaba a tomar venganza en caso de homicidio, matando por medio más cruel, limitándola a la misma forma de muerte: "No matéis ningún hombre, que Dios os lo ha prohibido, excepto por una justa causa; mas en cuanto al que ha sido muerto injustamente, hemos dado al heredero la potestad contra el asesino, empero no traspase los límites de la matanza, no mate otro en lugar del asesino o no le mate de otro modo..." (Korán, cap. XVII, 33). Además, deja abierta la posibilidad de evitar el talión y la venganza: "¡Oh creyentes, la pena del talión está escrita para el crimen! Un hombre libre será condenado a muerte por un hombre libre, un esclavo por un esclavo, una mujer por una mujer. Aquel que perdone al matador de su hermano, tendrá derecho a exigir una indemnización razonable que le será pagada con gratitud" (Cap. II, 173). "Esta benignidad es un favor de la misericordia divina. Quien llevare hasta límites de crueldad su venganza, será víctima de los tormentos" (174). Se castigaba la violación del juramento con relativa benignidad (V, 98) y prohibía los juegos de azar (V, 99 y 100).

El Korán distingue el homicidio doloso del culposo: "Si la muerte es involuntaria, el matador está obligado a redimir un esclavo creyente y pagar el precio de la sangre a la familia del muerto,

64 SCHIAPPOLI, op. cit., p. 683.

65 Sobre el derecho penal árabe anterior al Korán, THOT, *Historia del derecho penal árabe*, en "Rev. de Identificación y Ciencias Penales", T. XIV, pp. 197 y ss. (1937).

a menos que ésta se lo condone" (IV, 91). Al igual que el antiguo derecho árabe, el Korán dispone la lapidación para el adulterio y la amputación de la mano para el hurto[66].

66. **Los prácticos y los glosadores.** El proceso conocido con el nombre de "recepción del derecho romano", que se inicia en el siglo XII, otorga gran autoridad a la obra de los doctrinarios, que fueron los glosadores, post-glosadores y prácticos. Si bien por cierto el pensamiento de los prácticos tuvo ribetes originales, en general, todo el movimiento, edificado sobre los comentarios a los cuerpos romanos, puede calificarse de "positivista", salvando, por supuesto, las distancias. Es verdad que el derecho penal de este extenso período ha tenido importancia en el posterior desarrollo dogmático, como lo indica la frecuencia con que suele volverse la vista hacia él en el último siglo, pero creemos que esa importancia es la que siempre tiene el análisis exegético como primer paso de la construcción dogmática, aunque no podemos dejar de reconocer que ha habido construcciones interesantes.

En este movimiento son especialmente dignos de mención Alberto de Gaudino (hacia el 1300); Cino de Pistoia (1270-1336); Bartolo de Sassoferrato (1314-1357); Baldo de Ubaldis (1327-1406); Ángelo Aretino (muerto en 1450); Alciatus (1492-1550); Julio Claro (1525-1575); Próspero Farinaccio (1544-1616); Benedict Carpzov (1595-1666); Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1577); Juan Gutiérrez (1530-1618). Ya en el siglo XVIII, entre los últimos "prácticos", merece mencionarse a Bohemer en Alemania y a Mouyart de Vouglant en Francia[67].

El estudio de los prácticos excede con mucho las pretensiones de una obra general. Su labor ha sido enorme, hasta el punto que, quien se ponga a bucear en ella, siempre hallará nuevos materiales y renovados motivos de admiración, que no empañan las limitaciones de su actitud básica. En el curso del último siglo, la literatura penal sobre los prácticos es enorme. La labor más original tiene

66 V. DARESTE, R., *Études*..., cit., pp. 59 y ss.

67 Para una más completa información bibliográfica de los prácticos y de sus principales obras, BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Lardizábal, El primer penalista de América Española*, México, 1957, pp. 38-42; SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlín, 1930; ENGELMAN, WOLDEMAR, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historische-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehren der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, reed. Aalen, 1965.

lugar en el renacimiento, en que los llamados "prácticos" anuncian importantes acontecimientos jurídicos posteriores y alcanzan una notable perfección en la formulación de los conceptos jurídicos[68]

No podemos pasar por alto, sin mencionar, sólo a título de ejemplo, los aportes de uno de estos juristas y, dada su proximidad cultural a nosotros y el magnífico estudio de que ha sido objeto en nuestra lengua[69], cabe mencionar, ante todo a Diego de Covarrubias y Leyva. No sólo hizo una nítida distinción entre culpa y dolo, apenas superada en nuestro siglo, sino que desarrolló firmemente a este respecto el principio de culpabilidad. Planteó problemas de causalidad, como el homicidio en riña, concausas, muerte del herido por impericia del médico, etc. También se ocupa de la omisión, aunque sin la profundidad de otros temas. Funda la legítima defensa en el derecho natural y se ocupa del caso de defensa por parte del que puede huir, de la defensa de los bienes y del que mata al ladrón que huye, negándole el derecho de defensa. Con motivo del hurto necesario, también desarrolla interesantes ideas acerca del Estado de necesidad. En cuanto al miedo, lo plantea como un problema de culpabilidad, sólo capaz de atenuar la pena. Sus desarrollos sobre el error y la ignorancia pueden parangonarse con otros muy posteriores, correspondientes a estados mucho más avanzados de la ciencia penal. En materia de embriaguez, pena la culpa de embriagarse, pero no la del delito cometido, salvo preordenación. Basta esta tabulación para percatarse de la extraordinaria fineza de estos comentaristas del siglo XVI, que, por teólogos, de exégetas fueron preparadores del camino dogmático de siglos más tarde.

67. **La Carolina.** Después de los "libros de derecho" más importantes de Alemania —que fueron el "Espejo de Sajonia" y el "Espejo de Suavia", ambos del siglo XII[70]— el acontecimiento más trascendente en la legislación penal fue la *Constitutio Criminalis Bambergensis*, de 1507, que se debe al duque de Schwarzenberg y *Hohenlandsberg*[71], en base a la cual se elaboró la *Constitutio Cri-*

68 BERISTAIN, ANTONIO, *Ecumenismo histórico en derecho penal (la pena-retribución en los teólogos renacentistas)*, Madrid, 1966; SCHAFFSTEIN, F., *La ciencia europea del derecho penal en la época del Humanismo*, trad. de J. M. Rodríguez Devesa, Madrid, 1957.

69 Es de extraordinario valor la obra de PEREDA, JULIÁN, *Covarrubias penalista*, Bilbao, 1959.

70 ZOBEL, CHRISTOF, *Sachsenspiegel. Auffs newe Übersehen mit Summaris und newen Aditionen*, Leipzig, 1595; *Sachsenspiegel* (reproducción facsimilar del manuscrito de Heidelberg), Insel Verlag, Frankfurt, 1970; KOSCHORRECK, WALTER, *Die Heidelberger Bilderhandschrift des Sachsenspiegels, Kommentar*, Frankfurt, 1970, Insel Verlag; ECKHARDT, KARL AUGUST-HÜBNER, ALFRED, *Deutschenspiegel mit augsburger Schsenspiegel und ausgewählten Artikeln der oberdeutschen Sachtsenspiegelübersetzung*, Hannover, 1930.

71 KOHLER, JOSEF-SCHEEL, WILLY, *Die bambergische Halsgerichtsordnung*, Aalen, 1968 (reproducción de la de 1902).

minalis Carolina o *Peinliche Gerichtsordnung*, sancionada en 1532 y publicada al año siguiente [72].

Este texto contaba con 219 artículos, de los que la mayoría estaba dedicada al derecho procesal penal. Alrededor de setenta artículos eran de derecho penal de fondo. Contenía disposiciones muy minuciosas acerca del valor de las pruebas y de las torturas. Era un texto intimidatorio y retributivo, que prodigaba la pena de muerte, ejecutada de distinta manera —decapitación y horca— según que el reo fuese noble o villano, y también tenía previsto el suplicio de la rueda, reservado sólo a los hombres. Para las mujeres preveía la muerte por inmersión. Por otro lado, había un enorme despliegue de penas corporales. Pese a estas características, que eran bien propias de la época, la Carolina tiene gran importancia, porque fue el texto que afirmó definitivamente en Alemania la publicidad de la pena. Por otra parte, constituyó prácticamente el derecho penal común alemán hasta la codificación.

En el curso de su vigencia se fue elaborando una doctrina penal en torno de la Carolina y, pese a que sus disposiciones de fondo no eran numerosas, hacia mediados del siglo XVIII Hellfeld dedica la mayor parte de su comentario al derecho de fondo, elaborando una suerte de parte general del mismo, en que hacía una clasificación primaria de los delitos y de las penas. Las penas de muerte simples eran por decapitación y horca, teniendo la última carácter infamatorio. Las penas de muerte calificadas eran la rueda, la insaculación con bestia (saco o *culeus*), el fuego, el descuartizamiento y el empalamiento. Aunque Hellfeld comentaba la Carolina a menos de medio siglo del código de Feuerbach, no dejaba de ilustrar su obra con grabados en los que cuidadosamente se representaban los instrumentos de tortura [73].

IV - LA LEGISLACIÓN PENAL EN ESPAÑA

68. La legislación penal en España. Pese a que nuestra legislación penal opera un considerable corte respecto de la española, la importancia doctrinaria de los autores españoles siguió siendo incuestionable y, debido a ello y a que parcialmente fue legislación vigente en nuestro territorio, cabe que nos dediquemos especialmen-

[72] Hay una trad. italiana de Tolomei en "Rivista Penale", X, p. 5 y XIII, pp. 129 y ss.; en particular, KOHLER, JOSEF, *Die Carolina und ihre Vorgängerinnen*, Aalen, 1968 (reprod. de la ed. de Halle, 1902); el texto que utilizamos es el de Johann Christoph Koch, Marburg, 1824.

[73] HELLFELD, AUGUST, *Elementa Juris Criminalis Germanico-Carolini*, Jenae, 1767, pp. 462-3. Para una historia detallada del derecho penal común alemán y de sus principales fuentes y comentadores, LISZT, *Lehrbuch*, 1891, pp. 53 a 65.

te a la legislación ibérica. A tal efecto, no nos ocuparemos de historiar en forma completa y detallada esta evolución, sino que nos limitaremos a los principales cuerpos legales que marcan las constantes político-penales de esa evolución legislativa.

Dejando de lado el *Código de Eurico* y el *Breviario de Alarico* (o *Lex Romana Wisigothorum*), el más importante cuerpo del período visigodo es el *Fuero Juzgo*[74], originariamente llamado *Libro de los Jueces (Liber Iiudiciorum)*. Este texto recepta una serie de instituciones penales arqueológicas, provenientes de los germanos y propias del derecho penal primitivo, tales como las terribles penas corporales, las diferencias entre nobles y plebeyos, la composición, el talión, etc., de las que nos hemos ocupado con ocasión de otras legislaciones y que no presentan en él rasgos peculiares.

Parecería ser que el Fuero Juzgo recepta el momento subjetivo del delito en mayor medida que el derecho penal germánico, aunque no tanto como suele pretenderse frecuentemente, puesto que pena la tentativa de homicidio como delito autónomo. No obstante, establece la distinción entre homicidio doloso y culposo, con gran claridad. Reconoce la legítima defensa y la atenuación por necesidad, desconociendo relevancia al error y a la ignorancia *juris*[75].

El Fuero Juzgo mereció severos juicios de Montesquieu —que entre nosotros repitió Peco— y a los que respondió Pacheco[76]. En verdad, las críticas de que puede ser objeto no son mayores ni más graves que las que pueden afectar a las manifestaciones del derecho penal germánico en general.

[74] Sobre la legislación visigoda en general, puede verse a MANUEL DE LARDIZABAL, *Discurso sobre la Legislación de los wisigodos y formación del Libro o Fuero de los Jueces, y su versión castellana*, que aparece como prólogo a: Real Academia Española, *Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la...*, Madrid, 1815, pp. III a XLIV; PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO, *De la monarquía wisigoda y de su código*, en *Los códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, 1847, T. I, pp. V a LXXV; COLMEIRO, MANUEL, *De la Constitución y del Gobierno de los Reinos de León y Castilla*, Madrid y Santiago, 1855; SEMPERE, JUAN, *Historia del Derecho Español*, Barcelona, 1847, pp. 79 y ss.; GARCÍA (h.), JUAN AGUSTÍN, *Introducción al estudio de las Ciencias Sociales Argentinas*, Bs. As., 1907, p. 209.

[75] Sobre el derecho penal en el *Fuero Juzgo*: PACHECO, *El código penal concordado y comentado*, Madrid, 1888, I, 41; PECO, JOSÉ, *La legislación penal visigótica*, Bs. As., s.f.; DEL ROSAL, I, 160; BERNALDO DE QUIROZ, CONSTANCIO, *Alrededor del delito y de la pena*, Madrid, 1904, p. 109; LALINDE ABADIA, JESÚS, *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, 1970, p. 564.

[76] PACHECO, *Discurso*, cit., pp. LXXIV y LXXV.

El *Fuero Viejo de Castilla* se destaca entre los llamados "Fueros locales" y se formó en el curso de algunos siglos, siendo su primer legislador, probablemente, Sancho García, Conde de Castilla. La redacción que se le conoce lo es en la forma definitiva que le diera el Rey Don Pedro el año 1356 [77]. Las disposiciones penales se hallan principalmente en el *Libro II*, que se divide en cinco títulos.

El título primero del Fuero Viejo de Castilla *(De las muertes, e de los encartados e de las feridas, e denuestos)*, parte del principio de que no se debe matar o lesionar a hombre alguno, ni cristiano ni moro, aunque pena al Fijodalgo que matase labrador con pena de muerte para el señor del siervo. En el número VI de este título se tabulan con precisión los precios que deben pagarse por cada herida. El título segundo *(De los que fuerzan las mujeres)*, pena con muerte la violación de la mujer del caballero y de la mujer común, precisando en detalle los requisitos de prueba. El título tercero *(De los furtos que se ficieren en Castilla)* trata sólo la forma en que se reparará el daño cuando la cosa ha sido adquirida por tercero de buena fe. El título cuarto señala los hechos que configuran delitos públicos, que debe investigar la justicia del Rey. El título quinto se refiere a los daños que deben ser pagados en su valor duplicado, estableciendo una minuciosa tasación de cosas.

El *Fuero Real*, que data problablemente del año 1255, fue ordenado por Alfonso IX y sus disposiciones penales se hallan en el *Libro IV*, donde trata "De los que dexan la fe catholica" (título Iº), "De los judios" (título IIº); "De los denuestos y deshonras" (título IIIº); "De las fuerzas y de los daños" (título IVº); "De las penas" (título Vº). En el título quinto se establece que las penas se aplicarán según la condición del autor (libre o siervo), al tiempo de la comisión del hecho. También se prohibe la aplicación de la pena de muerte a la mujer embarazada y se tasa la reparación para las heridas. El robo se pena con el doble de lo robado; el quebrantamiento de casa o iglesia con la muerte. Establece el principio de intrascendencia de la pena (título Vº, ley IX): "Todo el mal se debe seguir a aquel que lo face, así que el padre no pene por el fijo ni el fijo por el padre, ni la muger por el marido ni el marido por la muger, ni el hermano por el hermano, ni el yerno por el suegro ni el suegro

[77] Sobre él: JORDÁN DE ASSO, IGNACIO-MANUEL y RODRÍGUEZ, MIGUEL DE, *Discurso preliminar*, en *Los códigos españoles*, cit., I, pp. 221-252; SEMPERE, JUAN, op. cit., pp. 158 y ss.

por el yerno, ni el pariente por el pariente: mas cada uno sufra la pena por lo que ficiere, según fuero manda y el mal se cumpla en aquél que lo ficiere".

El título VIº trata "de los que cierran los caminos e egidos, e los rios"; el VIIº, "De los adulterios", pena con la entrega de ambos culpables al marido, pero consagra la igualdad de pena: "Así que no pueda matar al uno e dexar al otro"; el VIIIº del incesto (penado con reclusión perpetua en orden) y relaciones sacrílegias; el IXº del abandono de orden y de la sodomía (penada con castración y muerte); el Xº, "De los que furtan, o roban, o engañan a las mugeres" (pena la violación con muerte); el XIº, "De los que casan con las siervas o con los que fueren siervos"; el XIIº "De los falsarios e de las escripturas falsas"; el XIIIº de los hurtos; el XIVº "De los que venden los hombres libres o los siervos de otros"; el XVº de los que esconden siervos ajenos; el XVIº del ejercicio ilegal de la medicina; el XVIIº de los homicidios (donde distingue el dolo de la culpa y el caso fortuito); el XVIIIº de las exhumaciones y el XIXº de las deserciones. Es ilustrativa la ley primera del título XVIIº: "Todo home que matare a otro a sabiendas, muera por ello, salvo si matare a un enemigo conocido o defendiéndose o si le fallare dormiendo con su muger, do quier que lo fallase, o si lo fallare en su casa yaciendo con su fija, o con su hermana, o si le fallare llevando muger forzada para yacer con ella, o si ha yacido con ella, o si matare ladrón que fallare de noche en su casa furtando, o foradandola, o si le fallare con el furto fuyendo, o se quisiere ocupar de prisión, o si le fallare forzando lo suyo, e no le quisiere dexar, o si lo matare por ocasión no queriendo matarlo, ni habiendo malquerencia con él de ante, o si lo matare acorriendo a su señor que el vé matar, o quel quiere matar a padre, o fijo, o abuelo, o hermano, o a otro home que deba vengar por linaje, o matar en otra manera que pueda mostrar que mató con derecho".

El *Ordenamiento de Alcalá,* conocido como "Ordenamiento de Leyes, que don Alfonso XI hixo en las Cortes de Alcalá de Henares el año 1348" [78]. Destacan en él las penas para los funcionarios judiciales que reciben donaciones y de los custodios de presos que los liberasen o descuidasen (título XX), como también las penas severísimas por resistencia a la autoridad. El título XXI trata de los adulterios y fornicaciones; el XXII de los homicidios y el XXIII de la

[78] JORDÁN DE ASSO-DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Discurso preliminar,* en op. cit., I, pp. 429-440.

usura. El Ordenamiento extiende la pena de muerte al instigador de homicidio y aún al que mata en pelea, "salvo si lo matare en defendiéndose o oviese por sí alguna razón derecha de aquellas que el derecho pone porque non debe aver pena de muerte".

"Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio" datan del año 1263 y se ocupa de nuestra materia la Partida Séptima, que se inspira en el "cuerpo del derecho de Justiniano, por lo que respecta a los delitos comunes, el decreto y decretales por lo que se refiere a moros, judíos y herejes, y las costumbres y fueros antíguos para los rieptos, lides, desafiamientos, treguas y seguranzas" [79].

El título primero de la Partida Séptima regula la materia procesal; el título segundo trata de las traiciones; el título tercero regla los "rieptos" entre "fijosdalgos"; el título cuarto las lides; el título quinto "de las cosas que façen los omes porque valen menos"; el sexto "de los enfamados"; el séptimo de las falsedades; el octavo de los homicidios; el noveno de los delitos contra el honor; el décimo "de las fuerças"; el undécimo de los "desafiamientos e de tomar amistad"; el décimosegundo "de las treguas, e de las seguranzas, e de las pazes"; el décimotercero "de los robos"; el décimocuarto "de los furtos"; el décimoquinto del daño; el décimosexto "de los engaños, malos e buenos, e de los baratadores"; el décimoséptimo del adulterio; el décimooctavo del incesto; el décimonoveno de las relaciones sacrílegas y de la seducción; el vigésimo de la violación; el vigésimo primero de la sodomía; el vigésimosegundo del lenocinio; el vigésimo tercero "de los agoreros e de los sorteros, e de los otros adevinos, e de los fechizeros, e de los truhanes"; el vigésimocuarto de los judíos; el vigésimoquinto de los moros; el vigésimosexto de los herejes; el vigésimoséptimo "de los desesperados que matan a sí mismo, o a otros por algo que les dan, e de los bienes dellos"; el vigésimooctavo "de los que denuestran a Dios, e a Santa Maria, e a los otros santos"; el vigésimonoveno "de como deven ser recabdados los presos"; el trigésimo "de los tormentos"; el trigésimoprimero "de las penas"; el trigésimo segundo "de los perdones"; el trigésimotercero "del significamiento de las palabras e de las cosas dubdosas", y el trigésimocuarto "de las reglas del derecho" [80].

79 GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO, *Introducción histórica*, en *Los Códigos Españoles*, Madrid, 1848, II, p. XXXV.

80 V. BERNI, *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida al tenor de Leyes Recopiladas, Autos acordados, autores españoles, y práctica moderna, que escribe el Doctor Don Joseph Berni, y Catalá, Partida VII*, en Valencia, por los herederos de Gerónimo Conejos, 1759, 131 pp.

Surge claramente de este enunciado el acabado tratamiento que de la materia penal se hace en la partida séptima. Como suele suceder en casos similares, la legislación penal alfonsina tiene apasionados apologistas y también fuertes críticos. Creemos que el juicio más mesurado y certero acerca de la misma lo da Gómez de la Serna: "los siglos medios no eran a propósito para prestarse al desarrollo de doctrinas que repugnaban a su carácter grosero y sanguinario; la obra de don Alfonso debía por lo tanto resentirse de los defectos que su época no podía menos de imprimirle. Pero debe decirse en loor de los que la compusieron, que frecuentemente procuraron desterrar el bárbaro rigor de algunos suplicios, e introducir penas menos repugnantes que las usadas hasta entonces". El mismo autor deplora que no hubiese consecuencia en este propósito y que, en el mismo precepto en que se proscribe la lapidación, la crucifixión y el despeñamiento, se autorice la quema o el abandono a las bestias (título XXXI, ley 6ª); o bien se ordenase la lapidación del moro que mantuviese relaciones con cristiana (título XXV, ley 10ª); o bien que por una ley se prohibiese penar con la marca en el rostro, cortar la nariz o arrancar los ojos, en tanto que otra condenase a esa pena la blasfemia (título XXVIII, ley 4ª) e incluso autorizase a cortar la lengua.

Gómez de la Serna explica estas ambigüedades afirmando que los autores de las Partidas luchaban "entre su razón que les marcaba una senda más humana, y la fiereza bárbara de la época que les impulsaba a seguir las ideas sanguinarias que dominaban" [81].

Como es sabido, esta obra fue uno de los más altos frutos obtenidos por la política de Alfonso El Sabio, que, constituyó "en sus palacios una verdadera academia, en la que judíos y mahometanos conversaban con los cristianos —frailes, sacerdotes o seglares—". Los hombres que trabajaron en las "Partidas" parecen haber sido Fernando Martínez, Jacobo Ruiz y Juan Alfonso [82].

Al no poder cobrar vigencia las Partidas, pasaron los años y se fue creando una confusión legislativa que determinó que los Reyes Católicos encomendaran a Alfonso Díaz de Montalvo la redacción de unas ordenanzas que fueron publicadas en 1485, y que se conocen como las *"Ordenanzas Reales de Castilla"*.

Las Ordenanzas tratan la materia penal en el *libro octavo*, cuyo título I está consagrado a las "pesquizas y acusaciones", el II a la usura, el III a los judíos y moros, el IV a los adivinos y herejes, el V a los excomulgados, el VI a los perjuros y falsarios, el VII a las traiciones y alevosías, el VIII a las blasfemias, el IX a las injurias y denuestos, el X a los tahúres, el XI a las "ligas y monopolios", el XII a los "que van contra la justicia", el XIII a los homicidios, el XIV a los vagabundos y holgazanes, el XV a los adulterios y estu-

81 GÓMEZ DE LA SERNA, op. et loc. cit.

82 Cfr. SOLALINDE, ANTONIO G., en prólogo a *Alfonso El Sabio*, Madrid, 1922, I, p. 26.

pros, el XVI al robo y receptación, el XVII a las remisiones, el XVIII a las fuerzas y daños, y el XIX a las penas. Dada la política de los Reyes Católicos, que termina en España con la convivencia de cristianos, moros y judíos, que contrasta con la tolerancia anterior [83], se encuentra en esta legislación un particular rigorismo hacia los moros y judíos.

Toda vez que las *Leyes de Toro* —publicadas en 1505— contienen escasísimas disposiciones penales y fueron insuficientes para remediar las deficiencias de la anterior legislación, en 1567 se publicó la *Nueva Recopilación*, que fue ordenada por Felipe II. La materia penal está tratada en el libro octavo de la misma, cuyo título I está dedicado a las "pesquizas y pesquisidores". El título II del mismo libro se ocupa "de los judíos, moros y conversos", el III "de los herejes, reconciliados, adivinos, hechiceros y agoreros", el IV "de los blasfemos" (a Dios, a Nuestra Señora i al Rey), el V de los "descomulgados", el VI "de la usura", el VII "del juego", el VIII de "los rieptos y desafíos", el IX "de las treguas i seguranzas", el X "de las injurias y denuestos", el XI "de los ladrones i rufianes i vagabundos i egispcianos", el XII "del robo y la receptación", el XIII "de las leyes de la Hermandad, i oficiales della, contra los malhechores delincuentes en despoblado", el XIV "de las ligas, monipodios y cofradías", el XV "de los levantamientos i asonadas de gentes con armas máscaras i otras parcialidades"; el XVI "de la remisión de los delinqüentes i deudores a sus jueces", el XVII "de los perjuros y falsarios", el XVIII "de la traición i alevosía", el XIX "de los amancebados", el XX "del adulterio, incesto y estupro", el XXI "del pecado nefando", el XXII "de los que matan o hieren o vienen contra las justicias", el XXIII "del homicidio", el XXIV "de los condenados a que sirvan en alguna isla, o en galeras, de la orden que se ha de tener en la execución destas penas", el XXV "del perdón" y el XXVI "de la pena sobre los bienes" [84].

A medida que transcurría el tiempo, los defectos de la Nueva Recopilación fueron haciéndose más notorios, surgiendo una suerte de fuente directa del derecho en que se confundían aspectos judi-

[83] Sobre el derecho penal del medioevo español: ORLANDIS, JOSÉ, *Las consecuencias del delito en el derecho de la alta Edad Media*, Madrid, 1947; LÓPEZ-AMO MARÍN, ÁNGEL, *El derecho penal español de la baja Edad Media*, Madrid, 1956; BERNALDO DE QUIROZ, CONSTANCIO, *La picota. Crímenes y castigos en el país castellano en los tiempos medios*, Madrid, 1907.

[84] V. *Tomo Segundo de las Leyes de Recopilación que contiene los Libros sexto, séptimo, octavo y nono*, Madrid, 1775, pp. 312 a 475.

ciales y administrativos. Su fuente de producción fue el Consejo Real y su fuente de conocimiento sus resoluciones en las consultas formuladas por los consejos locales y coloniales. Dado que el número de tales resoluciones fue creciendo considerablemente, llegó un momento en que se hizo menester ordenarlas, lo que tuvo lugar en los denominados "autos acordados" [85].

En 1805 se publicó la *Novísima Recopilación,* que receptó muchas disposiciones de la Nueva Recopilación. Se trata de un cuerpo legal que en materia penal era anacrónico para su época y que sin embargo vivió hasta 1848, dada la efímera vida del código penal de 1822.

Valorando en visión general el derecho penal de los siglos XVI a XVIII en España, Tomás y Valiente afirma que "fue un edificio que se mantuvo incólume durante los tres siglos en su base, esto es, en la ley. Cambiaron los tiempos y el pensamiento, pero el legislador, el rey, apenas modificó con ideas y con técnica o política penal nuevas un ordenamiento penal que cada vez más se petrificaba y anquilosaba en su progresivo anacronismo. La misma libertad de acción de jueces y magistrados, tan perniciosa en líneas generales, fue la vía que permitió la entrada, ya a mediados del siglo XVIII, de aires nuevos. Pero sin grandes resultados. El duro y severo bloque de las leyes se resquebrajaba en la práctica por mil grietas abiertas al abuso; los ilustrados quisieron apuntalar con reformas importantes aquella situación, pero los reyes absolutistas no se lo permitieron" [86].

V - EL MOVIMIENTO REFORMADOR DEL SIGLO XVIII

69. El movimiento reformador del siglo XVIII. Como consecuencia del pensamiento ilustrado, fueron varios los monarcas que en la segunda mitad del siglo XVIII promovieron o sancionaron reformas penales en sus respectivos países. En la misma Francia, un edicto de *Luis XVI* —del 24 de agosto de 1780— abolió la tortura, aunque con este edicto no se la eliminaba totalmente del procedimiento penal monárquico, porque mantenía la vigencia de

[85] V. *Tomo Tercero de Autos Acordados que contiene Nueve Libros por el Orden de la Recopilación... hasta 1745*, Madrid, 1785; sobre ellos, QUINTILIANO SALDAÑA, en *Tratado* de Von Liszt, T. I, p. 307.

[86] TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII, XVIII)*, Madrid, 1969, p. 407.

la misma para la llamada "cuestión preparatoria", en que la autorizaba para hacer conocer a los cómplices. No obstante, fue el mismo Luis XVI quien suprimió también esta "cuestión" o "interrogatorio preparatorio" por tal medio, por otro edicto de 1788 [87].

Otra monarquía absoluta como la rusa, intentó seguir un camino análogo, especialmente mediante las "Instrucciones" de *Catalina II*, que no se tradujeron en resultados prácticos inmediatos. Esas "Instrucciones" fueron impartidas por Catalina II el 30 de julio de 1767 a una comisión creada para redactar un código. Su mismo texto receptaba muy claramente el pensamiento de Montesquieu, especialmente en cuanto a que "las leyes deben adaptarse a las condiciones de los pueblos", lo que permitía deducir, en párrafos siguientes, que la condición de los rusos exigía la autocracia imperial [88]. La comisión desapareció definitivamente en 1774. También en Polonia, entre 1788 y 1792, es decir, durante el reinado de Estanislao Augusto y antes del reparto de Polonia en 1793, se intentó proyectar un código penal, pero la empresa no fue concluída [89].

En otros casos la reforma tuvo mayor profundidad, siendo uno de los más notables efectos la "Ordenanza sobre la reforma de las leyes penales" dictada por *Pedro Leopoldo de Toscana*, el 30 de noviembre de 1786. Esta Ordenanza está claramente marcada por la influencia de las ideas penales del Iluminismo, especialmente de Beccaria, y no sólo suprime la tortura, sino que también reconoce el derecho de defensa. En cuanto al derecho penal de fondo, lo importante es que suprimió la pena de muerte, los delitos de lesa majestad y la confiscación de bienes. Se trata de "una amplia reforma orgánica criminal, en la que, rechazando la tradición del derecho anterior, se ponen los gérmenes de un nuevo derecho" [90]. Puede imaginarse lo que esta reforma significó en su tiempo, teniendo en cuenta que las legislaciones más avanzadas de la época, como la Teresiana de Austria, penaba con la muerte a treinta y dos delitos,

[87] DU BOYS, ALBERT, *Histoire du Droit Criminel de la France*, París, 1874, p. 258; VILLEY, EDMOND, *Précis d'un Cours de Droit Criminel*, París, 1891, p. 25; el antiguo procedimiento de "question" puede verse en detalle en *Nouveau Commentaire sur l'Ordennance Criminelle*, París, 1779, T. II, pp. 399-403.

[88] Cfr. TARELLO, GIOVANNI, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, p. 270, nota 21; 554-5.

[89] Idem, p. 557.

[90] DEL GIÚDICE, PASQUALE, *Storia del diritto italiano*, Frankfurt-Firenze, 1969, II, p. 39.

en tanto que la constitución de Módena de 1771 lo hacía en veintidós casos y la del Piemonte de 1770 en diez y nueve [91].

Con la reforma leopoldina desapareció no sólo la pena de muerte y la tortura procesal, sino también todas las penas atroces, en tanto que la supresión de la confiscación obedecía a un principio ético que es conveniente tener presente en nuestros tiempos, en que cobra importancia la multa, según el cual se entendía que el Estado no debía incrementar su erario con el magisterio de la punición del delito. La reforma de Pedro Leopoldo fue basada en "el convencimiento racional de que la mitigación de las penas, aunada a una más estricta vigilancia para prevenir los delitos y merced al despacho rápido de los procesos y a la seguridad de la pena en los verdaderos delincuentes, en lugar de acrecentar disminuye el número de delitos y, muy especialmente, el de los más atroces" [92].

En 1785, el Gran Duque Pedro Leopoldo encomendó la redacción de una ley penal general, que fue elaborada por el consejero Tosi y revisada por Urbani, Caciotti, Ciani, Brichieri y Biondi, siendo promulgada el 30 de noviembre de 1786 con el título de "Reforma de la Legislación Criminal Toscana", habitualmente llamada "código leopoldino" [93]. Se trata de un texto de 119 artículos, que abarca la legislación procesal y penal, sin divisiones sistemáticas. Tampoco consagra expresamente el principio de legalidad, sino que ordena al juez aplicar también las antíguas leyes —que no deroga— siempre que sean compatibles con el "espíritu de la reforma". Su mérito ha sido de contenido y no de forma, pues en este último aspecto se halla muy lejos de lo que es un verdadero código moderno [94].

En Austria, María Teresa había promulgado la *Constitutio Criminalis Teresiana* el 31 de diciembre de 1768, que si bien había significado la unificación del derecho penal austríaco, lo había hecho bajo el influjo de las teorías de Boehner, es decir, en sentido teocrático y retributivo. La "Theresiana" es un cuerpo tan anacrónico como la Novísima Recopilación española, que nació viejo,

91 Cfr. PERTILE, ANTONIO, *Storia del Diritto Penale* (volumen V de la *Storia del Diritto Italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*), Bologna, 1966, p. 262.

92 PESSINA, ENRICO, en "Enc. Pessina", T. II, p. 561; CRIVELLARI, GIULIO, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1890, I, pp. V y ss.

93 Cfr. TARELLO, GIOVANNI, op. cit., p. 547.

94 Idem, p. 551.

puesto que aparte de su significado político unificador, en poco alteraba el derecho penal del absolutismo, inspirándose frecuentemente en la Carolina[95]. La *Theresiana* aún condenaba la magia y la brujería —igual que el código bávaro de 1751, conforme al cual en 1775, en Krempten, se juzgó a la última "bruja" en Alemania—. No obstante, muchos años antes, Christian Thomasius ya se había pronunciado en varios escritos contra los juicios por brujería[96].

Se trataba de una recopilación más que de un código y si bien mostraba cierta tendencia a la unificación de las consecuencias del delito, ésta era sumamente tímida, puesto que conservaba todas las diferencias de pena según el *status* del penado. En la edición oficial de 1768 aparece un apéndice donde detallados grabados muestran los diferentes instrumentos de tortura[97].

José II de Austria emprendió una reforma penal bajo el signo del racionalismo, que comenzó reemplazando la pena de muerte por la de galeras en 1781. El espíritu de su reforma no fincaba tanto en la humanización como en la configuración política de una monarquía racional, en cuya cúspide se hallaba el propio emperador. En este sentido, José II se adelanta en el derecho penal imperial al derecho napoleónico, por lo que la seguridad contra la arbitrariedad judicial no obedecía tanto a la protección del individuo como a la protección del legislador y de su voluntad. De allí que prescribiese el estricto acatamiento de la letra de la ley por parte del juez. Esta política penal se materializó en la *Ley General sobre crímenes y su correspondiente punición*, del 13 de enero de 1787. De cualquier manera, tuvo la gran ventaja de consagrar expresamente el principio de legalidad y de separar el derecho penal de fondo del procesal penal[98].

Este derecho penal imperialista austríaco se caracterizaba por las penas que aún conservaban una buena dosis de atrocidad, como que, si bien en una forma que pretendía ser racional, se fundaba en un criterio intimidatorio. Conservaba las penas corporales, como

[95] Cfr. SCHMIDT, EB., *Einführung*, cit., pp. 173-174.

[96] DREHER, EDUARD, *Strafrecht seit 1763*, en "Bemühungen um das Recht", München, 1972, p. 37; sobre la Theresiana: MOSS, REINHARD, *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, Sinn- und Strukturwandel*, Bonn, 1968, pp. 94 y ss.; HOEGEL, HUGO, *Geschichte des österreichischen Strafrechts*, Wien, 1904; KWIANTKOWSKI, ERNST v., *Die "Constitutio Criminalis Theresiana"*, Innsbruck, 1903; MAASBURG, FIEDRICH VON, *Zur Entstehungsgeschichte der Theresianischen Halsgerichtsordnung*, Wien, 1880.

[97] Cfr. TARELLO, GIOVANNI, op. cit., p. 257.

[98] V. TARELLO, GIOVANNI, op. cit., pp. 514 y ss.

los azotes y la marca a fuego, que podía ser en lugar visible u oculto del cuerpo. Dividía las infracciones en crímenes y delitos de policía y reservaba el juzgamiento de los últimos a la policía, ocupándose de pequeños hurtos, obscenidad, delitos culposos, estafas, etc. Esta política penal tenía, en el fondo, los mismos defectos originales que su precedente [99]. Fue así que la *Josefina* estaba también condenada a su desaparición y la influencia de la Ilustración se hizo sentir [100] ya en 1790, en que Leopoldo II de Austria suprimió las galeras, la marca a fuego, los azotes y las agravantes para la privación de libertad. En 1793 comienzan los trabajos de una comisión que dio por resultado el "Código Penal para Crímenes y contravenciones graves de policía", sancionado por *Francisco II*, el 3 de diciembre de 1803. Este texto previó la pena de muerte para varios delitos, que ya había sido reimplantada en 1795 para la traición. No obstante, en la mayor parte de los casos, era conmutada. Su texto estaba bastante influido por la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach y mantenía la diferencia entre crímenes y delitos de policía, que abarcaba los culposos. No obstante, ambos estaban firmemente regidos por el *nullum crimen sine lege* y, además, en razón de que concedía al juez una amplia facultad de atenuación, en la práctica se convirtió en un código bastante benigno [101].

Otra de las reformas importantes basadas en la ideología iluminista fue la protagonizada en Prusia y que comenzó *Federico II*, *siguiendo las ideas de Voltaire y de Montesquieu* [102].

La actividad penal de Federico el Grande no se limitó a lo legislativo, sino que se extendió a lo judicial, donde hizo uso de su calidad de máximo juez, organizando esta justicia máxima dentro del gabinete real, en forma orgánica y haciendo que todas las sentencias pasaran por el mismo. Federico creía que el origen del

[99] Sobre la JOSEFINA, MOOS, op. cit., 163 y ss.; HOEGEL, HUGO, op. cit., p. 82; SCHMIDT, EB., *Einführung*, p. 246.

[100] Cfr. DREHER, EDUARD, op. cit., pp. 39-40.

[101] Sobre este texto, MOOS, op. cit., pp. 163 y ss.; SCHMIDT, EB., *Einführung*, 248.

[102] Cfr. SCHMIDT, EB., *Einführung*, p. 237; sobre esta reforma, también: WILLENBÜCHER, FERDINAND, *Die strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs des Grossen, Ein Beitrag zur Geschichte der kriminalpolitischen Aufklärung im 18. Jahrhundert*, Breslau, 1904; KURT MEHRING trata de demostrar que Montesquieu y Voltaire no ejercieron influencia alguna en la reforma federiciana, lo que es sólo una opinión aislada de este autor (MEHRING, KURT, *Inwieweit ist praktischer Einfluss Montesquieus und Voltaires auf die strafrechtliche Tätigkeit Friedrichs des Grossen anzunehmen bezw. Nachzuweisen?*, Diss., Breslau, 1927.

crimen se hallaba en las pasiones y, por ende, hacía de la prevención el principal objetivo de la pena [103]. No obstante, la necesidad de una intimidación preventiva no le llevaba a la crueldad, sino que —al igual que sus aspiradores— entendía que ésta exigía una racional proporción entre el delito y la pena. Como consecuencia de ello limitó considerablemente la pena de muerte. En cuanto a los jóvenes, frecuentemente acentuó el pensamiento de la corrección. En 1756 suprimió la pena de infamia, por considerar que limíta las posibilidades de que el hombre a ella condenado se ganase el pan honradamente. Se suprimió la pena de *culeus* [104] y la pena de muerte por robo. Mediante la revisión de las sentencias en el gabinete se fueron eliminando las crueldades. Suprimió en 1765 las penas de prostitutas (*Huren-Strafen*) por las que se penaba el embarazo extra-matrimonial e intentó establecer medidas de cuidado para el niño y la madre misma [105]. Es la primera vez que la ley protegió a las prostitutas, lo que es una consecuencia de que no atendía al hecho en sí mismo, sino especialmente a sus consecuencias. La severa punición de la violación se observa más orientada hacia la protección de la libertad que de la castidad.

Las reformas de Federico el Grande se concretaron en la "Legislación general para los Estados Prusianos", sancionada por su sucesor, el 5 de febrero de 1794. Fue una legislación cuya redacción se inició en tiempos de Federico, cuyo más destacado forjador fue Karl Gottlieb Suárez, cuya parte penal estuvo a cargo de Ernst Ferdinando Klein (1744-1810), en la que éste se revela como uno de los pioneros del sistema binario de consecuencias penales del delito. En los años siguientes también tuvo lugar una importante reforma penitenciaria, acorde con estos principios y atendiendo a que, al reducirse la pena de muerte, pasó la prisión a desempeñar un papel fundamental en el sistema.

Cabe tener presente que, no obstante la gran importancia de esta reforma, en cierto sentido también Federico II y sus sucesores, al igual que los otros déspotas ilustrados, iban llevando el derecho penal a una racionalización del mismo, pero, en última instancia, la misma tenía por objeto fortalecer el estado absolutista, que hasta

103 Cfr. PETTI, RAFFAELE, *I delitti e le pene nelle Costituzioni di Federico II.* en "Scritti in Onore di E. Ferri", Torino, 1929, 359-364 (360).

104 Sobre ella, HELLFELD, AUGUST, *Elementa Juris Criminalis Germanici-Carolini*, Jena, 1767, pp. 38-39.

105 Cfr. SCHMIDT, EB., op. cit., p. 239; PETTI, RAFFAELE, op. cit., p. 363.

entonces se había mostrado como irracional a la luz de las nuevas ideas. Dice Petti, refiriéndose a Federico II, pero en términos que pueden extenderse a todas las restantes reformas del despotismo ilustrado, que "mientras las penas disminuyeron de intensidad y gravedad, aumentaron en vez en extensión, no sólo porque Federico quiso que todos sus súbditos estuviesen igualmente sometidos al rigor de las leyes, sino más porque los hechos considerados como penalmente perseguibles se volvieron más numerosos en razón a la función que Federico asignó a las leyes penales de defensa estatal y social. Al primer grupo pertenecen todos los delitos contra el poder regio, contra el orden social, contra la religión, contra el erario, contra la administración de justicia, contra la fe pública y la incolumnidad pública; al segundo aquéllos contra las buenas costumbres y el orden de las familias" [106].

Un importante texto de ese tiempo, que no llegó a convertirse en código, fue el proyecto que por encargo de la reina María I de Portugal, preparó Pascual José de Mello Freire y que elevó a ésta el 26 de noviembre de 1786. Si bien se trataba de un texto en el cual no se innovaba mucho formalmente, puesto que se legislaba en él tanto el derecho penal como el procesal penal, al tiempo que en lo material tampoco suprimía totalmente la pena de muerte, había una notable reducción de la misma, una distribución racional de las materias, representando un avance grande respecto de las *Ordenações* que regían desde los tiempos de Felipe II, cuyo Libro Quinto fue el derecho penal vigente en Portugal hasta bien entrado el siglo XIX [107]. Este proyecto de "Código Criminal" de Mello Freire, que le valió a su autor una ruda polémica [108], estaba claramente influído por las ideas de la Ilustración. Su autor cita expresamente en la "introducción" a Montesquieu, Beccaria, Locke, Rousseau, Servant, Voltaire, etc.[109], criticando muy duramente la sangrienta legislación filipina.

El proyecto de Código Criminal para Portugal abarcaba sesenta y seis títulos, estando dedicados los cuatro primeros a lo que sería

106 PETTI, RAFFAELE, op. cit., p. 361.

107 Sobre la evolución del derecho penal portugués, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Coimbra, 1971, pp. 101-106.

108 V. *infra*, § 129.

109 V. *Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I. Autor Pascoal José de Mello Freire. Segunda edição castigada dos erros. Corrector o Licenciado Francisco Freire de Mello, sobrinho do autor*, Lisboa, 1823.

la parte general de un código penal moderno, del V al XLIV se extendía la parte especial y del XLV al LXVI las disposiciones procesales. En el título I se consignaban los principios de culpabilidad, de reserva legal y de legalidad penal. Inauguraba la modalidad —que aún se conserva en la legislación penal portuguesa— de encabezar la parte especial con los delitos contra la religión. Es interesante apuntar que consagra el sistema de penas fijas, cinco años antes que el código francés de 1791.

En general, todo el movimiento de la Ilustración combatió duramente la tortura y logró erradicarla prácticamente de la legislación procesal. No nos ocuparemos de esta materia, puesto que corresponde al derecho procesal [110].

El siglo XVIII fue señalado por los textos legales penales de la Ilustración, pero en análoga línea, aunque con diferente sentido político, se desarrolla la legislación penal revolucionaria, representada por los códigos franceses de 1791 y de 1795. El primero de ellos fue el *Code Pénal* del 25 de setiembre - 6 de octubre de 1791. En dicho texto la influencia de las ideas plasmadas en la declaración de 1789 es de toda evidencia: consagra el principio de legalidad para el delito y la pena, adopta el sistema de penas fijas y se decide por el juicio por jurados, institución que toma de Inglaterra. Era un texto que a fuerza de buscar seguridad se extraviaba de su senda, haciendo desaparecer las atenuantes y la gracia, para impedir cualquier posible arbitrariedad. Receptaba ideas de Bentham sobre aislamiento celular, régimen progresivo y permisos al público para visitar las cárceles y controlar la ejecución de las penas. En holocausto a la prevención de arbitrariedad judicial sacrificaba la ponderación del elemento psicológico. Al lado de las penas más graves ponía la exposición pública y la degradación cívica, rodeadas de solemnidades. No obstante, los inmediatos acontecimientos políticos hicieron que la vigencia que este código fuese poco menos que ilusoria.

Estas dos leyes penales de 1791, a las que se dio el nombre de código penal, dividieron las penas en *aflictivas* e *infamantes* y simplemente *infamantes*. "En la primera categoría se pusieron la muerte, los hierros, la reclusión en casa de fuerza, la detención, la deportación; en la segunda categoría se colocaron la degradación

110 Sobre la tortura, THOT, LADISLAO, op. cit., pp. 426 y ss.; RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL, DE, prólogo a su traducción de PIETRO VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, Buenos Aires, 1977.

cívica y la picota. Las penas de marca y de confinamiento se abolieron. La ejecución de la pena de muerte se redujo a la simple privación de la vida. Fue abolida la perpetuidad de la pena y la segunda pena en orden de gravedad era la de trabajo forzado por veinticuatro años. Por fin, rechazada la latitud de la pena entre máximo y un mínimo, para refrenar absolutamente la potestad del juez, se determinó para cada delito una pena invariable, absolutamente determinada [111].

El *Code Pénal* de 1791 fue elaborado por un *Comité de législation criminelle*, que data de 1789, integrado en el seno de la Asamblea Constituyente y cuyos miembros cambiaron, sin que se conozca quiénes fueron los que lo compusieron en definitiva. Lo cierto es que tomaron parte Briois Beaumetz, Freteau, Le Berthon, Tronchet, Thouret, Target, Lally,-Tollendal, Le Pelletier de Saint-Fargeau, Duport, Dichoneau y el duque de la Rochefoucault. El proyecto fue presentado por Le Pelletier de Saint-Fargeau el 2 de mayo de 1791 [112].

La estructura del código de 1791 era la siguiente: *Parte Primera*, De las condenas; Título I, De las penas en general; Título II, De la reincidencia; Título III, De la ejecución de sentencia contra un acusado en rebeldía; Título IV, De los efectos de la condena; Título V, De la influencia de la edad de los condenados sobre la naturaleza y duración de las penas. *Parte Segunda*, De los crímenes y de su punición; Título I, Crímenes y atentados contra la cosa pública; Título II, Crímenes contra los particulares; Título III, De los cómplices de los crímenes [113].

El 25 de octubre de 1795 se sancionó el segundo código penal, que contenía normas procesales y substanciales, corrigiendo el texto precedente, pero sin cambios de fondo [114]. En tanto, en la realidad se había establecido el terror de los "tribunales revolucionarios", la pena de muerte se prodigó y se suspendió por tiempo indeterminado la ley por la que la Asamblea Nacional había ordenado su supresión, y "mientras antes se había afirmado que el juicio por jurados era la necesaria garantía de libertad y derecho inviolable del acusado, se llegó a afirmar que los enemigos de la patria no tienen derecho a ser juzgados por tribunales populares ni con las garantías del derecho común".

111 PESSINA, ENRICO, en "Enc. Pessina", II, 569.

112 Cfr. REMY, HENRI, *Les principes généraux du Code Pénal de 1791* (tesis), París, 1910, pp. 17-19.

113 V. *Code Criminal de la Republique Française*, editado por Sagnier, París, año VII de la República (1798-1799).

114 V. VILLEY, EDMOND, op. cit., p. 35.

El rotundo fracaso de la actitud revolucionaria abría el camino al derecho penal bonapartista, que había sido preparado por la Ilustración.

VI LOS PRINCIPALES TEXTOS DEL SIGLO XIX

70. **El código Napoleón.** Es obvio que el siglo XIX fue el gran siglo de la codificación penal, puesto que en él tuvo lugar la codificación de todo el derecho penal del mundo de tradición jurídica continental. No podemos aquí seguir los detalles de este extraordinario movimiento, sino sólo tomar en consideración los textos más importantes, que fueron los que marcaron las grandes líneas político-penales posteriores.

En principio, hallamos dos textos, que señalan claramente dos tendencias opuestas: el *Código Napoleón de 1810* y el *Código de Baviera de 1813*, que representaban la tendencia cesarista y liberal respectivamente.

En tanto que las primeras leyes revolucionarias francesas estaban influidas por las ideas de Beccaria, Filangieri, Voltaire, Rousseau, etc., el Código Napoleón recepta con mayor amplitud el utilitarismo de Bentham, que pone al servicio de su ideal imperialista.

El código Napoleón, sancionado en siete leyes del 13 al 20 de febrero de 1810 y puesto en vigencia el 1º de enero de 1811, fue el tercer código post-revolucionario, introduciendo modificaciones sustanciales respecto de los anteriores, de neto corte utilitario. "La pena de muerte se extendió a mayor número de casos (incluyendo, por ejemplo, también el delito de acuñación de falsa moneda) y, en cuanto respecta al parricidio, la privación de la vida se hizo preceder del corte de la mano, una crueldad que constituía un decidido paso atrás respecto de la revolución. Fueron también reintroducidas las penas detentivas y la confiscación general de los bienes" [115].

Si bien es cierto que el *Code Napoleón* conserva una serie de principios racionales, provenientes del pensamiento de la época receptado por la Revolución, y que tuvo un efecto benéfico al ex-

115 CATTANEO, MARIO A., *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, p. 118: la edición oficial del *Code*: *Code des delits et des peines servant de supplément au procés-verbal des séances du Corps Législatif. Février 1810. Texte, Paris-Hacquart, Imprimur du Corps Législatif, rue Gût-le-Coeur, nº 8, 1810.*

tender estos principios por Europa con las conquistas napoleónicas [116], no es menos cierto que es el código del Imperio, "el código de Napoleón y no el código de Francia", como decía —quizá un tanto exageradamente— Pellegrino Rossi. Las penas volvieron a ser severas y se reintroduce el ergástolo, pero al mismo tiempo se establece cierta flexibilidad en la pena, lo que resulta mucho más realista que la solución dada por el código de 1791. No obstante, queda claro que el código de 1810 procuraba la protección, ante todo, del Estado, del andamiaje del Imperio, centrado en la persona del Emperador. Dios había sido reemplazado por el Estado y los delitos contra el Estado encabezaban la tabulación legal de infracciones de la "parte especial". En este sentido, la línea política penal del código de 1791 no tenía nada que ver con la de 1810 [117], iniciando este último un retroceso respecto de la legislación humanista, que fue seguido también fuera de las fronteras de Francia. La vieja idea de la legislación penal de Justiniano, que es "la expresión del principio de que la conservación del Estado es el fundamento de la punición" [118], resucita en el código Napoleón y engarzará con fundamentos hegelianos en Alemania, donde a partir del código de Sajonia de 1838 y el de Würtenberg del año siguiente también se impone, llegando a su máxima expresión con el código de Prusia de 1851, que luego será la base del primer código penal del Imperio Alemán, vigente en la República Federal Alemana hasta 1975, con múltiples reformas.

La influencia de las ideas de Bentham sobre los redactores del código de 1810, evitó que el mismo cayese en las exageraciones en que había caído el penalismo del Imperio Romano. El mismo Target, en la presentación del proyecto afirmaba que "es la necesidad de la pena lo que la hace legítima" [119], lo que consagra una solución pragmática, que evitó mayores desviaciones. No obstante, la línea político-penal imperialista quedó trazada y de allí que el *Code Pénal* de 1810 sirviese de modelo a otros muchos que se enrolaron en la misma corriente.

116 Cfr. PESSINA, I, 69.

117 V. REMY, H., *Les principes généraux du Code Pénal de 1791*, 1910; DONNEDIEU DE VABRES. H., *Traité de Droit Criminel et de Législation Comparée*, París, 1947, 27-28; del mismo, *La politique criminelle des états autoritaires*, París, 1938, pp. 14-19; RADZINOWICZ, LEÓN, *Ideologia e criminalità*, Milano, 1968, pp. 22-3.

118 PESSINA, I, 49.

119 Cit. por CHAVEAU-HELIE, I, parág. 12; GARRAUD, I, 125.

La sistemática del *Code* deja muy poco lugar a dudas respecto de la función que el mismo debía llenar. Parte de la tripartición de las infracciones penales —provenientes del código de 1791— y abarca tres libros referidos a los crímenes y delitos, en tanto que reserva el cuarto para las contravenciones. El Libro I se ocupa "de las penas en materia criminal y correccional y de sus efectos", el Libro II "de las personas punibles, excusables o responsables por crímenes o por delitos" y el III "de los crímenes, de los delitos y de su punición". Este Libro III se subdivide en dos títulos que, como es lógico pensar dentro de la mencionada corriente, el título primero se ocupa de "crímenes y delitos contra la cosa pública" y el título segundo de "crímenes y delitos contra los particulares".

El plan de un código no es algo secundario, sino que suele señalar una clara tendencia, que creemos es lo que aquí sucede donde, aparte de llevar a la cabeza de los delitos los que afectan al Estado, tienen expresiones tales como titular a los delitos sexuales "atentados a las costumbres", lo que indica que junto a la libertad de la víctima —o relegando esta libertad a un plano secundario— se penan esos delitos en razón de afectar las costumbres.

Suelen distinguirse en la Revolución Francesa dos períodos: uno moderado (1789-1791) y otro individualista (1793-1794), entendiendo que en el primero se pone el acento en la libertad y en el segundo en la igualdad. Según esta habitual interpretación, el Directorio representaría una vuelta a la moderación. Cattaneo critica esta consideración, afirmando que los dos primeros períodos, pese a las tremendas luchas políticas, no están tan contrapuestos y que ambos representan una continuidad, en la que se quisieron hacer realidad los ideales iluministas del *citoyen*, en tanto que ambos se oponen al Directorio, en que se quisieron hacer realidad los ideales del *burgeois*[120]. No creemos que el planteo de Cattaneo se halle descaminado, porque lo cierto es que la burguesía en ascenso se valió de la ideología liberal y de su filosofía sustentadora para acceder al poder, pero, una vez en él, echó mano del positivismo, para justificar sus embates antiliberales.

Respecto del código Napoleón observa atinadamente Prins: "Los autores del código imperial pertenecían a aquella escuela que, bajo el influjo de Bentham, no encontraba otra justificación a la pena que la utilidad y la necesidad. 'La necesidad de la pena, decía Target, es lo que la hace legítima'. La teoría de la necesidad de las penas convenía al espíritu despótico de Napoleón I, que imprimía al CP su individualidad e impulsaba a los criminalistas en el camino de la exageración de las penas, haciéndole tomar como objetivo esencial, la intimidación. Los hechos, elevados a la categoría de crímenes y de delitos andaban muy lejos de ser todos punibles en sí mismos: la tenta-

120 CATTANEO, op. cit., p. 137.

tiva se asimilaba siempre al hecho consumado; la complicidad a la cooperación principal; la pena de muerte se prodigaba con irritante profusión, a veces acompañada de mutilaciones; el código de 1810 conservaba las penas aflictivas e infamantes, la muerte civil, la confiscación general de bienes, la marca y la argolla, la vigilancia de alta policía del Estado. Además, se confundían los casos más diferentes, pudiendo decir Rossi que 'el legislador del código de 1810 castigaba en masa, a ciegas'. Es evidente que el sistema adoptado comprendía, en ciertas categorías estrechas, hechos que nada tenían entre sí de semejantes. Por último, la desproporción entre las penas y las infracciones era muy extraña, y el sistema de las circunstancias agravantes inflexible" [121].

En cuanto al aspecto técnico, es interesante señalar que el código de 1791 tuvo escasos comentadores, pero entre ellos se destacó Scipion Bexon (1753-1825), quien entre otras obras, publicó una comparación entre la ley penal francesa y la legislación inglesa, siguiendo a Blackstone. Bexon era decidido partidario del sistema del mínimo y máximo de las penas, lo que le llevaba a criticar el sistema de penas fijas del código de 1791, como muchos otros aspectos del mismo. Parece ser que en este sentido las opiniones de Bexon fueron tomadas muy seriamente en cuenta por los legisladores de 1810, aunque bien puede suceder que Bexon registrase lo que era opinión generalizada en su tiempo [122].

71. **El código bávaro de 1813.** Si bien en la misma Francia se contraponen los códigos de 1791 y 1810, cabe reconocer que el texto de 1791 no es de muy elevada calidad técnica. El texto que realmente se contrapone, en la legislación penal comparada, al *Code Penal* de Napoleón, pudiendo parangonársele técnicamente —y también superarlo [123]— y señalando la auténtica línea liberal de la codificación penal, es el *código de Baviera del 16 de mayo de 1813*, obra de Feuerbach.

El Rey de Baviera, Maximiliano José, había encargado un proyecto a Gallus Aloys Caspar Kleinschrod (1762-1824), quien lo publicó en 1802, siguiendo la línea del absolutismo, basado en la prevención entendida como acción sobre la personalidad moral del autor e intimidación, lo que daba al juez amplia libertad para individualizar la pena y también gran relevancia a la eticidad demostrada por la subjetividad del autor. La crítica de Feuerbach dio lugar a una seria disputa con Kleinschrod, en la que triunfó Feuerbach, a quien se le encomendó el nuevo proyecto [124].

121 PRINS, ADOLFO, en "La Legislación Penal Comparada", Madrid-Berlín, 1896, I, 391.

122 Cfr. REMY, HENRI, op. cit., pp. 21-25.

123 Sobre la superioridad técnica del código de Baviera, MARC ANGEL, *Les Codex Penaux Européens*, I, XXII.

124 Cfr. SCHMIDT, ED., *Einführung*, 251.

Este código se caracterizó por su claridad terminológica y precisión conceptual. Aceptaba la división tricotómica de las infracciones y reservaba las infracciones de policía a una ley especial. Cabe aclarar que esto tenía por único objeto no extender el campo del derecho penal, que amenazaba con crecer desmesuradamente, debido a la mayor ingerencia estatal. En once casos conminaba a pena de muerte y distinguía diversas penas privativas de libertad. El juez tenía escaso margen para la individualización de las penas, lo que determinó que en 1816 se dictase una ley que autorizaba al juez a disminuir hasta la mitad la pena del robo. El mismo Feuerbach reconoció las dificultades de una vinculación tan estricta del juez a la ley. El código estuvo vigente en Baviera hasta 1861.

El código de Baviera se caracterizaba por su decidido sentido individualista, por no penar al que se hallaba en invencible error de derecho y no tipificar cualquier conducta que no afectase bienes jurídicos. Su parte especial, a diferencia de la del *Code Napoleón*, estaba encabezada con los delitos contra las personas.

El *Bayerisches Strafgesetzbuch*, sancionado el 16 de mayo de 1813, es de gran importancia para el derecho penal argentino, toda vez que fue la principal fuente de inspiración de nuestra codificación penal. Se compone de 459 artículos, divididos en tres libros: I, Preceptos legales generales sobre crímenes y delitos; II, De los crímenes y su punición; III, De los delitos y su punición.

El *Libro I consta de cinco capítulos*: I, De las acciones no permitidas y su punición en general (arts. 1 a 36); II, De la consumación del crimen, del dolo antijurídico y del promotor (arts. 37 a 56); III, De la tentativa, de la negligencia y de la participación (arts. 57 a 89); IV, De la medida de la pena y de las causas de atenuación y agravación (arts. 90 a 118); V, De las causas que suprimen la punibilidad (arts. 119 a 141).

El Libro II consta de dos títulos: I, De los crímenes privados; II, De los crímenes públicos o estatales. El *título I* se subdivide en seis capítulos: I, De los crímenes contra la vida de otro (arts. 142 a 177); II, De los daños y otros maltratamientos a las personas (arts. 178 a 208); III, De las lesiones al patrimonio mediante substracción, retención, robo y secuestro (arts. 209 a 243); IV, De los daños al patrimonio (arts. 244 a 255); V, De la lesión al derecho de otro por estafa (arts. 256 a 294); VI, De la lesión al derecho ajeno por infidelidad (arts. 295 a 298). El *título II* se subdivide en siete capítulos: I, De los crímenes contra la existencia y la seguridad del Estado en general, alta traición y traición a la patria (arts. 299 a 308); II, La injuria a la majestad y otros crímenes contra el honor del Estado (arts. 309 a 314); III, Crímenes contra la autoridad (arts. 315 a 331); IV, Crímenes contra la paz del derecho en el Estado (arts. 332 a 336); V, Crímenes contra la confianza y creencias públicas (arts. 337 a 348); VI, Crímenes contra el patrimonio del Estado y otros patrimonios públicos (arts. 349 y 350); VII, De

los crímenes especiales de los funcionarios del Estado y servidores públicos (arts. 351 a 366).

El Libro III, referido a los delitos, consta de dos títulos: I, De los delitos privados; II, De los delitos contra el Estado. El *título I* se subdivide en cuatro capítulos: I, De los delitos contra la persona (arts. 367 a 378); II, De la afectación del patrimonio por sustracción, retención o daño (arts. 379 a 386); III, De la afectación de derechos ajenos por estafa y usurpación (arts. 387 a 397); IV, De la afectación de derecho ajenos por infidelidad (arts. 398 a 403); el *título II* se subdivide en seis capítulos: I, De los delitos contra el honor del Estado (arts. 404 a 410); II. De los delitos de resistencia contra la autoridad (arts. 411 a 419); III, De los delitos contra la paz del derecho en el Estado (arts. 420 a 424); IV, Delitos contra la confianza y las creencias públicas (arts. 425 a 431); V, Delitos contra el patrimonio público (arts. 432 a 436); VI, Delitos especiales de los funcionarios del Estado y servidores públicos (arts. 437 a 459).

El propio Feuerbach elaboró en 1824 un nuevo proyecto de código penal para Baviera, pero una disputa con el ministro hizo que lo abandonara cuando estaba casi terminado y hasta casi que destruyese sus originales, que no se conocieron públicamente hasta años recientes [125]. Es curioso consignar que en este trabajo Feuerbach adopta una sistemática que encabeza su parte especial con los delitos contra el Estado. La razón de este cambio no es nada clara, puesto que no altera sus puntos de vista fundamentales. "El cambio puede también ser interpretado como una reacción frente a la alteración de la atmósfera política producida en el tiempo intermedio en Alemania y en Baviera", tal como lo entiende Schubert [126], lo que es perfectamente razonable. De cualquier forma, este proyecto no ejerció ninguna influencia en la legislación positiva.

72. **El proyecto de código para Lousiana.** Eduard Livingston fue autor de un proyecto para Lousiana, presentado en 1825 [127] y que adaptó a la legislación penal federal de los Estados Unidos presentándolo al Senado en 1828 [128] sin que fuera tratado. No obstante no ser sancionado, tuvo la más grande importancia en la legislación comparada, porque fue tomado frecuentemente en cuenta como fuente de inspiración parcial de otros textos. Más

125 El texto del proyecto y un detenido estudio del mismo, en la magnífica monografía de SCHUBERT, GERNOT, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch fur das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824*, Berlín, 1978.

126 Idem, p. 168.

127 V. LIVINGSTON, *Rapport sur le Projet d'un Code Pénal, fait a l'Assemblée Générale de l'Etat de la Louisiane, par M. Edouard...*, con introducción y notas de M. A. H. Taillandier, París, 1825.

128 V. *Complete Works of Eduard Livingston on Jurisprudence*, 1873 (dos volúmenes); *Exposé d'un système de législation criminelle pour l'Etat de la Louisiane et pour les Etats-Unis d'Amerique, par Edward Livingston, precedée d'une préface par M. Charles Lucas et d'un notice historique par M. Mignet*, París, 1872.

adelante nos ocuparemos de las ideas de Livingston [129], pero aquí destacaremos los rasgos más importantes de sus textos proyectados.

Una de las características más salientes del proyecto de Livingston es que no se limita a un código penal, sino que prepara todo un sistema de legislación en la materia, dividido en cinco partes: un código de crímenes y penas (*Code of Crimes and Punishment*), un código de procedimientos (*Code of Procedure*), un código de pruebas (*Code of Evidence*), un código de reforma y disciplina de prisiones (*Code of Reform and Prision Discipline*) y un libro de definiciones (*Book of Definitions*) [130]. La infraestructura propuesta para la aplicación del proyecto incluía una casa de detención, una penitenciaría, una casa de refugio e industria y una escuela de reforma, todo dirigido por un equipo de inspectores.

El trabajo de Livingston es de suma importancia para el concepto preventivo de la pena. Su código estaba inspirado en ideas pragmáticas, puesto que —como veremos con mayor detalle [131]— receptaba la influencia de Bentham, pero luego la mitigó con ideas jusnaturalistas, de modo que su sistema presenta un particular equilibrio. Se trata de un proyecto pionero en lo que respecta a la abolición de la pena de muerte y a la reforma penitenciaria, como también a la eliminación de todas las penas infamantes o que señalasen al delincuente en forma degradante.

Las características generales de su proyecto son interesantes también en cuanto a las consideraciones que formula respecto de los bienes jurídicos. En efecto, viendo su clasificación de los delitos, bien puede pensarse que sigue inflexiblemente el modelo francés, pero el mismo autor del proyecto explica que la división en "delitos públicos" y "delitos particulares o privados" es "de toda forma necesariamente arbitraria, puesto que no hay delito público que no lesione a algún individuo, y la mayor parte de los ultrajes inferiores a las personas afecta, de alguna manera, a la paz pública". Simplemente, consigna que el orden de la obra es el que exige esa división [132], en la que parece aproximarse a Servan [133]. En esa catalogación se eliminan el suicidio y la sodomía [134].

129 V. *infra*, § 130.
130 V. *Complete Works*..., cit.
131 V. *infra*, §§ 130 y 148.
132 LIVINGSTON, *Rapport*, pp. 40-41.
133 También a VERMEIL, *Essai sur les réformes a faire dans notre législation criminelle*, París, 1781, pp. 68 y ss.
134 V. consideraciones en RAPPORT, p. 42.

Son varias las disposiciones del texto de Louisiana en que se nota la influencia del código de Baviera, como las referidas a la presunción del dolo y la de los errores en la ejecución del delito. Cabe destacar la particularidad de que deja librados a las costumbres propias los delitos cometidos entre indígenas y que reserva para un código especial los delitos de los esclavos.

El proyecto de Livingston tuvo gran resonancia en América Central. La Asamblea Ordinaria del Estado de Nicaragua sancionó el 24 de abril de 1837 un código penal que era prácticamente traducción del proyecto que comentamos [135].

73. **El Código Criminal del Imperio del Brasil.** Uno de los dos primeros códigos penales sancionados en Latinoamérica fue el del Imperio del Brasil, en el año 1830. Clemente Pereira y Bernardo de Vasconcelos presentaron sendos proyectos, y las comisiones legislativas trabajaron sobre ellos, pero inclinándose preferentemente por el de Bernardo de Vasconcelos, que receptaba la influencia del proyecto de Mello Freire, del de Livingston, del código de Baviera y, en menor medida, del código francés.

Se trató de un texto cuya característica es la claridad y precisión, lo que lo acerca al modelo bávaro, aunque era menos extenso en sus previsiones y más rígido en su sistema de penas. Rechazó la tradicional tripartición francesa y la reemplazó por la bipartición, unificando la denominación de "crimen" para todas las infracciones a la ley penal, dentro de las que incluía también los "crímenes de policía" (contravenciones).

En su parte general declaraba expresamente que "no habrá criminal ni delincuente sin mala fe, es decir, sin conocimiento del mal e intención de causarlo" (art. 3º).

Recibía una clara inspiración de Feuerbach, aunque en cuanto al sistema de penas fijas receptaba las ideas del proyecto de Mello Freire de 1786 y del código francés de 1791, con lo que da la sensación de una clara filiación idealista, puesto que era claro su sentido kantiano talional, que se ponía de manifiesto en la particular disposición del art. 19, que disponía: "Influirá también en la agravación o atenuación del crimen la sensibilidad del ofendido". Las penas graduables tenían un máximo, un medio y un mínimo y

135 V. su texto en ANTONIO A. DE MEDINA Y ORMAECHEA, *La Legislación Penal de los Pueblos Latinos*, México, 1896.

había escalas fijas de reducción para la tentativa y la participación. Todo ello se acompañaba con un enlistado cerrado de agravantes y atenuantes en la parte general, correspondiendo el máximo a las primeras y el mínimo a las segundas, y restando el medio para la ausencia o compensación de ambas y también para los casos de duda.

Era muy razonable la sistematización de la parte general en cuanto distinguía nítidamente la inculpabilidad de la ausencia de injusto. Su art. 10º establecía: "No se juzgarán criminales: 1º) Los menores de catorce años; 2º) Los locos de todo género, salvo que tuvieran intervalos lúcidos y en ellos cometiesen el crimen: 3º) Los que cometieren crímenes violentados por fuerza o medios irresistibles; 4º) Los que cometiesen crímenes casualmente en el ejercicio o práctica de cualquier acto lícito hecho con la atención ordinaria". Los artículos 12 y 13, por su parte, establecían medidas de internación para los locos y los menores, y el art. 11 preceptuaba claramente que, pese a no ser penados, "sus bienes estarán sujetos a la satisfacción del mal causado". Esta distinción se completaba con la disposición del art. 14, que bajo el título de "crímenes justificables" consideraba a los cometidos en estado de necesidad justificante, en legítima defensa (propia, de la propia familia, de los derechos o de terceros) o en ejercicio del derecho de corrección doméstica.

Una de las instituciones más interesantes y visionarias de este texto es la previsión de la multa con el sistema del "día-multa", lo que seguramente es claro resultado de la general orientación talional kantiana que revela el texto. Su art. 55 disponía a este respecto: "La pena de multa obligará a los reos al pago de una suma pecuniaria regulada siempre por lo que los condenados pudiesen obtener por día de sus bienes, empleos o industrias, cuando la ley no establezca específicamente de otro modo". Este sistema sería retomado muchos años después por la legislación nórdita, aunque sin mencionar este antecedente legislativo.

En la parte especial se notaba la influencia de la sistematización del proyecto de Livingston y del código francés, especialmente en cuanto a los "crímenes públicos", pese a que la denominación misma provenía claramente del primero. En cuanto a los "crímenes particulares" hay una originalidad del texto que comentamos, consistente en encabezar su exposición con los delitos contra la libertad, colocada así en jerarquía superior a la vida misma. La

última parte del código estaba dedicada a las contravenciones (crímenes policiales).

Las mayores originalidades del texto son, pues, el rechazo de la clasificación tripartita francesa, el criterio talional kantiano, el sistema de penas fijas extremado y la consiguiente reducción de las facultades individualizadoras del juez penal, y la distinción clara en cuanto a causas que excluyen el injusto y causas que excluyen la culpabilidad. Este texto, por su claridad, ejerció gran influencia en la legislación penal posterior, especialmente en el código español de 1848, y le señaló a toda la legislación penal posterior de Brasil algunas pautas que aún conserva: la legislación federal sobre contravenciones y la denominación de "crimen" para todas las infracciones penales restantes, a las que las otras legislaciones llaman "delitos". Su calidad es muy superior a la del primer código republicano [186] y fue traducido al castellano y al francés. Por otra parte, se dice que Haus y Mittermier estudiaron la lengua portuguesa con el exclusivo objeto de adentrarse en su comprensión [187].

El plan expositivo de este código era el siguiente: PARTE PRIMERA. DE LOS CRÍMENES Y DE LAS PENAS. Título I. *De los crímenes.* Cap. I., De los crímenes y de los criminales; Cap. II, De los crímenes justificables; Cap. III, De las circunstancias agravantes y atenuantes de los crímenes; Cap. IV, De la reparación. Título II: *De las penas.* Cap. I, De la calidad de las penas y de la manera como se han de imponer y cumplir; Cap. II, Disposiciones generales. PARTE SEGUNDA: DE LOS CRÍMENES PÚBLICOS. Título I, *Crímenes contra la existencia política del Imperio.* Cap. I, De los crímenes contra la independencia, integridad y dignidad de la Nación; Cap. II, De los crímenes contra la Constitución del Imperio y la forma de su Gobierno; Cap. III, De los crímenes contra el Jefe del Gobierno. Título II: *De los crímenes contra el libre ejercicio de los poderes públicos.* Título III. *De los crímenes contra el libre goce y ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos.* Título IV: *De los crímenes contra la seguridad interna del Imperio y la tranquilidad pública.* Cap. I, Conspiración; Cap. II, Rebelión; Cap. III, Sedición: Cap. IV, Insurrección; Cap. V, Resistencia; Cap. VI, Fuga de presos de poder

186 V. DO NASCIMENTO SILVA, JOSINO, *Codigo Criminal do Imperio do Brasil*, Rio de Janeiro, 1863; THOT, LADISLAO, *Estudio histórico, jurídico e comparativo do Código Criminal de 1830*, en "Archivo Judiciário", Rio de Janeiro, XV, pp. 39 y ss.; DA COSTA E SILVA, A. J., *Código Penal*, São Paulo, 1938, II, pp. 436 y ss.; GARCÍA, BASILEU, *Instituiçoes de Direito Penal*, S. Paulo, 1977, I, 120; FRAGOSO, *Liçoes*, p. 65; SALGADO MARTINS, 77; BRUNO, ANÍBAL, I, 77.

187 Cfr. LYRA, ROBERTO, *Direito Penal, Parte Geral*, Rio de Janeiro, 1936, p. 399. Un estudio de sociología jurídica con importante material histórico sobre este código, en MACHADO NETO, ZAHIDÉ, *Direito Penal e estructura social (comentário sociológico ao Código Criminal de 1830)*, São Paulo, 1977.

de la Justicia y quebrantamiento de cadenas; Cap. VII, Desobediencia a las autoridades. Título V: *De los crímenes contra el buen orden y administración pública.* Cap. I, Prevaricaciones, abusos y omisiones de los empleados públicos; Cap. II, Falsedad; Cap. III, Perjurio; Título VI: *De los crímenes contra el Tesoro Público y la propiedad pública.* Cap. I, Peculado; Cap. II, Moneda falsa; Cap. III; Contrabando; Cap. IV, Destrucción o daño de construcciones, monumentos y bienes públicos. PARTE TERCERA: DE LOS CRÍMENES PARTICULARES. Título I, *De los crímenes contra la libertad individual*; Título II, *De los crímenes contra la seguridad individual.* Cap. I, De los crímenes contra la seguridad de las personas y de la vida; Cap. II, De los crímenes contra la seguridad de la honra; Cap. III, De los crímenes contra la seguridad del estado civil y doméstico; Título III, *De los crímenes contra la propiedad.* Cap. I, Hurto; Cap. II, Bancarrota, estelionato y otros crímenes contra la propiedad; Cap. III, Daño; Título IV: *De los crímenes contra la persona y la propiedad.* PARTE CUARTA: DE LOS CRÍMENES POLICIALES. Cap. I, Ofensas a la religión, a la moral y a las buenas costumbres; Cap. II, Sociedades secretas; Cap. III, Reuniones ilícitas; Cap. IV, Vagos y mendigos; Cap. V, Uso de armas prohibidas; Cap. VI, Fabricación y uso de instrumentos para robar; Cap. VII, Uso de nombres supuestos o títulos indebidos; Cap. VIII, Uso indebido de la imprenta.

74. **El Código italiano de 1889.** Producida la unificación política de Italia, quedaron vigentes los antiguos códigos locales, aunque se fue extendiendo a todo el territorio la vigencia del código de Cerdeña de 1859, con excepción de Toscana, que se regía por su código de 1853, y con la salvedad de que las provincias meridionales habían adoptado el código sardo con algunas modificaciones, introducidas por el decreto del 17 de febrero de 1861.

En Italia habían estado vigentes el código francés en los reinos que estuvieron bajo tal dominación, el austríaco en Lombardía y Venecia durante igual circunstancia. Terminada la dominación francesa, algunos reinos volvieron a las antiguas leyes y otros se dieron sus propios códigos, tratando de mejorar el francés. Así, el Reino de las Dos Sicilias lo hizo en 1819 y el Ducado de Parma en 1820. En los Estados Pontificios se sancionó en 1832 el "Reglamento sobre los delitos y las penas". Cerdeña sancionó un código penal en 1839 y Toscana lo hizo en 1853. En 1855 el Ducado de Módena se dio un nuevo código penal. En 1859 se sancionó un nuevo código penal para los Estados del Rey de Cerdeña, que por extensión se fue adoptando en toda Italia, en tal forma que, hasta 1889, los únicos códigos penales vigentes eran el de Cerdeña de 1859 y de Toscana de 1853 [138].

Pese a que los autores del racionalismo penal trabajaron un derecho penal ideal, extraído de la razón, lo cierto es que sus referencias se hacían a estos códigos. Debemos tener en cuenta que el código de Toscana reco-

138 Cfr. PESSINA, ENRICO, *Elementos*, Madrid, 1913, pp. 138-142; CRIVELLARI, GIULIO, op. cit., I, pp. III a XXXVII.

nocía importantes elementos tomados de las legislaciones alemanas. Cabe consignar que Toscana había abolido la pena de muerte en 1860.

Desde 1860 se hicieron tentativas para dar a Italia un código penal único. El 18 de mayo de ese año, se presentó un proyecto en el Parlamento Subalpino para extender el código Sardo a toda Italia, pero no prosperó porque ello implicaba extender la pena de muerte a Toscana. En 1862 lo repite Miglietti con igual suerte. En 1864 se proyectó lo mismo, dejando la salvedad de que en Toscana no se aplicaría la pena de muerte. En 1865 y 1866 se formaron comisiones para elaborar un proyecto. En 1869 se nombró una segunda comisión. En 1874 se presentó el proyecto Vigliani, en 1876 el proyecto Mancini, en 1883 el proyecto Zanardelli, en el mismo año el proyecto Savelli, en 1886 el proyecto Tajini, y un nuevo proyecto Zanardelli presentado el 22 de noviembre de 1887, al volver éste al Ministerio de Gracia y Justicia, que fue promulgado por el Rey el 30 de junio de 1889 y entró en vigencia el 1º de enero de 1890 [139].

El código Zanardelli, dados los largos años transcurridos desde los códigos que antes mencionamos, fue un texto muy elaborado y de gran importancia técnica. Presenta para nosotros interés, especialmente, porque fue tomado en consideración repetidas veces por nuestro proyecto de 1891, fuente más inmediata de nuestro texto vigente. Era un texto bastante racional, que se movía en el marco de una confesa concepción jusnaturalista, altamente respetuosa de la dignidad humana.

En la *Relazione* queda clara la función de la ley penal y sus posibilidades y límites, con palabras que los legisladores posteriores parecen ignorar frecuentemente: "Quedaría por cierto desilusionado —decía— el legislador que estimase poder reformar las costumbres y erradicar la delincuencia con el solo magisterio de las penas; pero, por el otro lado, andaría grandemente errado aquél que por la persistencia e incluso por el aumento de la criminalidad, máxime con una legislación no todavía informada de los nuevos órdenes y de las nuevas necesidades, fuese inducido a argumentar que la ley penal no posee alguna virtud reformadora. Aún circunscripta a aquella eficacia puramente relativa que caracteriza el efecto de todas las funciones sociales y políticas, la ley penal está llamada a rendir un precioso servicio de tutela, que bien podrá contrastar con eventos ordinarios y extraordinarios, con calamidades sociales y perfidias de malvados, pero que no cesará nunca de ejercer su

139 V. PAOLI, *Storia scientifica di un decennio di preparaezione del codice penale italiano*, Firenze, 1886; con gran detalle, CRIVELLARI, op. cit., T. I.

saludable influencia en la educación civil de un pueblo en provecho de la seguridad pública y privada."

"Pero para que ella cumpla el altísimo servicio, es menester que no exceda ciertos límites determinados por la naturaleza humana, por el ambiente en que vive y por la función del Estado; y que por otra parte no ostente, ni los ciudadanos le demanden, poderes imaginarios y aberrantes." [140]

El *Codice Zanardelli* distinguía entre delitos y contravenciones, dedicando a los delitos los dos primeros libros y a las contravenciones el tercero. Rechazaba así la clasificación tripartita. Abolía la pena de muerte y el trabajo forzado y establecía como pena más importante la prisión con trabajo. Fue uno de los mejores códigos europeos y, a nuestro juicio, el mejor de su tiempo, pese a los ataques de quienes pretendían que era demasiado benigno y de los positivistas, particularmente de Lombroso. En su largo proceso de elaboración participaron los más eminentes penalistas de Italia y supo recoger lo mejor de la tradición doctrinaria.

75. **Otros códigos del siglo XIX.** En España, la monarquía absoluta se manejaba con la Recopilación y su sistema de autos acordados, que no fue modificado en lo penal en el primer período constitucional (1810-1814). En el segundo período constitucional (1820-1823) se sancionó el *código de 1822*, que seguía el modelo francés, aunque con influencias de Lardizabal, Beccaria y Bentham, pese a lo cual, éste último lo criticó duramente [141]. Si bien había en él muchos atisbos liberales y sus autores destacaban con toda justicia la crueldad y arbitrariedad de la legislación recopilada, no dejaba de ser un código cruel, que prodigaba la pena de muerte para más de treinta supuestos.

De toda forma, el código de 1822 representaba un considerable adelanto en comparación con el régimen penal que surgía de la Recopilación. Su sanción fue obra de las Cortes liberales, sobre la base de un proyecto presentado por una comisión de diputados nombrada al efecto y que elevó los resultados de su trabajo el 21 de abril de 1821. Dicha comisión estaba integrada por Francisco Martínez Marina, José María Calatrava, José Manuel de Vadillo, Joaquín Rey, Andrés Crespo Cambolla, Francisco Javier Caro y Lo-

140 *Relazione e Progetto lasciato in corso di studio dal M. Zanardelli, con le modificazioni proposte dal M. Savelli, riportate di fronte al testo*, en "Allegati al P. di Codice Penale del Regno d'Italia", Roma, 1883, p. 10.

141 Cfr. QUINTILIANO SALDAÑA en LISZT, *Tratado*, I, p. 442.

renzo Rivera, siendo revisado por otra comisión de diputados, sancionado por las Cortes el 8 de junio de 1822 y promulgado el 9 de julio del mismo año[142].

El código de 1822 tuvo vida efímera, debido a conocidas circunstancias políticas. Pese a que nunca se pasó por alto la necesidad de un código penal –que cada día era más urgente– todos los intentos fracasaron y recién en 1848 se sancionó un nuevo texto, que sigue las líneas estructurales del código brasileño de 1830 y en cuya elaboración fue importantísima la parte activa que le cupo a Joaquín Francisco Pacheco, cuyos comentarios fueron prácticamente la exposición de motivos para uso y conocimiento público del texto. El *código de 1848* fue reformado en 1850 y más profundamente en 1870, aunque a veces suele mencionarse al producto de esta última reforma como si fuese un nuevo código[143].

El código español de 1822, que casi no tuvo vigencia en España, sirvió de modelo a los primeros códigos de la América española independiente (Bolivia, Veracruz). El de 1848 y sus reformas fue seguido por los países de lengua castellana de casi todo el continente, excepto Ecuador y Argentina. De esta manera la estructura del código imperial del Brasil volvió a hispanoamérica re-exportada de España. En nuestra legislación penal no tuvo influencia directa, salvo en los delitos federales y en la frustrada tentativa de Villegas, Ugarriza y García[144]. No obstante, su sistema general de penas rigió largos años y aún perdura parcialmente en el Código de Justicia Militar.

Portugal sancionó su primer código penal el 10 de diciembre de 1852, reconociendo como fuentes al *Code* francés de 1810 y en menor medida al español de 1848 y al brasileño de 1830, como también al austríaco de 1803 y al napolitano de 1819. El 1º de julio de 1867 fue abolida la pena de muerte. En 1884 se modificó el código de 1852 y en 1886 se lo sometió a una reforma más

142 V. *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura de 1821*, Madrid, Imprenta de J. A. García, Campomanes núm. 6, 1873, T. II, apéndice al número 54, pp. 1155 y ss.; ídem, 1822, T. II, número 66, p. 987; p. 1465. Quien siempre tomó la palabra en nombre de la comisión fue el diputado Calatrava. La edición oficial: *Código Penal Español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822*, Madrid, en la imprenta Nacional, año de 1822.

143 Sobre este texto, NÚÑEZ BARBERO, RUPERTO, *La reforma penal de 1870*, Salamanca, 1969.

144 V. *infra*, § 80.

profunda, que suele conocerse como código penal sancionado el 16 de setiembre de 1886 [145]. Conserva la particularidad (proveniente de las *Ordenações* y del proyecto de Mello Freire) de encabezar la parte especial con los "delitos contra la religión del Reino".

En *Alemania*, después del código de Baviera de 1813, Oldenburg lo adoptó en 1814. Sajonia sancionó un código en 1838, que sirvió de base a otros varios. Un texto original fue el de Braunschweig de 1840, que, siguiendo a la Carolina, consagraba la analogía en su art. 4º: "Los preceptos de este código son aplicables a las acciones u omisiones que, conforme a las palabras, al sentido o al fundamento de las disposiciones particulares del mismo deben ser consideradas como indudablemente contenidas en él" [146]. Bajo la influencia del código francés, Prusia sancionó un código en 1851, que sirvió de modelo a otros varios. Este texto fue tomado como base por Friedberg para elaborar el proyecto de código penal de la Confederación del Norte, promulgado el 31 de mayo de 1870 y que casi de inmediato se convirtió en código penal del Imperio Alemán [147].

Bélgica, después de cincuenta y seis años de vigencia del código francés, sancionó su propio código el 15 de octubre de 1867, que implicaba una reacción contra aquél, en la medida en que receptó la crítica violenta de Rossi al *Code* Napoleón [148].

El Ducado de *Luxemburgo* siguió la legislación penal belga con ligera variante en el código penal del 28 de mayo de 1879, en tanto que el Principado de *Mónaco* hizo lo propio con la francesa en su código del 17 de diciembre de 1874.

Suiza sancionó el 4 de febrero de 1853 un código penal federal, es decir, para delitos federales, que no admitía la pena de muerte, habiendo quedado los restantes delitos librados a la legislación cantonal: Argovia (códigos de 1803 y 1857); San-Gall (códigos de 1807, 1819, 1857 y 1886); Basilea-ciudad (1821, 1835, 1846 y 1872); Basilea-campiña (1821 y 1873); Lucerna (1827, 1836 y 1860); Schaffhouse (1834 y 1859); Zurich (1835 y 1870);

145 Sobre la evolución del derecho penal portugués, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal, com a colaboração de* FIGUEIREDO DIAS, Coimbra, 1971, *pp.* 106 y ss.

146 STENGLEIN, M., *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, München, 1858, T. I.

147 V. la traducción castellana de LUIS ZULUETA, *Código Penal del Imperio Alemán*, Madrid, 1913.

148 V. NYPPELS, J. S. G., *Législation Criminelle de la Belgique ou Commentaire et Complément du Code Pénal Belge*, Bruselas, 1872.

Turgovia (1841); Grisones (1829 y 1851); Soleura (1859 y 1874); Appenzell (1859); Unterwalden Alto (1864); Berna (1866); Glaris (1867); Schwyz (1869 y 1881); Zug (1876); Vaud (1844; Valais (1858); Friburgo (1849 y 1874); Ginebra (1874); Neuchatel (1855 y 1891); Tesino (1816 y 1873).

San Marino sancionó un código penal en 1865, preparado por por Zuppeta, profesor de Nápoles. *Grecia* sancionó en 1834 un código penal elaborado sobre el modelo bávaro de 1813 y sus proyectos de reforma. *Rumania* sancionó en 1864 un código tomado de los modelos francés y prusiano. *Servia* siguió en su código penal de 1860 el modelo prusiano.

Holanda sancionó su primer código penal en 1809, de corta vigencia, pues a partir de 1811 rigió el código francés, hasta la sanción del código del 3 de marzo de 1881, que fue una obra bastante original e importante, que rechazaba la división tripartita y optaba por la bipartita, al igual que el italiano de Zanardelli [149]. Moddermann, que formó parte de la comisión que redactó el proyecto, fue quien llevó adelante la reforma en el Parlamento en su condición de Ministro de Justicia y pronunció un brillante discurso oponiéndose a la reimplantación de la pena de muerte [150].

Dinamarca sancionó su primer código el 10 de febrero de 1866, *Suecia* el 16 de febrero de 1864 y *Noruega* en 1842, habiendo seguido estos dos últimos también modelos alemanes.

El *Imperio Ruso* tuvo una codificación penal en 1832 y otra en 1845, que luego dio lugar a una edición ordenada en 1885. El Gran Ducado de *Finlandia* sancionó su código en 1889, pero, por objeciones del gobierno ruso entró en vigencia en 1894. El *Imperio Otomano* sancionó un código penal en 1858 [151].

El proceso de codificación en Latinoamérica se inicia en 1830, con los códigos de *Bolivia* y de *Brasil*, del último de los cuales nos hemos ocupado por separado. El código de Bolivia de 1830, co-

149 El movimiento codificador holandés fue seguido con interés en Italia. V. BRUSA, EMILIO, *L'ultimo progetto di codice penale olandese*, Zanichelli, Bologna, 1878.

150 Cfr. BRUSA, EMILIO, *Codice Penale Olandese, 3 Marzo 1881*, Firenze, 1882, p. 3.

151 Para la información relativa a la legislación europea hasta fines del siglo pasado: LISZT, FRANZ VON, *La legislación penal comparada publicada por acuerdo de la Unión Internacional de Derecho Penal con el concurso de eminentes penalistas*, por el Dr.... T. I, trad. de Adolfo Posada, Madrid-Berlín, 1896.

nocido como "Código Santa Cruz" tenía por base el código español de 1822 y fue reemplazado por otro estructurado sobre igual modelo el 6 de noviembre de 1834 [152].

Suelen sostener los autores bolivianos que el código "Santa Cruz" fue el primer código penal de la América independiente [153], en tanto que los autores brasileños suelen sostener que el primer código latinoamericano fue el del Imperio del Brasil [154]. En realidad, no puede decirse que cualquiera de ambos haya sido "el primero" cronológicamente hablando, porque fueron efectivamente contemporáneos y demuestran una idéntica preocupación. El *código Imperial del Brasil* fue "dado en el Palacio de Rio de Janeiro, a los diez y seis días del mes de diciembre de 1830, noveno de la Independencia y del Imperio". La "Carta de lei" por la que se manda ejecutar el código fue registrada por la Secretaría de Estado de los Negocios de Justicia" el 7 de enero de 1831 y fue publicada en esa Secretaría de Estado al día siguiente, esto es, el 8 de enero de 1831 [155].

El *"Código Santa Cruz"*, fue sancionado por Decreto del Capitán General Andrés Santa Cruz el 28 de octubre de 1830 y debía regir desde el 1º de enero de 1831, pero por decreto del 22 de marzo de 1831 su vigencia se postergó hasta el 2 de abril de 1831, "atendiendo a que no ha podido concluirse oportunamente la impresión de los códigos, según lo dispuesto en el anterior decreto" [156]. Como es dable observar, sería injusto calificar a uno u otro de "primero", pues ambos lo han sido. El "Código Santa Cruz" está precedido de una proclama, que son los considerandos del decreto sancionatorio, que contiene valiosísimos conceptos, que consideramos necesario transcribir, para hacer justicia al espíritu que presidía esa tarea codificadora: "El Gran Mariscal Andrés Santa Cruz, Presidente de la República Boliviana. A la Nación, Bolivianos: largo tiempo la necesidad y la opinión exigían una reforma de nuestros Códigos, para que pudiesen conformarse al espíritu del siglo, que es el de la libertad y la filosofía. Este cambio ha podido hacerse para Bolivia. / El Congreso General Constituyente había sancionado el Código penal, que dictaron las cortes españolas, señalando algunas modificaciones que creyó necesarias, y remitió a la consideración de la Corte Suprema; después de este examen ha sido revisado todavía por una junta presidida por el Gobierno y compuesta de Magistrados respetables, que reunen la experiencia, la probidad y el saber. / Las leyes claras y positivas son la base de la buena

152 V. MEDRANO OSSIO, José, *Derecho Penal Aplicado*, Potosí, 1960, p. 28.

153 Por ejemplo, CAJÍAS K., HUÁSCAR - MIGUEL, BENJAMÍN, *Apuntes de Derecho Penal Boliviano*, La Paz, 1966, p. 41.

154 Por ejemplo, FRAGOSO, *Liçoes di Direito Penal*, p. 66.

155 DO NASCIMENTO SILVA, JOSINO, *Codigo Criminal do Imperio do Brasil aumentado com as leis, decretos, avisos e portarias que desde a sua publicação até hoje se tem expedido, explicando, revogando ou alterando algumas de suas disposições com o calculo das penas em todos os grãos por...*, Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1863, pp. 354-355.

156 *Código Penal Santa-Cruz*, Paz de Ayacucho, Imprenta del Colejio de Educandas: Administrada por Manuel V. del Castillo, 1831, p. VI (es IV, numerada VI por error de impresión).

administración de justicia, y la buena administración de justicia es la sola capaz de asegurar los derechos del ciudadano, e inspirarle esa tranquilidad en que consiste la libertad, y el goce de cuanto es más caro para el hombre constituido en sociedad. / La razón y la experiencia han demostrado, que la moral pública no se funda en el rigor de las penas, ni en el vano espectáculo de los suplicios: y en el Código Penal de Bolivia se ve que más bien se han querido prevenir los delitos, que castigarlos; pero también se ha sabido conciliar la seguridad del inocente con el temor del malvado" [157].

El Presidente Santa Cruz determinaba, en el mismo decreto, que el código sería puesto a la consideración del primer Congreso. La Soberana Asamblea Constituyente de Bolivia decretó el 15 de julio de 1831: que mientras "el Poder Legislativo se ocupa de su discusión y sanción", los códigos "Santa Cruz" seguirían rigiendo, decreto que el Presidente hizo ejecutar el 18 de julio de 1831 [158].

Establecida la República, *Brasil* sancionó su primer código republicano el 11 de octubre de 1890 [159], por cierto que de menor calidad que su precedente imperial. *Haití* había adoptado el código penal francés el 11 de agosto de 1835 [160].

En *México* se dio su primer código penal el Estado de Veracruz en 1834 [161], que seguía al código español de 1822. El primer código penal federal fue sancionado en 1871 y se conoce como "código Juárez" o "código Martínez de Castro" [162], que tomó como base el código español de 1870. Siguiendo de cerca este modelo fueron dándose sus propios códigos los Estados [163].

Paraguay adoptó el código Tejedor el 18 de julio de 1880. *Chile*, tomando como base el código español de 1870, sancionó su código el 12 de noviembre de 1874 [164]. La *República Dominicana*

167 Idem, 2ª y 3ª hoja de la edición oficial.

168 Reverso de la portada de la edición oficial, cit.

169 V. BENTO DE FARIA, ANTONIO, *Annotaçoes theorico-praticas ao Codigo Penal do Brasil*, Rio de Janeiro, 1904.

160 V. su texto en ANTONIO A. DE MEDINA Y ORMAECHEA, *La legislación penal de los Pueblos Latinos*, México, 1899.

161 Su texto y comentario de OLGA ISLAS en DPC, nº 1, febrero de 1965.

162 V. PORTE PETIT, CELESTINO, *Evolución legislativa penal en México*, México, 1965; LOZANO, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Comparado o el Código Penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, México, 1874. Las actas de la comisión presidida por Martínez de Castro, en reproducción facsimilar, en "Derecho Penal Contemporáneo", nº 36, enero-febrero de 1970.

163 Los códigos de los Estados mexicanos en el siglo pasado pueden verse —al igual que todos los códigos en lengua latina de la época— en la curiosa recopilación de ANTONIO A. DE MEDINA Y ORMAECHEA, *La legislación penal de los pueblos latinos*, México, 1899.

164 V. *Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la Comisión Redactora*, con estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, 1974.

sancionó en código francés en una traducción imperfecta, el 3 de junio de 1867, que fue reemplazada por otra traducción en 1884. *Nicaragua* sancionó su primer código el 27 de abril de 1837 y el 29 de marzo de 1879 lo reemplazó por otro que seguía el modelo del español de 1870. *El Salvador* sancionó en 1826 el codigo español de 1822, reemplazándolo por otro en 1859 conforme al modelo español de 1848, y un tercer texto en 1881, conforme al español de 1870. *Honduras* sancionó el suyo el 27 de agosto de 1880, siguiendo al código español de 1870. En *Perú*, Santa Cruz mandó observar en 1836 el código penal que regía Bolivia, que seguía al español de 1822. En 1863 se dio un código penal, siguiendo el modelo español de 1848. *Venezuela* también tomó como base el código español de 1848 en el sancionado el 19 de abril de 1863, que no estuvo en vigencia más de tres meses, sancionándose otro el 20 de febrero de 1873 [165], siguiendo al español de 1870, y otros el 14 de mayo de 1897, que seguía el modelo de Zanardelli [166]. *Uruguay*, siguiendo el modelo del proyecto de Zanardelli, sancionó su código el 18 de enero de 1889. En *Cuba*, por Decreto Real del 23 de mayo de 1872, regía el código español de 1870, con leves modificaciones. En *Colombia*, en 1858 "adoptó el Estado soberano de Cundinamarca el código de 1837 promulgado para la Nueva Granada; y con ligeros cambios en su contenido fue adoptado también por los Estados soberanos en que se descompuso el territorio nacional" [167]. Seguía el modelo de los códigos francés y español de 1822. Fue reemplazado por otro texto muy similar el 19 de octubre de 1890.

Ecuador sancionó en 1872 un código que seguía fielmente el modelo del código belga y que se conoce como "código García Moreno" [168]. *Costa Rica* sancionó el 27 de abril de 1880 un código siguiendo al español de 1870. *Guatemala* sancionó el 15 de febrero de 1889 un código también sobre el modelo español.

165 V. *Libro-homenaje, Vigencia del Código Penal de 1873*, Publicaciones del Instituto de Cs. Penales y Crim., Fac. de Derecho, Univ. Central de Venezuela, Caracas, 1973.

166 Cfr. CHIOSSONE, TULIO, *Manual de Derecho Penal Venezolano*, Caracas, 1972, p. 26.

167 GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE E., *El nuevo código penal colombiano*, 1936, p. 12. También, CANCINO, ANTONIO V., *Evolución histórica del derecho penal colombiano*, en "Derecho Penal y Criminología", Univ. del Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 1978.

168 *Código Penal y código de Enjuiciamiento en materia criminal de la República del Ecuador*, New York, 1872.

VI - LOS CÓDIGOS PENALES CONTEMPORÁNEOS

76. **Los códigos penales contemporáneos.** En nuestros días, la codificación penal se ha tornado sumamente técnica y se han multiplicado los proyectos, en tanto que las reformas legislativas totales se suceden frecuentemente con gran rapidez. No nos resta aquí otro recurso que intentar una visión panorámica muy sintética de la misma, limitándonos a su mera señalización.

Uno de los textos que mayor importancia tiene para nosotros, es el código penal suizo. Desde las postrimerías del siglo pasado, Karl Stooss encaró la unificación de la legislación penal de *Suiza*, que se hallaba escindida en una legislación federal y una legislación local o cantonal. Más de cuarenta años llevó esta tarea, que culminó en la sanción del código único, que entró en vigencia el 1º de enero de 1942. La tarea de Stooss había comenzado con una labor comparatista en 1890 [169] e introdujo durante su elaboración las medidas de seguridad, como recurso preventivo diferenciado de la pena. Los sucesivos proyectos que se fueron elaborando en ese dilatado período fueron tomados en cuenta por numerosas legislaciones, entre las que se cuenta nuestro propio código penal de 1921. El mismo código rige actualmente en Suiza con modificaciones, producto de revisiones parciales [170].

En *Italia*, el código de 1930 —del que nos ocuparemos más adelante— reemplazó al código Zanardelli, implicando una fractura en la tradición jurídica italiana, poco compatible con la Constitución republicana vigente. No obstante esta incompatibilidad —que es casi imposible de negar, pese a los esfuerzos doctrinarios— el texto se mantiene, aunque con considerables reformas.

El 14 de setiembre de 1944, por decreto legislativo número 288 se canceló la pena de muerte, se retornó a las atenuantes genéricas, se suprimieron los delitos que se referían a las instituciones propias del régimen fascista y se introdujeron algunas modificaciones más en la parte especial. El 2 de enero de 1945 se nombró una comisión que presidió Giovanni Porzio y que trabajó largamente en la revisión total del código. El 19 de febrero de 1949 se designó de su seno un comité ejecutivo para la redacción definitiva, integrado por Gabireli, Lattanzi, Petrocelli y Vannini. Este comité elaboró un proyecto, cuya primera preocupación fue "eliminar toda supervivencia de las

169 STOOS, KARL, *Die Schweizerische Strafgesetzbücher*, 1890.

170 V. HANS SCHULTZ, en *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*, Berlin, 1979, pp. 12-38.

orientaciones del pasado régimen político, conformando al código en todas sus partes a los principios democráticos y al espíritu de la nueva "Constitución". En eso se fundan, entre otras, "la notable atenuación de la medida en varias penas, con la desaparición de ese espíritu de excesivo rigor que informa algunos puntos del código vigente, basado en una injusta sobrevaloración del Estado frente al individuo". "La eliminación en la mayor medida posible, del criterio de responsabilidad objetiva, también el inspirado en un mal entendido rigor en la valoración de los intereses del Estado; la modificación de las normas sobre extradición, con el retorno a la prohibición de extradición por delito político" [171]. No obstante, el proyecto mantuvo el sistema de las penas y medidas, entendiendo que "responde del modo mejor a la doble necesidad de la represión y de la prevención, al doble criterio de la satisfacción de la conciencia social ofendida por el delito y de la defensa contra el peligro criminal" [172]. La parte general se presentó en 1949 y la especial en 1950, pero no fue tratado.

En 1956 se nombró una nueva comisión, que el mismo año preparó un proyecto con el mismo fin que el proyecto anterior. Mantenía la distinción entre penas y medidas, pero parece que con algunas reservas: "Se ha mantenido firme la distinción entre penas y medidas de seguridad, sea porque una reforma profunda en esta materia aparecería en contraste con el específico y limitado mandato de revisión asignado a la comisión, sea porque se ha sostenido que, por vía de principio, corresponde al Estado, en el ejercicio de las funciones de prevención, incidir sobre las causas del delito con oportunos medios establecidos por las leyes y aplicables a los sujetos socialmente peligrosos" [173]. Este proyecto no fue presentado a las Cámaras.

Los trabajos de reformas continuaron y en 1968 se presentó otro proyecto orgánico de reformas. Se mantiene la diferencia entre penas y medidas, pero también se trata el tema con cautela. "El problema de las relaciones entre penas y medidas de seguridad, presenta no pocas dificultades, también por sus reflejos prácticos". Este proyecto de 1968 se conoce como "proyecto Gonella", siendo presentado por éste como Ministro de Justicia [174].

En 1971 se insitió en la reforma [175], que se materializó parcialmente en los años siguientes, pero sin alterar la sistemática y sentido general del texto [176].

Respecto del código de 1930 dice Bettiol con razón que el "código Rocco se revela hoy más que nunca como el fruto de una idea del Estado y de las relaciones entre el Estado y el individuo, fuertemente inspirada en la filosofía neo-hegeliana de Giovanni Gentile". En "estos últimos años, agrega, muchas

171 Ministero di Grazia e Guistizia, *Progetto Preliminare del Codice Penale*, Roma, 1949, I, 10.

172 Idem, p. 11.

173 Ministero di Grazia e Guistizia, *Progetto Preliminare di modificazioni al codice penale*, Roma, 1956, p. 9.

174 GONELLA, GUIDO, *Riforme dei codici e nuovi ordinamenti giuridici*, Milano, 1968, p. 163.

175 VASALLI, GIULIANO, *La riforma del codice penale italiano del 1930*, en "Giustizia Penale", 1972, 513 y ss.

176 La exposición conforme a la reforma en Nuvolone, op. cit.

normas del código Rocco cayeron obviamente por obra de la Corte Constitucional, de la que forman parte también dos ilustres penalistas como Biagio Petrocelli y Paolo Rossi. Pero esto no es suficiente. No basta abrogar normas en contraste con la Constitución. Es necesario crear otras o, mejor dicho, proceder a una reforma orgánica" [177].

En *Grecia* una larga gestación, que comenzó en 1911 y que dio por resultado un proyecto publicado en 1924, después de muchas alternativas, se materializó en un proyecto definitivo en 1948, que fue sancionado el 17 de agosto de 1950 [178].

Austria sancionó un nuevo código penal el 23 de enero de 1974, que está vigente desde el 1º de enero de 1975 [179], tratándose de un texto muy moderno y técnico [180].

La reforma penal austríaca se inició en la segunda República en el año 1954, al formarse una Gran Comisión de Derecho Penal. Esta Comisión produjo un texto que fue proyecto en 1960 y en 1962, que en 1968 fue tratado por la Comisión del Parlamento, pero no fue considerado por éste. En 1971 se sancionó una pequeña reforma penal. En 1972 comenzó nuevamente a tratar la reforma la Comisión del Parlamento, donde había representantes de los tres partidos austríacos y celebró cuarenta y tres reuniones, produciendo sus conclusiones en 1974, con la disidencia del Partido Popular (Democracia Cristiana) en cuanto a lo referente al aborto y con general acuerdo en cuanto al resto, las que fueron aprobadas por el Parlamento y el Consejo de Estado, sancionando el Código en ese año, que entró en vigencia el 1º de enero de 1975. Se trata de un código muy racional y técnico, caracterizado, entre otras cosas, por la amplitud de apreciación que otorga al juez penal, por la ordenación de su parte especial comenzando con los delitos contra las personas y, en general, por su precisión y sobriedad [181].

Alemania Federal, después de una larga gestación, sancionó un nuevo texto que está vigente desde el primero de enero de

177 BETTIOL, GIUSEPPE, *Aspectos e problemas da atual ciéncia penalística italiana*, en "M. P.", Paraná, Curitiba, año 6, nº 7, 1977, p. 12.

178 V. *Code Pénal Grec*, trad. de P. GROTIS, en: Comité de Législation Étrangere et de Droit International, *Les Codes Pénaux Européens*, Centre Français de Droit Comparé (Marc Ancel-Ivonne Marx), París, 1957, II, 713 y ss.; *Das Griechische Strafgesetzbuch vom 17. August 1950*, trad. de D. KARANIKAS, Berlín, 1953.

179 V. EGMONT FOREGGER - EUGEN SERINI, *Strafgesetzbuch*, Wien, 1977.

180 Sobre la reforma penal en Austria, BRODA, CHRISTIAN, *Die österreichische Strafrechtsreform - Zwischenbilanz*, pp. 9 a 21, prólogo a Werner Olscher, *Recht und Strafe*, Wien, 1976; MANFRED BURGSTALLER, en "Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung", Berlín, 1979, pp. 39-65.

181 V. *Strafrecht konkret*, con prólogo del Ministro de Justicia, Christian Broda, Wien, 1975; *Regierungsvorlage*, Wien, 16-11-71, 479 pp.; *Bericht des Justizausschusses*, 96 pp.; ZAFFARONI, *El nuevo código penal austríaco*, trad. y notas en prensa.

1975 y que es uno de los más acabados modelos contemporáneos [182]. A lo largo de nuestra exposición nos ocuparemos reiteradamente de este texto.

El texto alemán vigente es resultado de una larga elaboración legislativa. Dejando de lado los anteriores proyectos alemanes (1909, 1911, 1913, 1919, 1922, 1925, 1927, 1930 y 1936), en 1954 se constituyó la "Gran Comisión de Derecho Penal", convocada por el Ministerio de Justicia, que recopiló materiales, deliberando hasta producir el proyecto que presentó en 1959. Los trabajos de la Gran Comisión, sus materiales, dictámenes y deliberaciones, suman unos veinte tomos. Este proyecto fue revisado por una comisión integrada por los equivalentes a Ministros de Justicia de los Estados federados y, finalmente, en 1962 fue remitido al Parlamento Federal [183]. En 1966 se publicó el llamado "proyecto alternativo", que había sido elaborado por un grupo de penalistas que disentían con el proyecto de 1962 —fuertemente aferrado a la pena privativa de libertad— y que propugnaba una mayor diversificación de recursos penales. El "proyecto alternativo" fue presentado al Parlamento por el Partido Liberal [184].

Después de largas discusiones político-penales [185] la Comisión Especial del Parlamento Federal fue elaborando sucesivos proyectos de leyes modificatorias que se fueron aprobando hasta configurar la actual redacción de la parte general. Estas leyes tomaron, en líneas generales, la parte referida al delito del proyecto de 1962, en tanto que se orientaron preferentemente por el proyecto alternativo para las consecuencias penales, si bien moderaron algunos extremos de ambas.

En *San Marino* también hay un nuevo código penal, del 24 de marzo de 1974, que rige desde el 1º de enero de 1975.

182 En castellano puede verse: JESCHEK, *Reforma del derecho penal en Alemania, Parte General*, trad. de CONRADO FINZI, Bs. As., 1976; la traducción del código alemán vigente, ZAFFARONI-RIEGGER, en "Rev. Arg. de Ciencias Penales", Bs. As., 1977, nº 4; una historia de la reforma en COUSIÑO MACIVER, LUIS, p. 73. Sobre el nuevo texto, particularmente, los comentarios de RUDOLPHI y otros; ROXIN y otros, *Einführung in das neue Strafrecht*, München, 1975.

183 *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962*, Deutscher Bundesag 4. Wahlperiode Drucksache IV/650.

184 *Parte General del Proyecto Alternativo del Código Penal Alemán*, en pp. 49 y ss., de "Parte General de la Reforma Penal de la República Federal Alemana", trad. y presentación de E. R. ZAFFARONI, México, 1795.

185 La bibliografía referida a esta disputa se halla indicada en el cit. trabajo de JESCHEK; también en castellano, LEVENE (h.), RICARDO, *La reforma penal alemana*, en LL, 14-X-1971; BERISTAIN, ANTONIO, *La reforma del código alemán*, Madrid, 1969; JESCHECK, *La reforma del derecho penal alemán, fundamentos, métodos, resultados*, trad. de RODRÍGUEZ DEVESA. Madrid, 1972; del mismo, *Orígenes, métodos y resultados de la reforma del derecho penal alemán*, trad. de ISABEL GARCÍA DE LA TORRE, en "Anuario de D. Penal", Madrid, 1976.

Dinamarca se dio un código en abril de 1930, que entró en vigencia el 1º de enero de 1933 y que, con numerosas modificaciones, se mantiene en vigencia [186].

Islandia sancionó su vigente código el 12 de febrero de 1940 [187]. *Noruega* sancionó su código en 1902 y entró en vigencia el 1º de enero de 1905 [188]. *Suecia* lo sancionó en 1962 y entró en vigencia el 1º de enero de 1965. Se trata de un código que fue preparado por dos comisiones, una de las cuales se ocupó de los delitos y otra de las penas y medidas, materia en la que ha sido innovador [189].

En *España* el código de 1870 se mantiene vigente hasta 1928, en que fue reemplazado por el que se impusiera bajo el régimen de Primo de Rivera y que se reformó por la República Española en 1932. Al término de la guerra civil se preparó otra reforma que se materializó en el llamado "texto refundido" de 1944, que se mantiene vigente con algunas reformas que integran los "textos revisados" de 1963 y 1973 [190]. En estos momentos se trata en las Cortes un proyecto de código penal que no se ha publicado oficialmente.

En *Francia* rige el código penal de 1810 con más de cien modificaciones [191]. Las reformas más importantes de los últimos decenios fueron las del sistema de penas por ley del 4 de junio de 1960 y la introducción de la *tutelle pénale* por ley del 17 de julio

186 V. *Code Pénal Danois*, trad. de RICHEUME-LAMBERT, en *Les Codes Pénaux Européens*, cit., I, 327 y ss.; *The Danish Criminal Code*, Copenhagen, 1958; *Das Dänische Strafgesetzbuch*, trad. de F. MARCUS, Berlín, 1964.

187 *Allgemeines Isländisches Strafgesetz*, int. de T. EYJÓLFSSON, Berlín, 1961; *Code Pénal Islandais*, trad. de MICHEL LAMBERT, en *Les Codes Pénaux Européens* cit., II, 821 y ss.

188 *Code Pénal Norvégien*, trad. de H. BOISSIN y M. LAMBERT, en *Les Codes Pénaux Européens*, cit., III, 1281 y ss.; *The Norwegian Penal Code*, trad. de H. SCHJOLDAGER y F. BACKER, South Hackensack, 1961; *Allgemeines Bürgerliches Strafgesetz für das Königreich Norwegen vom 22. Mai 1902*, trad. de E. H. ROSENFELD y A. URBYE, Berlín, 1904.

189 *Code Pénal Suédois*, trad. de M. LAMBERT, Estocolmo, 1965; *The Penal Code of Sweden*, trad. de T. SELLIN, Estocolmo, 1965. La traducción de Lambert se reproduce en MARC ANCEL-IVONNE MARX, *Les Codes Pénaux Européens*, T. IV, pp. 1831 y ss. En la actualidad se estudia una reforma tendiente a resolver el problema que plantea la indeterminación de las llamadas "medidas de seguridad" (V. HANS THORNSTEDT, en "Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung", Berlín, 1979, pp. 66-85.

190 V. RODRÍGUEZ DEVESA, pp. 98 a 128 y bibliog. allí indicada.

191 V. la edición "Dalloz" del *Code Pénal*, que se publica anualmente.

de 1970. En 1978 se publicó el anteproyecto de una nueva parte general [192].

En *Finlandia* rige el código del 19 de diciembre de 1889, que se va renovando por medio de leyes parciales [193]. En 1969 se modificó la parte de delitos contra la vida y la salud, en 1970 la de delitos contra la religión, en 1971 la de delitos contra la moralidad, etc.

En *Gibraltar* está vigente la "ordenanza criminal" (*Criminal Offences Ordinance*) del 1º de setiembre de 1960, con modificaciones posteriores.

En *Liechtenstein* está aún vigente el código austríaco de 1852, adoptado por ese principado el 7 de noviembre de 1859, aunque con numerosas modificaciones [194]. En *Luxemburgo* rige el modelo belga sancionado el 16 de junio de 1879, también con buen número de reformas [195]. En *Mónaco*, el código del 17 de diciembre de 1874 [196] fue reelaborado y se estableció el nuevo texto por ley del 28 de setiembre de 1967, vigente desde el 1º de enero de 1968 [197], sufriendo una pequeña reforma el 6 de julio de 1970.

En *Holanda* rige el código del 3 de marzo de 1881 con más de cien modificaciones [198], las más importantes de las cuales se refieren a la protección de la seguridad aérea, de los secretos, del ámbito personal, de la igualdad racial, de la piedad con los animales, etc.

192 *Commission de Revision du Code Pénal, Avant-Projet definitif de Code Pénal, Livre I, Dispositions Generales*, Ministere de la Justice, Avril 1978.

193 No conocemos traducciones actualizadas del texto legal finés. Del texto original: *Code Pénal Finlandais*, trad. de C. BOURTHOUMIEUX, en *Les Codes Pénaux Européens*, cit., II, 533 y ss.; *Code Pénal de Finlande*, trad. del sueco de L. BEAUCHT, NANCY, 1890; *Das finnische Strafgesetzbuch vom 19. Dezember 1889*, trad. de B. HONKASALO, Berlín, 1954; *Das Strafgesetz für Grossfürstentum Finnland vom 19. Dezember 1889*, Berlín, 1891.

194 V. *Code Pénal du Liechtenstein*, trad. de IVONNE MARX con la colab. de MONIQUE ROBICHON, en *Les Codes Pénaux Europées*, III, 1025 y ss.

195 V. *Code Pénal Luxemburgeois*, en *Les Codes Pénaux Europées*, cit., III, 1117 y ss.

196 V. *Code Pénal Monegasque*, en *Les Codes Pénaux Europées*, cit., III, pp. 1203 y ss.

197 V. FRANÇOIS, N. P., *Nouveau Code Pénal Monegasque*, en "Revue de Science Criminelle et de droit Pénal comparé". 23 (1968), pp. 275-300.

198 V. *Code Pénal Neérlandais*, trad. de LAMBERT, en *Les Codes Pénaux Européens*, cit., pp. 1371 y ss., T. III; *Das Niederländische Strafgesetzbuch vom 3. März 1881*, trad. de K. TOEBELMANN, Berlín, 1959.

El *código penal turco* vigente data del 1º de marzo de 1926, modificado en 1937 y 1971 [199].

En *Malta*, el código penal es del 13 de enero de 1854, siguiendo el modelo napolitano, promulgado originalmente en italiano por el gobierno británico. Su nombre era *Codigo di Leggi Criminali* y abarca leyes de fondo y procesales. Su actual nombre oficial es *Criminal Code* (*Codice Criminale*) y fue nuevamente sancionado como capítulo 12 de las *Laws of Malta*.

La *Ciudad del Vaticano*, por ley del 7 de junio de 1929 (*Legge sulle fonti del diritto*) adoptó el *Codice Zanardelli* con ligeras modificaciones [200]. El referido texto sufrió algunas reformas por ley de 1969 [201].

Chipre sigue la tradición inglesa. El derecho penal estatutario configura el Capítulo 154 de las *Statutes Laws of Chipre* —*Criminal Code*— y data del 1º de enero de 1929, con posteriores modificaciones.

Andorra es el único país de Europa que tiene un derecho penal totalmente consuetudinario, aunque se nota la influencia del código español [202].

En *Portugal* rige aún el código de 1886 con modificaciones, entre las que reviste particular importancia la introducida en 1954. Desde 1977 se halla en el Parlamento un proyecto de la parte general [203].

El *derecho inglés vigente* presenta una serie de dificultades, cual es la ausencia de una parte general o de principios legales generales, como también la sucesión de leyes parciales, que dan

199 V. *The Turkish Criminel Code*, con introd. de N. GÜRELLI, South Hackensack, 1965; *Le Code Pénal Turc*, trad. de J. A. RIZZO, Constantinopla, 1927; *Das Türkische Strafgesetzbuch vom 1. März 1926*, trad. e introd. de N. SENSOY y O. TOLUN, Berlín, 1955; trad. francesa de KUTBI AKKAN en MARC ANCEL-IVONNE MARX, op. cit., IV, 2109 y ss.

200 V. *Codice delle Leggi Ecclesiastiche*, dirigido por V. del Giudice, Milano, 1952-1956.

201 *Legge che modifica la legislazione penale e la legislaziones processuale penale*.

202 OBIOLS TABERNER, C., *La justicia penal en Andorra*, en "Rev. de Est. Penitenciarios", 1 (1945), nº 8, pp. 4 y ss.; VIDAL Y GUITART, J. M., *Instituciones políticas y sociales de Andorra*, Madrid, 1949; BÉLINGUIER, B., *La condition juridique des Vallées d'Andorre*, París, 1970; una importante recopilación de costumbres del país, BRUTAILS, J. A., *La coutume d'Andorre*, Andorra la Vella, 1965.

203 *Proposta de Lei nº 11711, Revisão do Código Penal (Parte Geral)*, en "Diário da Assembleia da República", suplemento ao número 136, 38 de julho de 1977.

lugar a dudas respecto de la vigencia total o parcial de las leyes anteriores. Las más importantes leyes del *Statute Law* de Inglaterra y el país de *Gales* son las siguientes: ley de homicidio, de 1957; ley de asesinatos, con la abolición de la pena de muerte, de 1965; ley de delitos contra la persona de 1861; ley de suicidio, de 1961; ley de infanticidio, de 1938; ley de aborto, de 1967; ley de genocidio, de 1969; ley de salud mental de 1959; ley de niños y jóvenes, de 1933; ley de delitos sexuales, de 1956; ley de indecencia con niños, de 1960; ley de delitos sexuales de 1967; ley de ofensas públicas de 1959; leyes de traición, de 1351, 1795, 1814, 1848 y 1842; ley de delitos monetarios de 1936; leyes de perjurio de 1797 y 1812; ley de policía de 1964; leyes de orden público de 1936 y 1963; leyes de secretos oficiales de 1911, 1920 y 1939; ley de reuniones sediciosas de 1817; ley de reuniones públicas de 1908; ley de teatros, de 1968; leyes de libelos criminales de 1819 y 1843; ley de difamación de 1952; ley de robo de 1968; ley de correo oficial de 1953; ley de falsificación de 1913; ley de daño criminal de 1971; ley de substancias explosivas, de 1883; ley de armas de fuego de 1968; ley de regulación ferroviaria de 1842; ley de iluminación eléctrica, de 1882; ley de fuga de prisioneros de guerra de 1812; ley de prisión de 1952; ley de justicia criminal de 1961; ley de justicia criminal de 1948 [204].

De la misma forma se compone el derecho penal vigente en *Irlanda del Norte*, básicamente configurado, en su parte escrita o *Statute Law* por leyes aisladas [205]. En *Escocia* rigen las leyes inglesas, salvo unas pocas excepciones en materia penal en que existen estatutos propios: ley de bancarrotas de 1913, ley de niños y jóvenes de 1937, ley de ocultación de nacimiento de 1809; ley de derecho penal de 1829; leyes de policía de 1952 y 1957 y ley de salud mental de 1960 [206].

En la *República de Irlanda* rigen ampliamente aún las leyes inglesas en cuanto a su *Statute Law*, conservando vigente enteramente, por lo demás, el sistema del *common Law*. Hay unas pocas leyes penales sancionadas por el Parlamento Irlandés: ley de reformas del derecho penal de 1935; leyes de infracciones contra

204 La mayoría de las leyes se encuentran en el T. VIII de los *Halsbury's Statutes of England* (London, 1968) o bajo el nombre respectivo en los restantes.

205 Se hallan en *Index to the Statutes in force affecting Northern England*, Belfast, 1971.

206 V. GORDON, G. H., *The Criminal Law of Scotland*, Edimburgo, 1967.

el Estado de 1939 y 1940; ley de traición de 1939; ley de infanticidio de 1949; ley de secretos oficiales de 1963[207].

En la parte socialista de Europa ha habido en los últimos años una renovación total del derecho penal. La *República Democrática Alemana* ha sancionado su propio código penal el 12 de enero de 1968, que está vigente desde el 1º de julio de ese año[208]. *Albania* tiene un código penal desde el 23 de mayo de 1952, que cobró su forma actual por decreto del Presidium del 16 de marzo de 1959[209]. *Bulgaria* reemplazó su anterior código[210] por uno sancionado el 16 de marzo de 1968[211]. *Checoslovaquia* reemplazó también su texto el 29 de noviembre de 1961, introduciendo después algunas reformas parciales[212]. *Hungría* sancionó su vigente código penal el 22 de diciembre de 1961, que tiene vigencia desde el 1º de julio de 1962[213]. *Rumania* hizo lo mismo el 21 de junio de 1968[214]. *Yugoslavia*, que había sancionado su código el 2 de marzo de 1951, lo reformó en 1959 y 1969[215]. *Polonia* —con un

207 V., por ejemplo, O'SIOCHIAIN, P. A., *The criminal Law of Ireland (Outlined)*, Dublin, 1952.

208 V. *Código Penal de la República Democrática Alemana, parte general*, trad. de ERNST-JÜRGEN RIEGGER y E. RAÚL ZAFFARONI, en "Boletín del Instituto de Derecho Penal Comparado de la Univ. Cat. de La Plata", 1972.

209 *Kodi Penal i Republikës Popullore të Shcipërisë*, Tirana, 1959 (hay trad. rusa; no conocemos traducción a otra lengua). Sobre la legislación penal anterior a la Segunda Guerra, *La reforma penal en Albania*, en "Rev. de Derecho Penal", Bs. As., 1930, 1, 107-8.

210 V. *Code Pénal Bulgare*, en *Les Codes Pénaux Européens*, I, 271 y ss.

211 V. NENOV, *La réforme du Code Pénal Bulgare*, en "Revue de Science Criminelle, 1970; *Das Bulgarische Strafgesetzbuch*, trad. de T. LYON y A. LIPOWSCHEK, Berlín, 1973.

212 V. versión francesa de KAFKA en "Bulletin de Droit Tchécoslovaque", 1962, nº 1-2; la misma en MARC ANCEL-IVONNE MARX, op cit., IV, pp. 2013 y ss.; trad. inglesa en "Bulletin of Czechoslovak Law", 1962, nº 1-2; *Das Techechoslowakische Strafgesetzbuch vom 29. November 1961*, trad. de E. SCHMIED, Berlín, 1964.

213 V. *Loi V de l'an 1961 portant le Code Pénal de la République Populaire Hongrois*, en "Revue de Droit Hungrois", T. II, 1962, pp. 33 y ss.; *Criminal Code of the Hungarian People's Republic*, Budapest, 1962; *Der Strafkodex der Ungarischen Volksrepublik*, trad. de L. MEZÖFY, Berlín, 1964; *Strafgesetzbuch der Ungarischen Volksrepublik*, Budapest, 1963.

214 *Codul penal al Republicii Socialiste Romania*, Bucarest, 1968 (hay trad. alemana); trad. francesa de NICOLAE COMSA en MARC ANCEL-IVONNE MARX, IV, 1633 y ss.

215 *Code Pénal*, Belgrado, 1964; *Criminal Code*, Belgrado, 1964; *Das Jugoslawische Strafgesetzbuch vom 2. März 1951 i.d.F. vom 30. Juni 1959*, trad. de A. MUNDA, Berlín, 1961; trad. de VASILJEVIĆ y MARCOVIĆ, en MARC ANCEL-IVONNE MARX, op. cit., IV, pp. 2032 y ss.

texto técnicamente muy ponderable– materializó la reforma por ley del 19 de abril de 1969, vigente desde el 1º de enero de 1970[216]. De la *Unión Soviética* nos ocuparemos en particular más adelante[217].

En Latinoamérica hay un permanente movimiento de reformas penales, muchas veces frustradas y de calidad bastante despareja. *Bolivia* ha sancionado su nuevo código penal el 23 de agosto de 1972, en vigencia desde el 2 de abril de 1973[218], reemplazando de este modo al código penal con más larga vigencia en lengua castellana.

En *Uruguay* rige el código penal sancionado el 4 de diciembre de 1933, cuyo proyecto fue de José Irureta Goyena[219]. *Paraguay* reemplazó el código Tejedor el 22 de febrero de 1910, sancionando un proyecto que en 1905 había presentado Teodosio González[220], el que fue reformado en 1914 y posteriormente[221]. *Brasil* sancionó su vigente código el 7 de diciembre de 1940, cuyo proyecto fue precedido por una extensa Exposición firmada por Francisco Campos, en la que se da cuenta de que el mismo es resultado de una reelaboración que del proyecto del Alcántara Machado había hecho una comisión integrada por Vieira Braga, Nelson Hungría, Narcélio de Queirós y Roberto Lyra. Este texto sufrió varias modificaciones posteriores[222] en tanto que en 1965 presentó un

216 *Code Pénal de la République Populaire de Pologne*, trad. de K. POKLEWSKI-KOZIELL, con introd. de J. BAFIA, Varsovia, 1970; *Der Polnische Strafkodex (Kodex Karny)*, trad. e introd. de G. GEILKE, Berlín, 1970.

217 V. *infra*, § 191.

218 BALDIVIESO GUZMÁN, RENÉ, *El nuevo código penal. A manera de prólogo*, Cochabamba, 1973, pp. I a XIII; LEVENE-ZAFFARONI, *Códigos Penales Latinoamericanos*, Bs. As., 1978, T. I. Este código fue precedido por varios proyectos: José Medrano Ossio (1939), Julio Salmón (1955), Manuel López-Rey y Arrojo (1943); el que sirvió de base al texto de 1972 fue preparado por una comisión integrada por Manuel Durán P., Hugo César Cadima M., Manuel José Justiniano y Raúl Calvimontes N. del P. (*Bases y anteproyecto de Código Penal Boliviano*, La Paz, 1964).

219 Sobre su autor, RAFAEL FONTECILLA R., *José Irureta Goyena*, en Rev. Penal y Penit., XII, 1947, p. 137 y ss.

220 GONZÁLEZ, TEODOSIO, *Derecho penal tratado bajo el doble aspecto científico y legislativo*, Asunción, 1928 (el codificador comenta allí su texto).

221 V. *Código Penal Paraguayo y Leyes Complementarias*, anotado por OSCAR PACIELLO, Asunción, 1975.

222 V. *Código Penal, Organização dos Textos, Notas Remisivas e Índices* por JUÁREZ DE OLIVEIRA E MARCUS CLAUDIO ACQUAVIVA, Sao Paulo, 1977.

anteproyecto Nelson Hungría [223]. En un trámite algo apresurado y poco calculado [224] se modificó ese anteproyecto y se le sancionó por ley del 21 de octubre de 1969, pero se prorrogó su puesta en vigencia y se modificó posteriormente su texto, quedando primero con "vigencia suspendida" *sine die*, y siendo finalmente derogado, al tiempo que se introdujeron algunas reformas liberalizadoras en el código de 1940, que rige en esa forma hasta el presente [225]. *Chile* mantiene la vigencia de su código penal de 1874, pese a que ha habido varios proyectos de reforma integral [226].

Sobre la base de un proyecto de Víctor M. Maúrtua, presentado en 1916 y reelaborado en 1922, el *Perú* sancionó su vigente código el 10 de enero de 1924 [227]. *Ecuador* sancionó su código penal vigente el 22 de marzo de 1938 [228], siendo los autores de la reforma Andrés S. Córdoba y Aurelio Aguilar Vázquez. Se le han introducido pocas reformas posteriores y ha habido varios proyectos de reformas integrales [229]. Después de varias tentativas fallidas, la más importante de las cuales fue la de una misión ita-

223 *Anteproyecto del Código Penal Brasileño elaborado por Nelson Hungria y publicado por disposición del Señor Ministro de Justicia y Negocios Interiores, para recibir sugerencias*, trad. de E. R. ZAFFARONI, Nos. 1-2 del "Boletín del Instituto de Derecho Penal Comparado", Fac. de Derecho, Univ. Cat. de La Plata, noviembre de 1970.

224 Sobre las peculiaridades del mismo, FRAGOSO, CLÁUDIO HELENO, *Liçoes*, Sao Paulo, 1976, pp. 299 y ss.; su texto en LEVENE (h.), RICARDO-ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Códigos Penales Latinoamericanos*, Bs. As., 1978, I, pp. 354 y ss.; también: *Código Penal, Decreto-lei Nº 1.004 de 21/10/69 com as alteraçoes da lei Nº 6.016, de 31/12/73*, Departamento de Imprensa Nacional, 1974; PÉRICLES LUIS MEDEIROS PRADE, *Novo Código Penal*, São Paulo, 1973.

225 Sobre la reforma de 1977, PAULO JOSÉ DA COSTA JR., *A nova lei penal*, São Paulo, 1977.

226 Eduardo Erazo y Rafael Fontecilla (1929); Pedro Ortiz y von Bohlen (1929); Pedro Silva y Gustavo Labatut (1937); tenemos noticias de que se estaba preparando un nuevo proyecto en el área del Ministerio de Justicia chileno, a través de información periodística general.

227 V. *La reforma del Código Penal. Proyecto presentado a la H. Cámara de Diputados por el Diputado ponente Dr. Víctor M. Maúrtua*, Lima, 1918; *Código Penal para la República del Perú*, Edición oficial, Lima, 1924; texto vigente en LEVENE-ZAFFARONI, op. cit., III, 275 y ss.

228 Ha habido sucesivos textos ordenados, con la pésima costumbre de alterar la numeración del articulado. V. LEVENE-ZAFFARONI, op. cit., II, 265 y ss.

229 CABEZAS BORJA, REINALDO, *Proyectos de Código Penal y Código de Procedimientos penales para la República del Ecuador*, Quito, 1948; ZAFFARONI, *Anteproyecto de Código Penal para la República del Ecuador*, México, 1970; RENGEL, JORGE HUGO, *Anteproyecto de Código Penal Ecuatoriano*, Quito, 1974 (este último de corte peligrosista y autoritario, v. el texto en LEVENE-ZAFFARONI, T. IV).

liana presidida por Antonio Córdoba[230], *Colombia* sancionó su vigente código penal el 24 de abril de 1936, sobre un proyecto elaborado por una comisión que integraron Rafael Escallón, Carlos Lozano, Parmedio Cárdenas y Carlos V. Rey[231], el que fue objeto de varias reformas. Se elaboró un proyecto de reforma integral en el Ministerio de Justicia en 1973, que luego fue reemplazado por otro en 1976, actualmente en estudio[232]. *Venezuela* sancionó una serie de textos sucesivos a partir de 1897, que cambiaron el sentido de la legislación de 1873, —inspirada en fuente española— para seguir las huellas del *Codice Zanardelli*, línea en la que también se mantiene el vigente texto que —con modificaciones— fue sancionado en 1926. Se sucedieron luego varios proyectos, pero ninguno llegó a reemplazar al texto de 1926[233]. Actualmente se halla un proyecto en estudio en el Congreso de la República[234]. El código penal de *Panamá*, es del 17 de noviembre de 1922, sin que hayan tenido éxito los intentos de reemplazarle[235].

Costa Rica encabezó la reforma penal en Centroamérica, cambiando su código penal de 1941 por otro nuevo en 1971[236]. Casi de inmediato se produjo el cambio legislativo en otros tres países

230 Hubo un proyecto en 1922, otro en 1925 de corte positivista; en tendencia opuesta al positivismo, no tan mala como se pretende, el proyecto elaborado por la "Misión Italiana": *Misión penal de Colombia, Proyecto de ley sobre código penal*, Bogotá, Imp. Nacional, 1927.

231 *Proyecto de Código Penal*, Bogotá, Imp. Nacional, 1935.

232 V. *Proyecto y Anteproyecto de Código Penal Colombiano*, editado por Guillermo Díaz Sanmiguel, Bogotá, 1977; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Nuevo esquema del delito en el Proyecto de Código Penal*; del mismo y NÓDIER AGUDELO BETANCUR, *Sugerencias para la reforma de la parte general del Código Penal*; FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Proyecto de Código Penal. Ponencia para primer debate*, todos en "Nuevo Foro Penal", enero-febrero de 1979; ALFONSO GÓMEZ, *Proyecto de nuevo Código Penal para Colombia*, en "Doctrina Penal", Bs. As., 1977.

233 La reforma más importante tuvo lugar en 1964, en que se publicó un nuevo "texto íntegro". En 1938 hubo un proyecto de parte general de Tulio Chiossone; en 1944 uno de José Rafael Mendoza; en 1967 otro de Jiménez de Asúa y José Agustín Méndez (*Anteproyecto de Código Penal de 1967 y Exposición de Motivos*, Publicaciones de la Sec. del Senado de la República, Caracas, 1967).

234 V. JOSÉ MIGUEL TAMAYO-JOSÉ SOSA CHACÍN, *Proposiciones para reformar el Código Penal Venezolano, Informes presentados al Congreso de la República*, 2 volúmenes, Caracas, 1977. El texto del proyecto también en LEVENE-ZAFFARONI, op. cit., T. IV.

235 Hubo un proyecto en 1945 (González López, Morales y Tapia).

236 V. el texto en LEVENE-ZAFFARONI, op. cit., T. I.

centroamericanos: *Guatemala, El Salvador y Nicaragua* [237], que sancionan nuevos códigos penales, aunque es de lamentar que en general no hayan abandonado moldes bien clásicos. *Cuba* mantiene en vigencia el Código de Defensa Social del 11 de abril de 1936, cuya mayor parte corresponde a José Agustín Martínez [238]. *Haití* mantiene el Código Penal Francés, adoptado en 1835, al igual que la *República Dominicana*, que mantiene la traducción del mismo texto. En *Puerto Rico* se sancionó un código penal en 1902, que se mantuvo vigente hasta su reemplazo por el código actual, de 1974 [239].

México sancionó el 30 de setiembre de 1929 un código penal proyectado por José Almaráz y Luis Chico Goerne, de neto corte positivista, pero, además, de una técnica inusitada (constaba de más de mil artículos). El fracaso de este código dio lugar a que se integrase una comisión que elaboró el proyecto promulgado el 13 de agosto de 1931 y que aún rige con modificaciones [240].

Cabe destacar que en Latinoamérica se vienen reuniendo numerosos profesores de derecho penal de distintos países, desde 1963, para elaborar un proyecto de código penal "tipo" [241].

En *Surinam* se aplica con variables el derecho holandés [242] y en *Guyana* hay un texto revisado de 1973 [243].

237 V. en LEVENE-ZAFFARONI, op. cit., el código guatemalteco, T. II, p. 350; el salvadoreño en T. III, p. 458, el nicaragüense en T. III, p. 11.

238 V. el texto original en ARMANDO M. RAGGI Y AGEO, *Derecho Penal Cubano, El Código de Defensa Social*, La Habana, 1938. El texto vigente en LEVENE-ZAFFARONI, T. I; un proyecto en curso, publicado parcialmente en 1977, de corte netamente autoritario y peligrosista, en T. IV.

239 Sobre los proyectos, V. Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Cámara de Representantes, *P. de la C. 27, 31 de enero de 1969*; LÓPEZ-REY Y ARROJO, MANUEL, *Estudio Penal y criminológico del proyecto oficial del código penal de 1967 para Puerto Rico*, San Juan, 1969; MIRÓ CARDONA, JOSÉ, *Borrador para un proyecto de código penal puertorriqueño*, sobretiro de la "Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico", 1972; el texto del código en LEVENE-ZAFFARONI, op. cit., T. III.

240 Sobre este proceso, PORTE PETIT, *Evolución legislativa penal en México*, cit. En 1964 se redactó un proyecto "tipo": Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, *Memoria 1958-1964, Código Penal Tipo*, México, 1965. El texto fue proyectado por una comisión presidida por Fernando Román Lugo e integrada por Celestino Porte Petit, Luis Fernández Doblado, Olga Islas de González Mariscal, Luis Porte Petit Moreno y el asesoramiento de Luis Garrido (se reproduce en LEVENE-ZAFFARONI, op. cit., T. III).

241 V. *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, publicado bajo la dirección de Francisco Grisolía, tres volúmenes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1973.

242 V. WYNHOLT, M. R., *Strafrecht in Suriname*, Deventer, 1965.

243 *Criminal Law Act*, 1973.

En los *Estados Unidos*, la reforma de tradición inglesa se sumó a las dificultades propias de un sistema federal, provocando una anarquía legislativa en materia penal, para cuya superación el *American Law Institute propuso* un *Model Penal Code*[244]. En cuanto a la legislación federal, siguiendo el ejemplo del siglo pasado de Livingston, los pioneros del código "tipo" también ensayaron un proyecto de "Código Criminal Federal", que fue preparado por una comisión presidida por Louis B. Schwartz y organizada por ley 89-801. Schwartz comienza sus consideraciones en ese proyecto, destacando "el caos de la legislación existente", que no puede ser considerada un código a pesar de haber recibido su forma actual recién en 1948, pues considera que se trata sólo de una recopilación de estatutos, algunos de los cuales se remontan al siglo XIV[245]. En varios estados rigen nuevos códigos penales, entre los que cabe mencionar Illinois (1961), Minnesota (1963), Nuevo México (1963), Connecticut (1969), Nueva York (1965), Kansas (1969), Florida (1974), California (1967).

En *Canadá*, el código penal es de 1954 y está en vigencia desde el 1º de enero de 1955[246]. *Groenlandia*, por su parte, pese a integrarse en el Reino de Dinamarca, se rige por una ley penal particular, inspirada en el proyecto de Enrico Ferri, sancionada el 5 de marzo de 1944[247].

En el *lejano Oriente*, *Japón* —que había sancionado su primer código penal en 1880 sobre modelo napoleónico—, sancionó el código vigente en 1907, sobre modelo alemán de 1871. En 1974 se ha presentado un nuevo proyecto a este respecto[248].

244 The American Law Institute, *Model Penal Code, Proposed Oficial Draft, submitted by the Council to the Members for Discussion at the Thirty-ninth Annual Meeting on May 23, 24, 25 and 26, 1962, May 4, 1962*, Filadelfia, 1962, (Herbert Weschler y Louis B. Schwartz fueron los "reporters").

245 The National Commission on Reform of Federal Criminal Laws, *Study Draft of a New Federal Criminal Code (Title 18 United States Code)*, 1970, XXVI.

246 V. O'CONNOR, AUSTIN, *An Analysis of and a guide to the new criminal Code of Canada*, Toronto, 1955; *Code Criminel*, Montréal, 1973.

247 *Loi criminelle pour le Groenland*, trad. de RICHAUME-LAMBERT, en *Les Codes Pénaux Européens*, cit., I, 393 y ss. V. nota introductoria, en p. 391 y también MARCUS, ZStW, 67 (1955), pp. 323 y ss.

248 En 1953 se somete el texto penal a una reforma: SAITO, KINSAKU, *Das abgeänderte Japanische Strafgesetzbuch vom 10. August 1953*, Berlín, 1954; HIRANO, *Kritik des Reformentwurfs in Japan*, en ZStW, 1973, pp. 504 y ss.; TJONG, ZONG UK, *Acerca de la historia de la codificación penal en el Extremo Oriente*, en "Revista de Ciencias Jurídicas", Valparaíso, dic. 1975, pp. 151 y ss.

Corea se rige por el código penal de 1953, que muestra una clara influencia alemana y suiza, en tanto que *China Nacionalista* tiene un código penal sancionado en 1935[249]. *Afganistán* se rige por un código sancionado en 1924/1925[250]. El *código penal hindú* data de 1860, habiendo sido redactado por una comisión que presidía el célebre Macaullay y que se inspiró principalmente en Livingston y en el código francés[251]. *Irak* mantiene el código sancionado por las autoridades británicas en 1918[252]. *Irán* sancionó su código en 1926[253]. En *Israel* sigue vigente la ordenanza criminal impuesta por las autoridades británicas en 1937[254]. *Cambodgia* se rige por un código de junio de 1934[255]. En *Santa Lucía* está vigente un texto adoptado en 1889[256], con posteriores modificaciones. En *Tailandia* rige el código penal del 13 de noviembre de 1956 con reformas posteriores[257]. *Pakistán* tiene el código de la India con algunas modificaciones[258]. *El Líbano* se rige por un código penal de 1943[259]. *Mongolia* y *Vietnam* —como en general las democracias populares asiáticas— tienen empíricos sistemas pena-

249 V. RYU, *Das Koreanische Strafgesetzbuch*, 1968; del mismo, *The Corean Criminal Code*; TJONG, op. cit.,; del mismo, *Traditionelles und modernes Strafrecht in Korea*, en ZStW, 1976, 785 y ss.; para Corea del Norte: *Criminal Legislation in the People's Democratic Republic of Corea*, Washington, 1959; hay una traducción japonesa del código penal de Corea del Norte, Kioto, 1962.

250 V. BECK, SEBASTIÁN, *Das Afganische StGB vom Jahre 1924 mit dem Zusatz vom Jahre 1925. Aus d. Persischen übers. u. mit einer allg. Einleitung in die Afganische Strafgesetzgebung versehen*, Berlín, 1928; hay una ley sobre delitos de los funcionarios y delitos contra intereses públicos de 1962.

251 Macaulay and other Law Commissioners, *A Penal Code Prepared by the Indian Law Commissioners*, 1837. Thomas Babington Macaulay (1800-1859) fue además un famoso historiador inglés y político destacado (V. LÓPEZ, DANIEL, Introducción a: MACAULAY, *Reforma parlamentaria*, Bs. As. 1945). Citas de los trabajos de Macaulay y de su código son comunes incluso en libros estadounidenses (por ej., PAULSEN-KADISH, *Criminal Law and ita Process, Cases and Materials*, Boston-Toronto, 1962.

252 *The Baghdad Penal Code*, Baghdad, 1918.

253 DAFTARY, ABKAR KAHN, *Geschichte und System des iranischen Strafrechts nebs eine Übersetzung der iranischen Strafgesetzbuches*, Bonn, 1935. Hay un texto ordenado de 1971.

254 Hay una edición oficial del 7 de febrero de 1974.

255 Hay una edición francesa: Royaume de Cambodge, Ministére de la Justice, *Code Pénal et Lois penales*, Phnom-Pehn, 1956.

256 V. *The Criminal Code of Saint Lucia*, St. Lucia, 1959.

257 *The Criminal Code, Amendment Act*, Bangkok, 1956-1969; *The Penal Code of Thailand and its amendment*, trad. de Luang Dulya Sathya Patived, Bangkok, 1960.

258 V. *Das Indische (Pakistanische) StGB*, trad. de Georg Dahm, Berlín, 1954.

259 V. FOUAD AMMON, *Code Penal*, Beirut, 1956.

les[260]. En *Hong-Kong* rige el derecho inglés, con las peculiaridades propias del medio[261]. *Siria* posee un código penal que data de 1949[262]. El código de *Jordania* es de 1951 y el de *Kuwait* de 1960[263]. La *Federación* Malaya retiene la legislación colonial inglesa con reformas de 1957 y 1960[264]. En *Ceylán* se aplica la misma legislación con particularidades[265].

En *Australia*, la base de su legislación penal es el derecho inglés, con parciales modificaciones[266]. En *Nueva Zelandia* rige una nueva ley penal desde 1961[267]. En *Nueva Caledonia* se aplica el código francés por decreto de 1877. En *Filipinas* regía el código español de 1870 con reformas[268], que fue reemplazado en 1930 por un nuevo texto[269].

En *Africa*, *Argelia* tiene un código sancionado en 1966[270]; *Botswana* del 10 de junio de 1964; *Camerún* del 12 de noviembre de 1965[271]; *Chad*, de 1963[272]; *Egipto* de 1937[273]; *Etiopía* tiene un código de 1957[274]; *Gabón* tiene un código del 31 de marzo de 1963; *Ghana* de 1960; *Guinea* de 1965; *Kenia* mantiene

260 V. *Criminal Legislation in the Democratic Republic of Vietnam*, Washington, 1958; *Criminal Code of the Mongolian People's Republic*, Washington, 1961-1962; en ruso hay un trabajo sobre legislación penal de China, Corea, Vietnam y Mongolia (Moscú, 1967).

261 ADDISON, FRANK, *A Digest of Hong-Kong Criminal Case Law, 1905/1967*, Hong Kong, 1968.

262 V. *Code Pénal, Decret Législatif Nº 148, du 22 juin 1949, mis á jour 1er. janvier 1956*, Damasco, 1956.

263 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, 262.

264 SHERIDAN, *Malaya and Singapore. The Borneo Territories. The development of their Law and Contributions*, London, 1961.

265 V. WYETUNGE, E. P., *A completed Digest of Case Law on the Ceylon Penal Code, 1820-1955*, Colombo, 1955.

266 V. la bibliografía indicada *supra*, cap. II.

267 V. la bibliografía indicada *supra*, cap. II.

268 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, 264.

269 V. bibliog. indicada *supra*, cap. II.

270 *Ordonnance nº 66-165 du 8 juin 1966 portant Code Pénal*, Alger, 1966.

271 El código es del 12 de noviembre de 1965 y hay una edición bilingüe (francés-inglés) en Yaoundé, 1969.

272 République du Tchad, *Code Pénal*, 1963; hay otra edición, Présidence de la République, 1966.

273 CHERON-BADAWI, *Nouveau Code Pénal égyptien annoté*, El Cairo, 1938.

274 *Penal Code of Empire of Ethiopia of 1957*, Addis Abeba, 1957; *Le Code Pénal de l'Empire d'Ethiopie du 23 juilliet 1957 presenté avec une introd. de Jean Graven*, París, 1959; GRAVEN, PHILIPPE, *An Introduction to Ethiophian Penal Law*, Addis Abeba, 1965; LOWENSTEIN, STEVEN, *Materials for the Study of the Penal Law of Ethiophia*, Addis Abeba, 1965,. Ignoramos si después del cambio de régimen este texto se mantiene vigente.

la legislación colonial inglesa [275]; *Liberia* tiene un código de 1956 [276]; *Libia* tiene un texto de 1953 [277]; el texto oficial del código de *Malavia* fue publicado en 1970 [278]; el de Madagascar o República-*Malgache* en 1962 [279]; el de *Mali* en 1961 [280]; *Marruecos* se rige por un código penal de 1962 [281]; *Mauritania* sancionó su código en 1972 [282]; en *Nigeria del Norte* rige un código sancionado en 1959 [283] y en el *resto del país* el *Criminal Code* de 1916 [284]; el código de *Senegal* es del 21 de julio de 1965 [285]; *Sambia* publicó su *Penal Code* en 1965 [286]; *Somalía* adoptó el código italiano con modificaciones en 1963 [287]; *Sudán* tiene un código de 1925 [288]; *Tanzania* mantiene la tradición legislativa inglesa [289]; *Tunez* tiene un código de 1913/1914 [290]; *Uganda* tiene una edición revisada de su texto de 1951 [291]; la *Unión Sudafricana* aplica consuetudinariamente el derecho holandés y el *Common Law* inglés [292].

275 V. *Digest and Guide to the Criminal Law of Kenya*, Nairobi, 1954.

276 V. KONVITZ, MILTON R., *Liberian Code of Laws of 1956. Adopted by the Legislature of the Republic of Liberia, March 22, 1956, prep. under the dir. of...* Ithaca, N. Y., 1956-1958.

277 V. *Strafgesetzbuch von Libyen*, Tripoli, 1956.

278 Está publicado oficialmente como capítulo 7.01 de las *Laws of Malawi*, 1970.

279 *Code Pénal, Journal Officiel de la République Malgache nº 240, du 7 Septembre 1962*, Tananarive, 1965 (pp. 1765 a 1806).

280 *République du Mali, Ministére de la Justice, Code Pénal (Loi du 3 aout 1961)*, Kouluba, 1961.

281 Es del 26 a noviembre de 1962 (*Code Pénal*, Rabat, 1963).

282 *Journal Officiel de la République Islamique de Mauritanie, año XIV*. nº 331.

283 *Criminal Code*, London, 1959; *Collected Laws, Penal Code Law*, Kaduna, 1959; *Penal Code*, en "The Laws of Northern Nigeria in force on the 1st. day of October, 1963", 1965.

284 BRET. LIONEL-MAC LEAN, IAN, *The Criminal Law and Procedure of Lagos, Eastern Nigeria and Western Nigeria*, London, 1974.

285 *Loi nº 65-60 du 21 juilliet 1965 portant Code Pénal (Journal Officiell de la République du Senegal)*.

286 *Republic of Sambia, Penal Code, Chapter 6, of the Laws*, Lusaka, 1865.

287 V. ANGELONI, RENATO, *Codice Penale Somalo Commentato ed Annotato in base ai lavori preparatori - The Somali Penal Code with Comments and Annotations based on Preliminary Studies*, Milano, 1967.

288 V. GLEDHILL, ALAN, *The Penal Codes of Northern Nigeria and the Sudan*, London, 1963.

289 SLATTERY, BRIAN, *A Handbook on sentencing, with particular reference to Tanzania*, 1972.

290 V. GUIRAUD, A., *Code Pénal Tunisien*, París, 1932; ES-SNOUSSI, M. T., *Code Pénal, Mis d jour et ann. au 31-7-64 avec prf. de Mahmoud El-Annabi*, Túnez, 1964.

291 Law Development Center, *A Handbook for Magistrates*, Kampala, 1972.

292 V. bibliografía indicada en Cap. II.

En general, el derecho africano ha receptado la tradición legislativa francesa [293] o la inglesa [294]. Hay algunos problemas, tales como el de las creencias sobrenaturales y el de la justicia tribal, que se agudizan en África [295].

Es de destacar que el *derecho penal islámico* ha ejercido una influencia muy marcada en las legislaciones y en los últimos tiempos arrecia como manifestación de intolerancia política y religiosa. La "Sharia" (o ley penal islámica) [296] que había sido derogada en el período colonial, fue restablecida en el último tiempo en varios países. Dicha ley —aparte de prodigar la pena de muerte por lapidación, decapitación y horca— establece el corte de la mano derecha del ladrón (o de la izquierda, si es zurdo). De los países árabes que han restablecido la "Sharia" (Qatar, Yemen del Sur, Omán, Libia, Pakistán, Arabia Saudita), algunos también restablecieron la amputación talional, pero con la particularidad de practicarla con anestesia y por un cirujano (Pakistán, por ej.), aunque en otros —como Libia— se la rechaza por "tener necesidad de brazos" para el trabajo. Se afirma que Egipto está también dispuesto a restablecer la ley islámica, modificando su legislación penal e incluyendo el delito de apostasía, penado con la muerte, para los que abandonan la religión mahometana [297].

293 V. autores varios, *Aspects significatifs de la politique crimenelle de pays de l'Afrique noir francophone*, en "Archives de Politique Criminelle", 1975, 1.

294 Sobre "Criminal Law in Common Law Countries of Africa" se realizó un seminario de verano en el "Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht", en Freiburg i. Br., en 1972, preparado por Barbara Huber y dirigido por Hans Heinrich Jescheck y Alan Milner, con la participación de L. A. Chatsikah, Manfred Hinz, Rüdiger Schott, Gerd Spittler.

295 V. MILNER, ALAN, *Hexenwesen, Ehestand und Plitsche, Einige Kulturprobleme im afrikanischen Strafrecht*, en ZStW, 1972, 254.

296 V. BERCHER, LEÓN, *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*, Túnez, 1926; ARÉVALO, RAFAEL, *Derecho Penal Islámico*, Tanger, 1939.

297 V. información de agencia "ANSA", diario "La Nación" de Buenos Aires, noviembre 10 de 1977.

CAPÍTULO VI

LA CODIFICACIÓN PENAL ARGENTINA

I. — LA PRE-CODIFICACIÓN: 77. El derecho penal indiano. 78. El derecho penal patrio. - II. — LA LEGISLACIÓN PENAL DESDE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1853 HASTA EL PRIMER CÓDIGO PENAL FEDERAL: 79. El período 1853-1868. 80. El código Tejedor. 81. El proyecto de Villegas, Ugarriza y García. 82. El código penal de 1886. - III. — CURSO POSTERIOR HASTA EL CÓDIGO PENAL DE 1921: 83. Los proyectos de 1891 y de 1895. 84. El proceso legislativo hasta la reforma de 1903. 85. El proyecto de 1906. 86. La reforma iniciada en 1916: el código de 1921. - IV. — PROYECTOS DE REFORMAS AL CÓDIGO DE 1921: 87. Los proyectos de estado peligroso. 88. El proyecto de 1937. 89. El proyecto de 1941. 90. El proyecto de 1951. 91. El proyecto de 1953. 92. El proyecto de 1960. 93. Los proyectos de parte general de 1973 y 1974. - V. — LAS REFORMAS AL CÓDIGO PENAL DE 1921 Y LAS LEYES PENALES ESPECIALES: 94. Las reformas al código penal de 1921. 95. Las leyes penales especiales.

I - LA PRE-CODIFICACIÓN

77. **El derecho penal indiano.** El derecho penal pre-hispano no presenta gran interés en nuestro territorio, debido a que los indígenas que lo habitaron no desarrollaron una cultura tan compleja y avanzada como la mexicana o la peruana. De allí que las primeras manifestaciones históricamente relevantes de nuestro derecho penal las hallemos recién en el período colonial. No obstante, también respecto del derecho penal indiano cabe advertir que no volcó lo mejor de sí en el extremo sur del continente, que sólo llegó a convertirse en virreinato poco más de cuarenta años antes de la Independencia Nacional.

Nuestro derecho penal indiano se caracterizaba, como el derecho indiano en general, por la pluralidad de fuentes y el consiguiente arbitrio judicial. La principal fuente, por supuesto, fue la *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias* de 1680, a la que suplían el *Fuero Real*, las *Partidas* y la *Nueva Recopilación* de 1567.

A estas fuentes cabe sumar la configurada por la legislación territorial posterior, principalmente los bandos de gobernadores y virreyes, sin contar con los autos acordados, de gran interés en el derecho indiano como en el español en general.

Sin duda, la fuente más importante del derecho penal indiano es la *Recopilación* de 1680 [1]. En su *Política Indiana*, Solórzano destacaba y recomendaba la necesidad de un mayor rigor en la aplicación del derecho penal en las Indias, porque "disimular los delitos es una clemencia siniestra y perjudicial en tierras remotas", especialmente "en aquellas tan dilatadas provincias a las que se pasan y acogen de ordinario muchos de los fascinerosos de otras" [2]. No obstante, bueno es recordar que el propio Solórzano insistía en el principio de que no hay pena sin culpa y en la intrascendencia de la pena como consecuencia del mismo [3], como también que, pese a la referida recomendación, en el Río de la Plata "y en otras partes, los jueces aplicaban penas inferiores a las establecidas en las leyes" [4]. Así, la pena de muerte no fue prodigada y el tormento como medio de prueba fue haciéndose cada vez más excepcional [5]. Era frecuente la pena de azotes, en tanto que la de galeras fue siendo reemplazada por la de presidio, que no podía exceder de diez años. Al igual que en el derecho español todo, la igualdad ante la ley no era principio compatible con la sociedad estratificada colonial, por lo cual, el derecho penal indiano reconoce una notable desigualdad de estamentos en cuanto a su consideración penal. Prerrogativas análogas a las de los hidalgos españoles fueron reconocidas a los caciques. Estas prerrogativas cedían cuando los intereses de la co-

1 Sobre ella, LEVENE, RICARDO, *Manual de Historia del Derecho*, Bs. As., 1969; ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, *Historia del derecho argentino*, Bs. As., 1975; GARCÍA GALLO, ALFONSO, *Manual de Historia del derecho español*, Madrid, 1954; TORRE REVELLO, JOSÉ, *Noticias históricas sobre la Recopilación de Indias*, 1929; MANZANO, JUAN, *Historia de la Recopilación de Indias*, Madrid, 1950; OTS, JOSÉ M., *Historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, Bs. As., 1943; GARCÍA (h.), JUAN AGUSTÍN, *La ciudad indiana*, Bs. As., 1900; BARRAGÁN, GUILLERMO CÉSAR, *La Recopilación de leyes de Indias de 1680*, en LL, 2-X-78; LEVAGGI, ABELARDO, *Historia del derecho penal argentino*, Bs. As., 1978, pp. 17 y ss.; LEVENE, RICARDO, *Historia del derecho argentino*, Bs. As., 1945, T. I y T. II, pp. 135 y ss.

2 *Tomo Segundo de la Política Indiana compuesta por el Doctor Juan de Solórzano Pereyra*, Madrid, 1739, p. 295.

3 Idem, T. I, Madrid, 1736, p. 133.

4 Cfr. LEVENE, RICARDO, op. cit., II, 137.

5 Cfr. LEVAGGI, op. cit., p. 58; LEVENE, II, 144.

rona imponían la lucha contra un delito a costa de los mismos, tal como sucedía en los delitos de lesa majestad [6].

En cuanto a la pena de muerte, los procedimientos más usuales fueron la horca y el garrote, reservándose la de decapitación para los nobles y el arcabuceamiento o fusilamiento para los militares. Uno de los problemas prácticos de la época era la provisión de verdugos, cuya carencia era tal que frecuentemente se conmutaba una pena por la obligación de desempeñar tal cargo [7].

Un régimen particularmente benévolo, aunque efectivo, parece haber sido el imperante en la región guaraní. Según las descripciones de la época, las penas tenían fin terapéutico [8]. No se conocía la pena de muerte y la reclusión perpetua como pena máxima fue reemplazada a partir de 1679 por reclusión hasta diez años. Los hechiceros y delincuentes graves eran penados con un año de prisión y luego eran expulsados de la comunidad. No se concebía la pena como puro encierro y, por lo general, no había resistencia a la pena [9].

78. **El derecho penal patrio.** Después de 1810, las dificultades políticas internas de nuestra patria dieron lugar a una legislación penal fragmentaria y regional. Todo ello puede tener un elevado interés histórico, pero lo cierto fue que a partir de la organización constitucional y especialmente después de la codificación, se operó un corte en nuestra legislación penal, consagrado con el código de Tejedor, y que nos apartó abiertamente de la legislación y de la tradición legislativa española, como también de la francesa y de la brasileña, en la que se inspiraba la codificación española de la época, para vincularnos a las vertientes más sanas, liberales y democráticas de la legislación penal germánica, tradición que se conserva hasta nuestros días, con naturales y a veces saludables rectificaciones y adaptaciones, aunque también con peligrosas desviaciones [10].

6 Cfr. LEVAGGI, 55-6.

7 Sobre las curiosas peripecias respecto de los verdugos, GARCÍA BASALO, JUAN CARLOS, *Patíbulos y verdugos*, en "Todo es historia", mayo de 1978.

8 Cfr. CHARLEVOIX, PIERRE FRANÇOIS XAVIER DE, S. J., *Histoire du Paraguay*, París, 1756, I, 239.

9 LUGON, C., *A República "comunista" cristã dos guaranis, 1610-1768*, Río de Janeiro, 1977, pp. 93-6.

10 Sobre la legislación anterior a la codificación: MORENO (h.), RODOLFO, *El código penal y sus antecedentes*, Bs. As., 1922, I, pp. 12 y ss.; GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado*, I, 7-8; del mismo, *Criminología Argentina*, Bs. As., 1912, pp. 254-266 ("Leyes, decretos, bandos, ordenanzas, etc., sobre derecho penal, procedimiento

En este período no puede olvidarse una primera tentativa codificadora que, además de frustrada, lamentablemente se ha perdido, y cuyo autor puede considerarse legítimamente como el primer propulsor de los estudios penales en el Río de la Plata. La llevó a cabo el jurista francés Guret Bellemare, que llegó a Buenos Aires en mayo de 1822, vinculándose a la Academia de Jurisprudencia y, particularmente a su presidente, Manuel Antonio de Castro. En dicha Academia pronunció su discurso [11], en el que exhortaba a emprender la codificación penal y a introducir la institución del jurado, combatiendo las oposiciones fundadas en que nuestro país no estaba en condiciones de receptar instituciones tan avanzadas.

En esos años, la opinión intelectual rioplatense discutió con ardor el problema de la pena de muerte, siendo de mencionar la tesis doctoral de Florencio Varela en 1827 [12] y el discurso sobre la pena de muerte de Valentín Alsina en 1828 [13]. En ambos se sostenía la imposibilidad de erradicar dicha sanción de nuestra práctica. En la misma Academia, el juez de primera instancia José Manuel Pacheco había sostenido, en otro discurso, la tesis contraria [14]. Explicaba los temas de nuestra disciplina —que no tenía autonomía docente— en la Universidad de Buenos Aires, Pedro Somellera, quien era tributario de las ideas de Bentham [15]. En 1827, Carlos Villademoros "presentaba su tesis, *Disertación sobre la necesidad de que se reformen los procedimientos de la Justicia Criminal*, quien decía que la justicia de la época se hallaba "en un estado tenebroso, inquisitorial y arbitrario", y propugnaba la introducción del jurado [16]. Guret Bellemare respondió al discurso de Valentín Alsina con otro, pronunciado en

---

criminal, régimen penitenciario y policial, en desuso o derogadas y que publicamos por el interés histórico que revisten"); PECO, JOSÉ, *La reforma penal argentina de 1917-1920*, pp. 17 y ss.; NÚÑEZ, I., 64-6; SOLER, I, 103-111; FONTÁN BALESTRA, I, 147-152; RIVAROLA, RODOLFO, *Orígenes y evolución del Derecho Penal Argentino*, Bs. As., 1900; LEVENE, RICARDO, *Historia del Derecho Argentino*, Bs. As., 1945.

11 *Discurso pronunciado por M. Bellemare*, en apéndice de LEVENE, RICARDO. *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro*. Bs. As., 1941.

12 VARELA, FLORENCIO. *Disertación sobre los delitos y las penas*, en "Revista de Legislación y Jurisprudencia". Bs. As., 1870, V, 43 y ss.

13 *Discurso sobre la pena de muerte leído en la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires por el Dr. D. Valentín Alsina, secretario de ella, en sesión ordinaria del 15 de abril de 1828, publicado por el Dr. D. Juan José Alsina, en Montevideo, en Noviembre de 1829*, Imprenta República.

14 V. ALSINA, op. cit., p. 4.

15 Difundidas en castellano a través de la edición madrileña de 1821, traducción de la francesa de Dumont, realizada por Ramón Salas.

16 LEVENE, RICARDO, noticia preliminar a la edición facsimilar del *Plan General de Organización Judicial para Buenos Aires*, de GURET BELLEMARE, Bs. As., 1949, p. XXX.

la misma Academia, de corte netamente abolicionista. En 1832, con ocasión de una defensa, Valentín Alsina cambió sus puntos de vista, lo que fue celebrado por Bellemare [17].

Bellemare fue comisionado por el ilustre Gobernador de Buenos Aires, Coronel Manuel Dorrego, para redactar su "Plan General de Organización Judicial", que fue publicado en 1829 [18]. La primera parte del "Plan" se refería a los "principios casi generalmente recibidos" y las tres siguientes se dedicaban a las organziaciones judiciales de Inglaterra, Norteamérica y Francia respectivamente. La "Parte Quinta" versa sobre la "Organización judicial, civil, comercial y criminal proyectada para Buenos Aires". Su Sección VII está dedicada a los procedimientos criminales, en los que introduce el jurado, lo que, además de ser una firme convicción de Bellemare, respondía al pedido expreso de Dorrego formulado al encomendarle la tarea. La Sección VIII trataba "De un sistema de cárceles", en el que expresamente se decía que la carcel no tenía por fin castigar, sino curar, sin que quedase claro si Bellemare propugnaba un tratamiento en carcel también para los enfermos mentales delincuentes, lo que lo hubiese convertido en un precursor del positivismo penal. Sus expresiones sobre la pena privativa de libertad tienen total vigencia, pese a los ciento cincuenta años de su publicación: señalaba la necesidad de separar completamente a los hombres de las mujeres, a los condenados de los procesados, a los mayores de los menores, a los reincidentes de los primarios, etc.; destacaba la inutilidad y corrupción de la mera carcel de encierro; requería un plan carcelario de educación, la enseñanza de oficios, la instalación de talleres; repartía el producto del trabajo en tres partes (alimentación, administración y peculio); pensaba en un sistema progresivo, propugnando incluso que algunos presos, bajo fianza, pu-

17 Cfr. LEVENE, RICARDO, op. cit., p. XXXIII; con mayor detalle, PICCIRILLI, RICARDO, *Guret, Bellemare. Los trabajos de un jurisconsulto francés en Buenos Aires*, Buenos Aires, 1942.

18 *Plan General de Organización Judicial para Buenos Aires; en que van asentados los principios que podrán servir de base para un código de leyes nacionales, por D. G. Bellemare, Abogado, antiguo magistrado francés, y ciudadano de la República Argentina. Acompañado con dos discursos sobre la pena de muerte; el primero, en pro de la pena, por D. Valentín Alsina; y el otro, en contra, por el Sr. Bellemare.* Buenos Aires, Imprenta del Estado. Calle de la Biblioteca N. 89, 1829 (reproducción facsimilar del Instituto de Historia del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., Colección de textos y documentos para la Historia del Derecho Argentino, nº VIII, 1949).

diesen ser confiados al cabo de algún tiempo a artesanos, para que pudiesen trabajar; sostenía la necesidad de separar a los delincuentes políticos de los presos comunes; tampoco excluía del beneficio del régimen progresivo a los condenados a pena perpetua, quienes con su comportamiento podrían alcanzar la libertad.

La Sección IX estaba dedicada a los delitos y penas. El capítulo I se ocupa de "Definiciones generales", en las que en lugar de partir de la presunción de que la ley es conocida por todos, parte de la obligación que a todos incumbe de conocer la ley. Sostiene que "un buen código de los delitos y de las penas es el mejor catecismo que se puede poner entre manos, no sólamente de los hombres, sino también de los niños; a éstos deberían enseñárselo en la escuela, conforme les enseñan ya, en otro catecismo, los deberes de un cristiano". Definía el delito como todo hecho perjudicial a otro en su persona o en sus bienes, o en su fama, cometido con mala intención, y que la ley declaró ser reprensible o punible". Los dividía en crímenes, delitos simples y "malhechos" o faltas de policía municipal. En cuanto a los bienes jurídicos, distinguía delitos contra la sociedad, las personas y las propiedades, pudiendo ser todos ellos ordinarios o extraordinarios. Los ordinarios eran los que no provocaban gran alarma por no conmover los fundamentos mismos de la sociedad.

Lamentablemente, después de quejarse Bellemare de la indiferencia de algunos gobiernos porteños ante la necesidad imperiosa de un código penal y de expresar que sólo le faltaba pulir los últimos detalles del proyecto del mismo, su trabajo se interrumpe sin que se haya hallado el resto del mismo, en el que analizaban los delitos en particular[19].

Los acontecimientos políticos frustraron la discusión de la obra de Bellemare, quien regresó a Francia, donde hacia 1836 ocupaba un importante cargo en la magistratura[20]. De cualquier manera, su obra no creemos que haya sido totalmente inútil. Disposiciones constitucionales tales como la referida a las cárceles de la Nación y la garantía sustancial de la primera parte del art. 19 constitucional, si bien no estamos en condiciones de afirmar que hayan tenido en él su directa fuente de inspiración —lo que probablemente no sea ver-

19 La reproducción facsimilar de los textos originales de que se dispone, todos incompletos, llega hasta la página 124 que, en realidad, es la página 224, obedeciendo la diferencia a un error de numeración.

20 Cfr. LEVENE, RICARDO, en la noticia preliminar, cit., p. XXXVIII.

dad [21]— no cabe duda que se han ido moldeando en nuestra historia constitucional en un clima al que Bellemare contribuyó decididamente en su tiempo.

II - LA LEGISLACIÓN PENAL DESDE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1853 HASTA EL PRIMER CÓDIGO PENAL FEDERAL

79. **El período 1853-1868.** Ya nos hemos ocupado de las disposiciones constitucionales con relevancia penal, de modo que no insistiremos aquí sobre la trascendencia de las mismas. Con posterioridad a la sanción de la Constitución de 1853 hubo dos leyes de importancia fundamental para nuestra disciplina. La primera es la número 27, del 16 de octubre de 1862, que en lo esencial establece la competencia de la justicia federal. El art. 8º dispone que "uno de sus objetos es sostener la observación de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella". Su art. 5º establece que la justicia federal "no interviene en ninguno de los casos en que, compitiendo ese conocimiento y decisión a la jurisdicción de la provincia, no se halle interesada la Constitución ni ley alguna nacional".

De mucha mayor importancia para el derecho penal de fondo que la ley 27, es la número 49, del 14 de setiembre de 1863, "designando los crímenes cuyos juzgamientos compete a los tribunales nacionales y estableciendo su penalidad". La ley 49 es la primera codificación penal argentina, pues ofrece una tipificación de los delitos que debían ser juzgados por la justicia federal. Rigió casi sesenta años, puesto que el código penal de 1886 no legisló la materia de modo que hasta 1921 la ley 49 tipificaba los delitos federales y el código penal los "comunes".

La Ley 49 constaba de 94 artículos, distribuídos de la siguiente manera: Título I, *De la traición*, arts. 1º a 4º; Título II, *De los delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación*, arts. 5º a 10; Título III, *De la piratería*, arts. 11 a 13; Título IV, *De los delitos contra la seguridad interior de la Nación. Rebelión*, arts. 14 a 18; Título V, *De la sedición*, arts. 19 a 25; *Disposiciones comunes a los dos títulos anteriores*, arts. 26 a 29; Título VI, *De los desacatos contra la autoridad y otros desórdenes públicos*, arts. 30 a 37; Título VII, *De la resistencia a la autoridad y soltura de los presos*, arts. 38 a 47; Título VIII, *De la interceptación y substracción de la correspondencia pública*,

[21] Que la cárcel no se ha hecho para castigo sino para seguridad lo decía LARDIZABAL, *Discurso sobre las penas*, Cap. V, § III, n. 27.

arts. 48 a 53; Título IX, *De la substracción o destrucción de documentos depositados en las oficinas públicas*, arts. 54 a 56; Título X, *De las falsedades*, arts. 57 a 74; Título XI, *Del cohecho y otros delitos cometidos por empleados o contra el Tesoro Nacional*, arts. 75 a 90; *Disposiciones generales*, arts. 91 y 92; *Disposición final*, art. 93.

El art. 93 establecía que "los delitos contra la Nación no previstos en esta ley y los comunes cometidos en lugares sujetos a la jurisdicción nacional, serán castigados con arreglo a los códigos que forman el derecho común de las provincias, con la moderación en las penas que ha introducido la práctica de los tribunales". Esta codificación de los delitos federales carecía de una "parte general". De allí que Tejedor compusiera una "parte general" por vía doctrinaria, pues tampoco resultaba ya aplicable la drástica legislación penal española colonial [22] y la aplicara luego también a la misma [23].

La jurisdicción de los tribunales federales fue establecida por la ley 48, también del 14 de setiembre de 1863 [24].

Esta legislación federal fue ampliada antes de 1886 por dos leyes: la 750 ½, de telégrafos nacionales, del 7 de octubre de 1875, arts. 48 a 73, y la 816, de Correos de la Nación, del 10 de octubre de 1876, arts. 137 a 149.

80. **El código Tejedor.** Por ley del 6 de junio de 1863 se autorizó al Poder Ejecutivo para designar a los redactores de los distintos códigos y, por decreto del 5 de diciembre de 1864 se designó a Carlos Tejedor para redactar el proyecto del código penal. El 30 de diciembre de 1865, Tejedor elevaba al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, "la primera parte del proyecto de código penal", destinada "a contener las disposiciones generales que se aplicaban a todos los actos culpables", hallándose dividida en dos libros: "el primero se ocupa de la formación del delito, cómo ha de castigarse la tentativa, según que esté más o menos próxima del crimen consumado, cómo debe castigarse la culpa en sus diferentes grados, y, en oposición con el crimen voluntario, cómo deben castigarse las diferentes clases de complicidad y auxilio, en oposición con la complicidad del autor principal, de qué modo en fin debe el juez proceder en caso de concurso de crímenes y de reincidencia. El segundo trata de las penas, sus diferentes clases, duración y efec-

22 TEJEDOR, *Curso*, 1860, pp. 15 y ss.

23 TEJEDOR, *Curso*, 2ª ed., Bs. As., 1871, I; también LUNA, ANTONIO, *Manual*, Buenos Aires, 1884.

24 V. *Colección de Leyes y Decretos sobre Justicia Nacional*, Publicación Oficial, Imprenta del "Comercio del Plata", 1863.

tos, causas que eximen de ellas, que las atenúan o agravan, y modos de extinguirse y de arbitrarlas". En su nota confiesa el autor haber seguido "principalmente el Código de Baviera", y destaca que aún nos era menester estudiar la institución del sistema penitenciario, "y crear los establecimientos", razón por la cual no suprime la pena de muerte.

Aunque Tejedor agregó extensas notas a su proyecto, creyó igualmente oportuno insistir, en la nota de elevación, en la cuestión de la pena. "He conservado también —dice— el libre arbitrio de los jueces, pero encerrado dentro de los límites que deben circunscribirlo, de tal modo que todas las penas, aún extraordinarias en la acepción doctrinaria de la palabra, *poena extraordinem*, sean penas legales. Un crimen o un delito es más o menos punible según que ha sido concebido o consumado con más o menos perversidad, o según que ha causado más o menos peligro, o violado más o menos deberes sociales. Para llegar al establecimiento de esta proporción, he determinado en la mayor parte de los casos un máximum y un mínimum, dentro de cuyos límites los tribunales podrán aumentar o disminuir el cuanto de la represión penal; y en esta apreciación misma, he trazado e impuesto reglas a la conciencia de los magistrados" [25].

Por decreto del 2 de enero de 1866 se ordenaba, con la firma del vicepresidente Marcos Paz y de Eduardo Costa, su publicación "en número bastante para ser distribuído a los señores Senadores y Diputados, a la Corte Suprema de Justicia, a los Tribunales de la Nación y de las Provincias, a los abogados y personas competentes, a fin de que estudiándose desde ahora, váyase formando a su respecto la opinión, para cuando llegue la oportunidad de ser sancionado".

La sistemática de la primera parte sigue en general las huellas del código de Feuerbach [26].

Se componía de la siguiente manera: Título preliminar, *Diferencia entre crímenes, delitos y contravenciones*. LIBRO PRIMERO: DISPOSICIONES GENERALES.

[25] *Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Dr. Don Carlos Tejedor, Parte Primera*, Buenos Aires, 1866, pp. I y III.

[26] La frecuente falta de coincidencia en los vocablos, algunos de los cuales resultan sensiblemente alterados, se debe a que Tejedor se valió de la traducción francesa de Ch. Vatel, *Code penal du Royaume de Bavière*, París, 1852.

Título Primero, *De la voluntad criminal y de la consumación del crimen*; Título Segundo, *De la tentativa*; Título Tercero, *De la culpa o imprudencia*; Título Cuarto, *De los autores principales*; Título Quinto: *De los cómplices*; Título Sexto: *De los auxiliares o fautores*; Título Séptimo, *De las personas responsables civilmente*. LIBRO SEGUNDO: DEL CASTIGO EN GENERAL DE LAS ACCIONES ILÍCITAS. Título Primero, *De las penas en general*; Título Segundo, *Clases de penas, ejecución y efectos*: (1. Clases de penas; 2. Penas corporales; 3. Penas privativas del honor y humillantes; 4. Penas pecuniarias; 5. Del modo de hacer efectiva la responsabilidad civil); Título Tercero, *De las causas que eximen de pena*; Título Cuarto, *De la atenuación legal de la pena*; Título Quinto, *De la agravación legal de la pena*; Título Sexto, *De la atenuación y agravación prudencial de la pena*; Título Séptimo, *De la prescripción en materia penal*.

La segunda parte del proyecto se publicó en Buenos Aires con fecha 1867, y con las mismas características tipográficas y de estilo que la primera [27].

En ella renunció Tejedor a la sistemática de Feuerbach en cuanto a la separación en dos secciones de los crímenes y los delitos, prefiriendo agrupar ambos en orden a bienes jurídicos, para cuya sistematización siguió también el modelo bávaro, encabezando el enlistado con los delitos contra la vida.

LIBRO PRIMERO: DE LOS CRÍMENES Y DELITOS PRIVADOS Y SUS PENAS. Título Primero, *De los crímenes y delitos contra la vida*; Título Segundo, *De las lesiones corporales*; Título Tercero, *De los crímenes y delitos contra la honestidad*; Título Cuarto, *De los matrimonios ilegales*; Título Quinto, *De los delitos contra el estado civil de las personas*; Título Sexto, *De los delitos contra las garantías individuales*; Título Séptimo, *De las injurias y calumnias*; Título Octavo, *De los delitos contra la propiedad*. LIBRO SEGUNDO: DE LOS CRÍMENES Y DELITOS PÚBLICOS Y SUS PENAS. Título Primero, *De los crímenes y delitos contra la seguridad interior y el orden público*; Título Segundo, *De los crímenes y delitos peculiares a los empleados públicos*; Título Tercero, *De las falsedades*; Título Cuarto, *De los crímenes y delitos contra la religión*; Título Quinto, *De los crímenes y delitos contra la salud pública*.

Si bien Tejedor cita varios textos legales en sus notas (códigos brasileño, peruano, boliviano, español, francés, napolitano, toscano, de Lousiana), no cabe duda de que la influencia predominante es la del código de Baviera tal como lo expresa claramente en su nota de elevación: "Siguiendo principalmente al código de Baviera, he

[27] Pese a que la publicación oficial de esta segunda parte lleva consignado el año 1867 (p. 219, op. cit.), se señala que la nota de elevación de la segunda parte está datada el 31 de enero de 1868 (cfr. Nilve, Moisés, *La vigencia del proyecto Tejedor como código penal de las provincias argentinas*, en "Rev. Penal y Penit.", año X, 1945, pp. 35 y ss. —44—).

creído que debía ser extenso en la exposición de estas disposiciones..." [28].

Toda vez que el proyecto de Tejedor no obtuvo sanción inmediata en el Congreso Nacional, haciéndose imperioso introducir orden y seguridad en la ley penal para los delitos comunes –puesto que para los federales regía la ley 49– las provincias fueron sancionando el proyecto de Tejedor que, de esta manera –es decir, por vía de sanción provincial– y hasta que el Congreso de la Nación sancionó un código penal, cumplimentando con ello el mandato constitucional, se convirtió en el primer código penal argentino, vigente en casi todo el territorio del país.

La primera provincia que lo sancionó fue La Rioja, el 14 de agosto de 1876 [29]; con posterioridad lo sancionaron las siguientes provincias: Buenos Aires, el 29 de octubre de 1877; Entre Ríos, el 29 de marzo de 1878; San Juan, el 26 de julio de 1878; Corrientes, el 15 de noviembre de 1878; San Luis, el 21 de noviembre de 1878; Catamarca, el 6 de diciembre de 1878; Mendoza, el 14 de abril de 1879; Santa Fe, el 1º de setiembre de 1880; Salta, el 10 de noviembre de 1880, y Tucumán, el 28 de mayo de 1881 [30].

El art. 1º de la ley de la Provincia de Buenos Aires que lo sancionaba decía: "Mientras no se dicte por el Congreso Nacional el Código Penal de la República, declárase código penal de la Provincia de Buenos Aires el proyecto confeccionado por el Dr. Carlos Tejedor, con las modificaciones contenidas en la presente ley". Las modificaciones que se introducían eran pocas, revistiendo importancia la supresión del suicidio, dejando subsistente sólo su instigación y ayuda [31].

Federalizada la ciudad de Buenos Aires, la ley orgánica de los tribunales del 15 de diciembre de 1881 (número 1144) estableció que en la Capital de la República seguiría rigiendo el código penal de la Provincia de Buenos Aires [32]. Por esta razón no es correcto llamarle "proyecto Tejedor", puesto que ha sido código y tal es la denominación que le corresponde [33].

Cabe agregar, por si no fuese suficiente para denominarle "código" la

28 *Proyecto*, p I (nota de elevación al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, del 30 de diciembre de 1865).

29 Hasta hace muy poco era corriente afirmar que la primera sanción había sido la de la provincia de Buenos Aires, pero la reciente investigación de García Basalo esclarece que fue La Rioja (Juan Carlos García Basalo, *Estado penal y penitenciario del país durante la presidencia de Avellaneda*, en "Revista del Círculo del Personal Superior del Servicio Penitenciario Federal", año I, nº 1, julio de 1978, pp. 35 y ss.).

30 Cfr. GARCÍA BASALO, loc. cit.

31 *Código Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Edición oficial, Buenos Aires, Imprenta de la Penitenciaría, 1877, p. 5.

32 Cfr. NILVE, MOISÉS, op. cit., pp. 46-47.

33 Cfr. NILVE, op. cit.; del mismo, *El Proyecto Tejedor en la historia del derecho patrio*, en "Revista del Instituto de Historia del Derecho", 1955-56 (Bs. As.).

vigencia en nuestro territorio por vía de sanción provincial [34], que este texto fue código penal de la República del Paraguay. El art. 1º de la ley paraguaya del 21 de julio de 1880 decía: "Declárase ley de la República el Código de la Provincia argentina de Buenos Aires con las modificaciones, supresiones y adiciones hechas en la siguiente reproducción de su texto" [35].

El código Tejedor adoptaba la división tripartita de las infracciones penales (crímenes, delitos y contravenciones), aunque no legislaba las contravenciones. Tampoco legislaba los delitos de imprenta y los crímenes y delitos militares y del fuero nacional, art. 4º [36]. Adoptaba una definición de dolo conceptuado como "dolo malo", requiriendo la consciencia de la antijuridicidad, art. 8º, y aún de la punibilidad; no consagraba la irrelevancia del error de derecho, sino la de autoría por conciencia y la del error sobre la gravedad de la pena, del móvil o de "la naturaleza del objeto final", art. 9º; consagraba la presunción de dolo, art. 13, y hacía referencia al dolo de consecuencias necesarias, art. 14. La fórmula de la tentativa era subjetivista, art. 15; distinguía la tentativa próxima, art. 20, de la remota, art. 22, que se configuraba con los actos preparatorios, y preveía también el delito frustrado, art. 21. Consideraba la culpa como infracción a un deber de cuidado, art. 24, y distinguía la culpa grave, art. 25, de la ligera, art. 26. En cuanto a la culpa —no así respecto del dolo— no admitía el error de derecho salvo los casos de "imbecilidad, estupidez grosera u otros vicios de la inteligencia", art. 29. Las disposiciones sobre autoría y participación son complejas y extensas, considerando autor tanto al directo, como al mediato y al instigador, puniendo incluso al instigador culposo, arts. 31-33. En el art. 38 establecía la responsabilidad individual, rechazando toda posibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica. Preveía el complot, considerando tentativa la sola pertenencia al mismo, art. 43, y extendía esa disposición a las bandas, art. 45. Cómplices eran sólo quienes habían prestado una cooperación que no fuese necesaria para la realiza-

[34] Únicamente no tuvo vigencia en Córdoba, donde el 11 de agosto de 1882 se sancionó el proyecto de Villegas, Ugarriza y García, y en Jujuy y Santiago del Estero, que conservaron la legislación española y patria hasta la sanción del primer código federal (Cfr. GARCÍA BASALO, op. cit.).

[35] V. MEDINA Y ORMAECHEA, ANTONIO A. DE, *La legislación penal de los pueblos latinos*, México, 1899, p. 40.

[36] La numeración que se indica es la del Código Penal de la Provincia de Buenos Aires, puesto que el Proyecto de Tejedor no tenía numeración continuada, sino que lo hacía en cada título.

ción del hecho, art. 48, distinguiendo tres grados de complicidad. Trataba del encubrimiento en la parte general, arts. 61 a 67, y preveía la inculpabilidad de los parientes próximos, art. 67. Dedicaba varios artículos, 68 a 75, a la responsabilidad civil por el delito.

Sancionaba expresamente el *nullum crimen sine lege* y el *nulla poena sine lege*, arts. 79 y 81. Resolvía la aplicación de la ley intermedia y posterior más benigna, principio que extendía a la ley procesal, art. 82. Establecía expresamente la judicialidad de la pena, art. 84, y el *non bis in idem*, art. 86. El sistema de penas del código se establecía en el art. 90, que distinguía las penas corporales —muerte, presidio, penitenciaría, destierro, confinamiento, prisión y arresto— de las privativas del honor y humillantes —inhabilitación, destitución, suspensión, retractación, satisfacción, vigilancia de la autoridad y reprensión— y de las pecuniarias —multa, caución, comiso, costos y gastos—.

El código Tejedor consagraba expresamente el principio de que no hay pena, al menos, sin culpa, art. 146. Como consecuencia de este principio, quedaban exentos de pena los inimputables, art. 147; los que actuaban en error invencible de derecho, art. 148, inc. 1º; en trastorno mental transitorio, inc. 3º; la fuerza irresistible y la coacción, inc. 2º, y la obediencia jerárquica, art. 149. Preveía también el estado de necesidad justificante, aunque limitado a la propiedad, y el legítimo ejercicio de un derecho, art. 151. Con prolijidad se ocupaba de la legítima defensa y del exceso, arts. 152 a 161, cayendo en excesivo casuismo.

El título "De la atenuación legal de la pena" declaraba sujeto sólo a corrección doméstica a los menores de diez años, art. 164, y beneficiaba con gran atenuación a los menores de catorce años con discernimiento, art. 165. En menor medida disminuía la pena de los menores de diez y ocho años capaces de discernimiento, art. 166, y para los menores de veintiún años autorizaba a los tribunales a reemplazar la pena de muerte por la de penitenciaría por tiempo indeterminado, art. 166, último párrafo. En cuanto a los delitos culposos de los menores de diez y ocho años, los sometía a corrección doméstica, art. 169. Establecía también que los menores debían permanecer separados de los mayores privados de libertad, art. 168. En cualquier caso, cuando la prisión preventiva excedía de dos años, no era aplicable la pena de muerte, art. 172. Establecía también que las causas de atenuación personales no eran comunicables entre partícipes, art. 174.

El título "De la agravación legal de la pena" preveía la reiteración y la reincidencia, arts. 175 a 184.

Con el título "De la atenuación y agravación prudencial de la pena" trataba de la individualización judicial de la misma, prescribiendo que debe tomar en cuenta tanto el aspecto objetivo como el subjetivo, art. 185, los que desarrollaba detalladamente en los artículos siguientes, 186 a 189, cuidando de advertir que el juez no podrá alterar el mínimo ni el máximo legales, art. 190. Los principios y reglas que sentaba en estas disposiciones son importantes para una adecuada comprensión de nuestro artículo 41 vigente. El total de los artículos del código Tejedor era de 449, de los que 195 correspondían a la parte general.

81. **El proyecto de Villegas, Ugarriza y García.** Presentado el proyecto de Carlos Tejedor, el Congreso de la Nación sancionó la ley 250 del 16 de octubre de 1868, por la que se autorizó al Poder Ejecutivo para nombrar una comisión examinadora integrada por tres abogados cuyo informe debía ser enviado al Congreso en las primeras sesiones de 1869. Por decreto del 10 de noviembre de 1868 se designó a Marcelino Ugarte, José Roque Pérez y Manuel Quintana, pero después de sucesivos reemplazos la comisión quedó integrada por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y José Agustín García, quienes el 3 de enero de 1881 elevaron su trabajo. Es notorio que la comisión cumplió con más de una década de atraso y, además, se excedió en su mandato, puesto que en lugar de examinar el proyecto de Tejedor, procedió a redactar un nuevo proyecto de código penal, cuya más importante innovación consiste quizá, en la eliminación del criterio tripartito, suprimiendo la distinción entre crímenes y delitos.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García introduce disposiciones de derecho penal internacional y toma en cuenta el principio real o de defensa. Contiene un título preliminar y dos libros, y consta de 349 artículos.

El LIBRO PRIMERO: EL DELITO EN GENERAL, se subdivide en dos secciones tratando la primera del delito y de las personas responsables, y la segunda de las penas. La primera sección contiene disposiciones sobre la voluntad criminal, Título I; Consumación y tentativa, Título II; Autores, Título III; Cómplices, Título IV; Encubridores, Título V; Responsabilidad civil, Título VI, y Culpa, Título VII. La sección segunda, al ocuparse de las penas, presenta la característica de prever penas "generales" y "especiales", siendo estas últimas reservadas para ciertos delitos, como los políticos. En cuanto a eximentes, atenuantes y agravantes, su criterio es en general similar al del código Tejedor.

En cuanto al LIBRO SEGUNDO: LAS PENAS EN GENERAL, se aparta del orden seguido por el código Tejedor, suprimiendo la división entre delitos públicos y privados y sistematizando su parte especial en siete títulos: I, Delitos contra el orden público; II, Delitos de los funcionarios; III, Falsedades; IV, Delitos contra las personas; V, Delitos contra las garantías individuales; VI, Delitos contra el orden de las familias y la moral pública y VII, Delitos contra la propiedad.

Como se puede observar, el proyecto de Villegas, Ugarriza y García abandonó la ordenación bávara, aproximándose a la española de 1870, que era con variantes la del código imperial del Brasil de 1830. En general —y no sólo en su sistemática— receptaba una clara influencia del código español de 1870. Por ley de agosto de 1882 fue adoptado como código por la provincia de Córdoba y allí lo explicó Adán Quiroga [37], hombre de singulares méritos intelectuales que abarcaron estudios de nuestra disciplina, aunque su mayor renombre lo alcanzó en la antropología [38].

82. **El código penal de 1886.** En la sesión de la Cámara de Diputados de la Nación del 23 de octubre de 1885, se dio lectura al siguiente despacho de la comisión de Códigos, firmado por Isaías Gil, F. M. Gómez, V. Solveyra, Filemón Posse y M. Demaría: "Vuestra Comisión de Códigos ha estudiado con la posible detención el proyecto de código penal redactado por el Dr. Don Carlos Tejedor, vigente en toda la República por sanción de las Legislaturas provinciales. Si bien la Comisión no pretende presentar a la consideración de V. H. un plan completo de reformas al proyecto redactado por el Dr. Tejedor, cree, sin embargo, que las reformas que propone lo mejoran considerablemente." Después de manifestar que la Comisión había consultado a los magistrados de la Capital, señalaba que por falta de tiempo no se habían redactado las refor-

37 QUIROGA, ADÁN, *Derecho penal argentino. Delito y pena. Estudio de la parte general del Proyecto de Código Penal de los Dres. Villegas, Ugarriza y García*, Córdoba. 1886. La edición oficial, de 146 pp., *Proyecto de código Penal*, Buenos Aires, 1881.

38 ADÁN QUIROGA nació en San Juan el 6 de marzo de 1863 y murió en Buenos Aires el 10 de noviembre de 1904. Además de *Delito y pena*, escribió *La horca en la República Argentina, Sentencias y autos, Defensas criminales y civiles* y redactó varios proyectos procesales y de organización judicial. Luego se dedicó a la antropología, donde su nombre se menciona como el de uno de los pioneros en la Argentina, junto al de Juan B. Ambrosetti y Samuel Lafone Quevedo (V. noticia biográfica de Ernesto Morales en ADÁN QUIROGA, *La cruz en América*, Bs. As., 1942.

mas por escrito, por lo que el miembro informante las expondría verbalmente. El despacho estaba fechado el 29 de setiembre de 1885.

Miembro informante fue el Dr. Solveyra, quien, después de formular algunas importantes consideraciones sobre la pena, manifestó que "la primera cuestión que se inició en el seno de la Comisión, fue sobre cuál proyecto tomaría como base de su trabajo: si el del Dr. Tejedor o el mismo revisado por la Comisión encargada de hacerlo. Y la Comisión se manifestó unánimemente sobre la conveniencia de tomar como base de sus estudios el código del Dr. Tejedor. Y este pensamiento fue unánime, no sólo entre los miembros de la Comisión, sino también entre las personas ilustradas que se habían dedicado al estudio de este asunto". Agregaba Solveyra que todos les habían felicitado por este acierto y que incluso el año anterior, un juez de la provincia de Buenos Aires, "el Dr. Ramos Mejía, escribió en 'La Nación' artículos brillantes combatiendo a la comisión, porque creía, con error, que ella había tomado como base de sus estudios el código penal de la comisión nombrada por el gobierno nacional". En el mismo informe se decía respecto del referido proyecto de Villegas, Ugarriza y García, que en él "no hay unidad, hay falta de filosofía, hay confusiones grandes, divisiones erradas, que no podían servir de base a la confección de un código".

Pasando a las modificaciones que se introducían respecto del proyecto original de Tejedor, Solveyra comenzó explicando que era conveniente suprimir la distinción entre crímenes y delitos, afirmando que nuestra Constitución no la recepta. Suprimían las penas de retractación y confinamiento. Respecto del confinamiento expresaba que el envío de delincuentes incorregibles a países limítrofes —y mencionaba el caso del Paraguay— había suscitado fundadas protestas de los mismos, habiendo "reclamado de estos presentes griegos que les hacía el gobierno argentino, mandándole a su territorio los ladrones incorregibles o reincidentes". Se concedió una mayor amplitud a la facultad judicial para individualizar las penas, renunciando a las penas fijas. Se había suprimido "todo lo que se refiere a las responsabilidades civiles, porque ellas están, como deben estar, legisladas por el código civil". Se entendía que la prisión preventiva debía computarse a los efectos de la pena.

En cuanto a la parte especial, explicaba Solveyra que "ha legislado sobre el robo de cadáveres. Todos los señores diputados recuerdan lo que ha sucedido en nuestros tribunales hace poco

tiempo. Una horda de bandidos robó el cadáver de la que fue en vida una distinguida matrona de esta sociedad. Se tomó a los delincuentes, se los puso presos, y sin embargo la justicia les absolvió, porque no estaba legislado ese delito". Se suprimía la pena "contra el suicidio y contra el que preste medios al suicida para realizar su intento". En cuanto a la pena de muerte, se mantenía, pues Posse y Solveyra eran abolicionistas, frente a los restantes, que eran partidarios de la misma.

Terminado el informe de Solveyra se produjo un debate debido a que los diputados Argento y Mansilla se oponían a la sanción de un proyecto que no conocían. En el curso del mismo, Solveyra insistió en que no se trataba de un texto nuevo, sino de reformas. Posse, por su parte, proporciona casi un nuevo informe, en el que destacó que muchas de las reformas propuestas se reducían a una, en el caso de la supresión de las penas fijas: "esta sola reforma nos ha inducido a tocar muchos artículos: todos aquéllos en que el primitivo código se limitaba a establecer una pena determinada". Mansilla mocionó para que se aplazase toda su consideración para 1886, pero fue rechazada su moción. Se discutió y aprobó en general el despacho de la comisión y se aplazó su consideración en particular hasta el año siguiente [39].

En la sesión del 12 de noviembre de 1886 se trató el despacho de la comisión, que aconsejaba veinticinco enmiendas al despacho de 1885 y que estaba fechado el 18 de agosto de 1886, con las firmas de Filemón Posse, Ernesto Colombres e Isaías Gil. Este despacho se votó en general y fue aprobado, postergándose su tratamiento en particular hasta el 15 de noviembre de 1886, en que se invitó a la reunión al Ministro de Justicia, Dr. Filemón Posse. En dicha sesión Mansilla propuso suprimir el nombre de Tejedor de la ley que le pone en vigencia, moción que fue rechazada, llevando el diputado Gallo, en fuerte debate con Mansilla, la defensa de Carlos Tejedor, contra quien se confundían argumentos políticos y científicos.

Al respecto es conveniente recordar las palabras de Gallo: "He dicho que la personalidad política del Dr. Tejedor no está en discusión. No se discute si es chica o grande, buena o mala; la historia juzgará. No soy yo quien puede ser su juez, y menos en estos momentos. He dicho que está en discusión la personalidad del Dr. Tejedor como jurisconsulto, y he dicho que en todo código lo que hay que tener principalmente en cuenta es el plan general de la obra. Y cuando el plan general está bien, la obra tiene su importancia y puede ser fácilmente reformada si es necesario". Contra estos argumentos, Mansilla afirmaba que "como jurisconsulto no es más que una mediocridad", pues "el Dr. Tejedor no ha hecho más que copiar", lo que revelaba su ingenuidad de lego, puesta de manifiesto aún más, cuando le replicaba a Gallo que la cuestión de los planes y sistemas de penas "se aprende en un rato", a lo que su contrincante respondía que muchos jurisconsultos "han pasado la vida en ello sin alcanzar a la perfección", y agregaba que "el Sr. Diputado es más felíz que los primeros jurisconsultos del mundo".

[39] Congreso de la Nación, Cámara de Diputados, 1885, pp. 719 a 742.

En esa fecha, y después que Gallo reivindicase públicamente a Carlos Tejedor, el código obtuvo la media sanción de la Cámara de Diputados [40].

El Senado postergó el tratamiento del Código, pero acudió personalmente Filemón Posse, entonces Ministro, para solicitar su sanción, exponiendo las razones de urgencia que existían. El Senado lo aprobó a libro cerrado sobre tablas el 25 de noviembre de 1886 [41]. De esta manera, por ley 1920 quedó sancionado por el Congreso de la Nación el primer código penal argentino con vigencia en todo el territorio. La promulgación fue dispuesta por decreto del 7 de diciembre de 1886, firmado por Juárez Celman y refrendado por Filemón Posse. El art. 1º de la ley 1920 disponía: "Desde el 1º de marzo de 1887, se observará como ley de la República el proyecto de código penal redactado por el Dr. Carlos Tejedor, con las modificaciones aconsejadas por la Comisión de Códigos de la Honorable Cámara de Diputados." La edición oficial estuvo a cargo de los Dres. Ernesto Colombres y Juan B. Salanne [42], designados por decreto del 11 de diciembre de 1886.

A estar al texto del art. 1º de la ley 1920 y al texto sancionado en 1886, no es cierto que Tejedor haya tenido menos fortuna, desde el punto de vista formal, que Vélez Sársfield [43], puesto que, aunque las modificaciones fueron numerosas, la estructura de su trabajo se mantuvo y, puesta la comisión de Diputados a elegir entre el texto de Tejedor y el de Villegas, Ugarriza y García, optó decididamente por el de Tejedor, señalando a la legislación penal argentina un rumbo que casi siempre conservó y al que paulatinamente se han ido aproximando otras legislaciones.

El mejor desarrollo doctrinario de este texto fue hecho por Rodolfo Rivarola en su "Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina" (1890). Con anterioridad fue anotado por Julián L. Aguirre [44].

EL LIBRO PRIMERO, *Disposiciones generales*, constaba de 93 artículos, divididos en dos secciones. La Sección Primera, Delitos y

40 Congreso de la Nación, Cámara de Diputados, 1886, 2, pp. 734-750.

41 V. MORENO (H.), RODOLFO, op. cit., I, 70-74.

42 *Código Penal de la República Argentina. Edición Oficial*, Buenos Aires, Imprenta de Sud-América, 1887, 99 pp.

43 Así lo sostiene NILVE, op. cit., p. 36.

44 AGUIRRE, JULIÁN, L., *Código Penal de la República Argentina, Anotado y concordado con las notas del proyecto primitivo por el Dr. ...*, Bs. As., 1887.

personas responsables, se subdividía en seis títulos: I, Voluntad criminal, delitos consumados y frustrados; II, De la tentativa; III, De la culpa o imprudencia; IV, De los autores principales; V, De los cómplices, y VI, Encubridores. La Sección Segunda también comprendía seis títulos: I, De las penas en general; II, Clases de penas, su duración, ejecución y efectos; III, De las causas que eximen de pena; IV, De la atenuación de las penas; V, De la agravación de las penas, y VI, De la prescripción.

El LIBRO SEGUNDO, *De los delitos y sus penas*, abarcaba del art. 94 al 299 y se hallaba dividido en dos secciones. La Sección Primera, De los delitos y sus penas, comprendía ocho títulos: I, Delitos contra las personas; II, Lesiones corporales; III, Delitos contra la honestidad; IV, Matrimonios ilegales; V, Delitos contra el estado civil de las personas; VI, Delitos contra las garantías individuales; VII, De las calumnias e injurias, y VIII, De los delitos contra la propiedad particular. La Sección Segunda, Delitos políticos y delitos peculiares a empleados públicos, comprendía cuatro títulos: I, Delitos contra la seguridad interior y orden público; II, De los delitos peculiares a los empleados públicos; III, De las falsedades, y IV, Delitos contra la salud pública.

Los caracteres generales del código los hemos visto en gran parte, al referirnos a las principales reformas que se introdujeron al texto de Tejedor. El encubrimiento quedó en la parte general, aunque con este nombre. Su sistema de penas quedó configurado de la siguiente manera: 1º, muerte; 2º, presidio por tiempo indeterminado; 3º, presidio desde tres a quince años; 4º, penitenciaría por tiempo indeterminado; 5º, penitenciaría desde tres hasta quince años; 6º, prisión de uno a tres años; 7º, arresto de un mes a un año; 8º, destierro de uno a seis años; 9º, inhabilitación absoluta, perpetua y temporal; 10, inhabilitación especial, perpetua y temporal, y 11, multa.

III. - CURSO POSTERIOR HASTA EL CÓDIGO PENAL DE 1921

83. Los proyectos de 1891 y de 1895. El 7 de junio de 1890, teniendo en cuenta que el código sancionado en 1886 presentaba deficiencias, se nombró una comisión para que proyecte las reformas, integrada por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo.

El decreto respectivo, suscripto por Juárez Celman y Amancio Alcorta decía: "Considerando: 1) Que, según lo ha comprobado el estudio y la juris-

prudencia de los tribunales, el código penal vigente adolece de defectos que es indispensable hacer desaparecer, por los peligros que entraña para la sociedad y para los que sufren especialmente su aplicación. 2º) que en los últimos años, diversos países han alterado su legislación penal, dictando sus códigos como resultado de estudios minuciosos y completos que deben tenerse en cuenta; y que la ciencia penal se ha enriquecido con nuevas doctrinas que, si bien son objeto de discusión y no se imponen desde ya como verdades inconcusas, deben tomarse en consideración para aceptar de ellas lo que pudiera importar un progreso para nuestra legislación. 3º) Que, además de las deficiencias apuntadas, existen vacíos que las legislaciones modernas han previsto en sus disposiciones, vacíos que es menester llenar por el carácter mismo de las leyes penales, que no deben dejar impunes ciertos hechos criminales cometidos en sus disposiciones y que pueden ser de gravedad tal que comprometan las relaciones internacionales; el Presidente de la República decreta: Art. 1º) Nómbrase a los Dres. Don Norberto Piñero, Catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Capital; Don Rodolfo Rivarola, Fiscal de las Cámaras de Apelación de la Provincia de Buenos Aires; y Don José Nicolás Matienzo, Juez de Primera Instancia en la Capital de la misma Provincia, a fin de que, constituídos en comisión, proyecten las reformas que reputen necesario introducir en el código penal, teniendo presente lo expuesto en los considerandos de este decreto. Art. 2º) De forma".

En junio de 1891 la comisión elevó el proyecto de código penal con una extensa exposición de motivos (más de 200 páginas), en la que comenzaba advirtiendo que consideraba un error la doble legislación (ley 49 y código penal), por lo cual la unificaba en un solo texto [45].

El proyecto de 1891 es el de mayor importancia en la elaboración legislativa posterior al código de 1886. Se dividía en tres libros: el PRIMERO, *Disposiciones generales*, contenía diez títulos: I, Aplicación de la ley penal; II, De las penas; III, De la responsabilidad; IV, De la tentativa; V, De las personas responsables; VI, Concurso de hechos punibles; VII, De la reincidencia; VIII, Del ejercicio de las acciones penales; IX, Extinción de las acciones y de las penas; X, Significación de algunos términos empleados en este código. El LIBRO SEGUNDO está distribuído en la misma forma que el código penal de 1921, con la única diferencia de que los delitos contra el honor los trataba como capítulo VII del título I

[45] PIÑERO-RIVAROLA-MATIENZO, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina, redactado en cumplimiento del decreto del 7 de junio de 1890 y precedido de una exposición de motivos por los Dres.* ..., Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1891, pp. 5-7. Hubo una segunda edición en 1898, ordenada por decreto del Presidente José Evaristo Uriburu y al cuidado de Rodolfo Rivarola.

(Delitos contra las personas). El LIBRO TERCERO trataba de las faltas.

Establecía las siguientes penas: muerte, presidio, deportación, penitenciaría, multa, inhabilitación y destierro, art. 9º. El aporte más importante del Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo se encuentra en su parte especial, en que con toda claridad se divisa la estructura del libro segundo del código penal de 1921. En su parte general, el más importante artículo para el concepto de delito, equivalente al 34 vigente, era el art. 59, pero habría de cambiarse fudamentalmente en la legislación posterior, salvo los incisos 5º, fuerza física y coacción; 8º, legítima defensa; 9º, defensa de tercero; 10, cumplimiento de deber, ejercicio de derecho y obediencia debida, y 11, estado de necesidad justificante, cuyas redacciones pasaron con escasa modificación al texto vigente.

Si bien en su art. 63 establece las agravantes y en el 64 las atenuantes, siguiendo en esto al código Tejedor y al bávaro de 1813, no es menos cierto que en sus artículos 61 y 62 se aproxima ya mucho a la fórmula sintética vigente en cuanto a individualización de la pena. El proyecto constaba de 352 artículos: del 1º al 109, la parte general; del 110 al 346, la parte especial, y del 347 al 352, las faltas.

Gómez afirma que "la importancia de este proyecto supera a toda ponderación. Inspirado en las ideas más adelantadas; mesurado a pesar de ello; uniforme y consecuente hasta en sus más mínimos detalles; ceñido, de la manera más estricta, a las imposiciones del medio social a que se destinaba, con razón ha sido objeto de las más favorables críticas, no sólo en el país sino en el extranjero" [46]. Peco dice que "en todo el proyecto campea la ecuanimidad de juicio, la ponderación de criterio, la altura de miras, la ilustración de sus autores" [47]. Moreno sostuvo que "obedecía a un sistema, tenía orden, su método era conveniente y aceptaba las reformas más adelantadas de su tiempo. Tenía presente toda la legislación nacional en la materia, la coordinaba y llenaba los vacíos existentes" [48]. De algunas opiniones igualmente favorables en el extranjero da cuenta Rivarola [49].

En 1895, y sin que mediara encargo o comisión especial, Li-

[46] GÓMEZ, EUSEBIO, *Criminología Argentina*, Bs. As., 1912, p. XXI.
[47] PECO, *La reforma penal argentina*, cit., p. 36.
[48] MORENO (H.), RODOLFO, op. cit., I, 76.
[49] RIVAROLA, *Derecho Penal*, cit., pp. 21-23.

sandro Segovia publicó un proyecto de código penal[50] que no suele mencionarse en los trabajos legislativos posteriores ni en la labor doctrinaria.

El proyecto del ilustre jurista correntino —más conocido por su obra como civilista y comercialista— constaba de 379 artículos. Su parte general comenzaba con un capítulo de disposiciones generales, en las que incluía con formulación clara los principios de legalidad y del debido proceso legal. En el capítulo segundo, referido a la aplicación de la ley penal, remitía al tratado de Montevideo. En cuanto a las "eximentes de responsabilidad penal" no se hallaba muy lejos del proyecto de 1891. En cuanto a atenuantes, en caso de provocación suficiente establecía la pena del delito culposo. Las agravantes las tabulaba en veinte incisos. Las penas previstas eran la de muerte, presidio por tiempo indeterminado, presidio desde cuatro a quince años; penitenciaría por tiempo indeterminado, multa, destierro hasta diez años, inhabilitación, suspensión de empleo o profesión hasta diez años. Establecía la libertad condicional, al igual que el proyecto de 1891, pero innovaba notablemente sobre éste, introduciendo la condenación condicional, lo que quizá constituya su principal mérito. En los delitos contra la propiedad tenía prevista una reducción de pena por el escaso monto de la cosa y una exclusión en el supuesto en que el autor reintegrase la cosa y reparase el daño antes de cualquier acción judicial. Entre las defraudaciones incluye también la usura. Consideraba a los delitos contra el honor en un capítulo del título de los delitos contra las personas, al igual que el proyecto de 1891. Al igual que ese texto, también incluía los delitos electorales entre los delitos contra la libertad. El proyecto constaba de 379 artículos, de los que 111 correspondían a la parte general[51].

84. **El proceso legislativo hasta la reforma de 1903.** Del destino que el proyecto de 1891 tuvo en el Congreso de la Nación nos da cuenta Rivarola: "la comisión de la Cámara de Diputados que lo tenía a su estudio pidió la asistencia a sus deliberaciones, de

50 SEGOVIA, LISANDRO, *Proyecto de Código Penal*, en "Revista Jurídica y de Ciencias Sociales", Buenos Aires, 1895, pp. 65 a 221; sobre él: LIMA QUINTANA, OMAR, *El proyecto de código penal del Doctor Segovia*, en "Rev. de Derecho Penal", Ediar, Bs. As., 1947, 4º trimestre, 379-391; GÓMEZ, EUSEBIO, op. cit., p. 244 lo menciona someramente.

51 Sobre SEGOVIA, MOLINARIO, ALBERTO D., *Lisandro Segovia, grande jurisconsulto*, en "Doctrina Jurídica", La Plata, 3-VIII-73.

uno de los miembros de la comisión y, con plena aquiescencia de los otros dos, asistió a la nueva lectura y discusión del proyecto el Dr. Norberto Piñero. La comisión de la Cámara de Diputados se componía entonces de los Dres. Mariano Demaría, Francisco A. Barroetaveña, Tomás J. Luque y Remigio Carol". "La comisión de Diputados se expidió el 30 de setiembre (1895), y aunque el asunto fue incluido en las sesiones de prórroga, quedó sin discutirse. Pero no fue enteramente inútil la tarea. El dictamen de la comisión aconsejó la sanción del proyecto proponiendo unas treinta modificaciones de detalle en los 352 artículos del proyecto" [52].

Cinco años después, en la sesión de la Cámara de Diputados del 13 de junio de 1900, se consideró un despacho, producido por una nueva comisión de Diputados, integrada por Juan Antonio Argerich, M. J. Moreno y Pedro T. Sánchez, que propuso una reforma parcial al código de 1886.. Miembro informante de la comisión fue el diputado Argerich, quien en una extensa exposición —harto mediocre jurídicamente— sostuvo la necesidad de aumentar el rigor de las penas (con citas de Ferri), la desincriminación del adulterio y del duelo, la conveniencia de mantener la pena de muerte (con argumentos de corte intimidatorio) y criticó el proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo. Argerich parece criticarle al proyecto de 1891 lo que tenía de verdaderamente ponderable: la unificación de la legislación penal federal y ordinaria, la previsión sobre faltas, la unificación de penas privativas de libertad, la admisión de la *exceptio veritatis* en ciertos casos de injurias, etc. Con citas de Ferri, y sin dejar de apuntar de paso "a veces dudo si tenía razón Garófalo cuando quería que se entregase esta ciencia al dominio de los naturalistas", defiende el sistema de reformas parciales, ejemplificando con los casos de Francia, Portugal, Hungría y Japón. Fue el diputado Olivera quien tomó la defensa del proyecto de Rivarola, Piñero y Matienzo, y el diputado Sánchez atacó al positivismo. Cullen le atribuyó incoherencia al despacho de la comisión, defendiendo también el proyecto de 1891. La discusión se prolongó en las sesiones del 15 y del 20 de junio y en la del 22 del mismo mes, con la asistencia del Ministro de Justicia —Osvaldo Magnasco— se aprobó el proyecto de la comisión en general, postergánse su consideración en particular hasta agosto del mismo año [53]. La Cámara

[52] RIVAROLA, *Derecho Penal*, p. 21.

[53] Congreso Nacional, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1900, I, pp. 269-295, 299-348, 350-368 y 370-378.

retomó el tema en particular el 31 de agosto del mismo año y la discusión en particular se prolongó en las sesiones del 3, 5, 7, 10, 12 y 14 de setiembre, siendo sancionado por esta Cámara en la última. Durante este debate en particular, cabe destacar la importante defensa de la posición abolicionista, llevada a cabo por el diputado Barroetaveña y que no prosperó en la Cámara [54].

El proyecto con media sanción fue demorado en la Cámara de Senadores. El 6 de junio de 1903, Pellegrini proponía que se postergase el despacho de la comisión hasta julio [55]. El 2 de julio de 1903 el Senado tomó conocimiento del despacho de la comisión integrada por los senadores Palacio, Mantilla y Pellegrini, que propuso unas diez reformas al proyecto de Diputados [56]. En dicha sesión, Julio Herrera, a la sazón senador por Catamarca, se opuso a la sanción del proyecto, en cuya crítica es notable su oposición a la presunción del dolo, que el código de 1886 tomaba del español, aparte de otros muchos aspectos, lo que hizo que el tratamiento se prolongase en las sesiones del 4 de julio y del 11 del mismo mes, en que obtuvo sanción [57], con las modificaciones que propuso la comisión, pese a la oposición de Herrera, pasando a la Cámara de Diputados, la que sin discusión aprobó las reformas introducidas por el Senado el 3 de agosto de 1903 [58]. De este modo se sancionó la *ley 4189*, que introdujo gran número de modificaciones al código de 1886 [59].

La ley 4189 derogó todos los artículos del Título Primero, salvo el 6º, presunción de dolo, lo que permite suscribir la afirmación de Herrera: "mantuvo el peor". Derogó también varias disposiciones referentes a tentativa y a participación y estableció nuevas escalas de penas para ambos institutos. Dispuso que no constituye complicidad la cooperación material en la publicación. El sistema de

[54] Idem, pp. 964-985; 987-1013; 1022-1024; 1045-1064; 1065-1082; 1084-1095, 1102-1117.

[55] Congreso Nacional, *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. Período de 1903*, Bs. As., 1904, p. 69.

[56] Idem, pp. 111-147.

[57] Idem, pp. 149-206.

[58] Congreso Nacional, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1903, I, pp. 413-419.

[59] V. el texto de la ley en el mismo *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, Sección "Leyes Sancionadas", pp. VIII-XIV; *Código Penal de la República Argentina y ley de reformas de 22 de agosto de 1903, Edición oficial*, Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1903, pp. 197; GOUCHON, EMILIO, *Código Penal de la República Argentina. Proyecto de nueva edición*, Bs. As., 1904, pp. 156.

penas quedó configurado con muerte, presidio, penitenciaría, prisión, arresto, deportación, destierro, inhabilitación y multa. Introdujo un buen número de reformas a la parte especial. En general, fue una reforma carente de unidad conceptual.

En el período anterior a 1903 se sancionaron otras leyes penales. El código de 1886 ya había sido ligeramente reformado por la ley 3900, del 12 de enero de 1900, que modificó los artículos 190 y 191 sobre robo. En cuanto a leyes especiales, conservaba vigencia la ley 111, de Patentes de invención, del 11 de octubre de 1864, cuyos arts. 53 a 60 contienen disposiciones penales, y se sancionaron las leyes 2240, de protección de cables submarinos, del 24 de noviembre de 1887, arts. 5º a 9º; 2873, del 24 de noviembre de 1891, de ferrocarriles nacionales, arts. 80 a 94; 3335, del 26 de diciembre de 1895, que ordenó cumplir en los territorios del sur las penas impuestas a los reincidentes por segunda vez; 3761, del 4 de enero de 1899, de alcoholes, arts. 10 a 13; 3764, del 18 de enero de 1899, de impuestos internos, arts. 36 a 39; 3972, del 17 de noviembre de 1900, sobre falsificación de moneda; 3975, del 23 de noviembre de 1900, sobre marcas de fábrica, comercio y agricultura, arts. 48 a 56; 4031, del 11 de diciembre de 1901, de servicio militar obligatorio, arts. 109 a 118; 4097, del 9 de agosto de 1902, que prohibe los juegos de azar; 4156, del 30 de diciembre de 1902, de quiebras, arts. 135 a 144, y 4161, del 7 de enero de 1903, de régimen electoral.

85. **El proyecto de 1906.** Según Rodolfo Moreno (h), la ley 4189, en lugar de resolver el problema penal, lo agravó, y motivó críticas de juristas y jueces [60]. Ello dio lugar a que el Poder Ejecutivo, por decreto del 19 de diciembre de 1904, que lleva la firma de Quintana y de Joaquín V. González, precedido de extensos considerandos [61], designase a una nueva comisión integrada por Francisco Beazley, Rodolfo Rivarola, Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa, Norberto Piñero, José María Ramos Mejía y, como secretario, José Luis Duffy. Cabe observar que esta comisión estaba integrada por cinco juristas y un médico (Ramos Mejía).

Parece ser que la comisión se apoyó en un anteproyecto de parte general que Rivarola publicó en 1905 [62] y que constaba de 58 artículos, que suprimía la pena de muerte (sustituyéndola por presidio) y el destierro, establecía la libertad condicional y sustituía las penas cortas privativas de libertad por multa. La comisión

60 MORENO (H.), RODOLFO, I, p. 83.

61 El texto íntegro del mismo en RIVAROLA, op. cit., pp. 25-30.

62 RIVAROLA, RODOLFO, *Bases y Anteproyecto de un código penal argentino*, Bs. As., 1905, 23 pp.

elevó su proyecto al Ministro de Justicia e Instrucción Pública el 10 de marzo de 1906 [63].

El proyecto de 1906 constaba de 326 artículos, de los que 82 correspondían al Libro Primero, denominado Disposiciones generales, que trataba: I, La aplicación de la ley penal; II, De las penas; III, De la condenación condicional; IV, De la reparación de perjuicios; V, De la responsabilidad; VI, De la tentativa; VII, De los autores y cómplices; VIII, De la reincidencia; IX, Del concurso de delitos; X, De la extinción de las acciones y de las penas; XI, Del ejercicio de las acciones, y XII, De la significación de algunos términos empleados en el código. El Libro Segundo seguía una división por títulos que no se diferencia de la que consagra el código de 1921. El Libro Tercero estaba dedicado a las faltas. Las penas que establecía eran muerte, presidio, prisión, detención, deportación, multa e inhabilitación, art. 4º. Preveía la libertad condicional, arts. 18 y 19, y dedicaba un título, arts. 32, 33 y 34, a la condenación condicional. En materia de fuerza física, coacción, estado de necesidad, cumplimiento de deber, ejercicio de derecho, obediencia debida y legítima defensa, propia y de tercero, contenía disposiciones similares a las vigentes, art. 41 incs. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º. En caso de enfermedad mental preveía la internación manicomial, art. 41 inc. 1º. Establecía la deportación como pena accesoria para la multireincidencia, art. 57.

El Poder Ejecutivo envió el proyecto al Congreso y la Cámara de Senadores lo giró para estudio de la comisión, la que nunca produjo despacho. El estudio crítico más profundo que se formuló de este proyecto fue el de Julio Herrera [64]. Ladislao Thot afirmó que "el proyecto argentino es una de las obras de codificación más digna de atención y que si se tradujera al alemán y al francés, sería un tesoro común para los criminalistas de todas las naciones" [65]. Cualquiera fuesen las críticas que a este proyecto pudieran formulársele, y sin perjuicio de reconocer que la afirmación de Thot era un tanto exagerada, lo cierto es que, aunque más no fuese por la introducción de la condena condicional y de la libertad condicional —que reemplazaba al viejo "derecho a pedir gracia"— el pro-

[63] *Proyecto de Código Penal para la República Argentina. Redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituida por Decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904*, Buenos Aires, Tipografía de la Carcel de Encausados, 1906, 114 pp.

[64] HERRERA, *La reforma penal*, cit.

[65] THOT, LADISLAO, cit. por RIVAROLA, p. 30.

yecto debe considerarse progresista [66]. Tenía también la virtud de unificar la legislación penal y su plan era racional, siguiendo la línea —y mejorándola— del proyecto de 1891.

Sus autores manifestaban que "las preocupaciones de escuela, las discusiones teóricas, las disquisiciones académicas, no han tenido cabida en el seno de la comisión, y cualesquiera que fueren las opiniones personales de sus miembros sobre tópicos determinados de la ciencia penal, todos han estado de acuerdo en que no era la oportunidad de sostenerlas, porque queríamos que la obra común, resultara libre de todo espíritu sectario y constituyese una zona franca, a cubierto de cualquier reproche de exclusivismo" [67].

86. **La reforma iniciada en 1916: el código de 1921.** Con posterioridad a 1903 el código de 1886 sufrió modificaciones introducidas por las leyes 9077, del 1º de marzo de 1913, y 9143, del 30 de setiembre del mismo año. La primera reprimía la emisión de cheques sin provisión de fondos y la segunda se refería a la prostitución.

Además de esas reformas, se sancionaron leyes especiales, como la 7029, llamada de defensa social, del 30 de junio de 1916, que era una ley represiva, y la 9643, de warrants y certificados de depósito, del 19 de octubre de 1914, cuyos arts. 34 a 38 contenían disposiciones penales.

Nuestra legislación penal continuaba, pues, escindida fundamentalmente entre la ley 49 para los delitos federales y lo que restaba del código Tejedor, después de su versión de 1886 y de las posteriores reformas, para los delitos de orden común.

En tales circunstancias, el Dr. Rodolfo Moreno (h.) resucitó el proyecto de 1906, presentándolo a la Cámara de Diputados, de la que era miembro, con una planilla de modificaciones por él introducidas [68]. Se trataba de unas treinta modificaciones, algunas de detalle, aunque otras eran importantes.

Las conclusiones de Moreno sintetizan el sentido de las reformas que proponía al proyecto de 1906: "Resumiendo: Acepto como base para la reforma penal el proyecto de 1906 que la unifica, con las modificaciones que concreto a continuación: 1ª) Supresión del libro sobre "faltas" y de las pa-

[66] En 1904 el diputado Emilio Gouchon había presentado un proyecto sobre condena condicional.

[67] Nota de remisión, *Proyecto*, p. XIII.

[68] Cámara de Diputados de la Nación, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina presentado por el Señor Diputado Dr. Rodolfo Moreno (h.)*, Buenos Aires, Talleres Tipográficos de L. J. Rosso y Cía., 1916, 178 pp.

labras que al mismo se refieren en los artículos del proyecto que la contienen; 2ª) Supresión de la pena de muerte, eliminando los preceptos que la consagran y sustiyendo esa pena por otra en los casos en que se impone; 3ª) Mantenimiento de la mitad de las pensiones de ciertos condenados cuando tuvieren familia y a beneficio de ésta; 4ª) Disminución del mínimum de la penalidad del homicidio, para dar mayor margen a los jueces; 5ª) Mantenimiento de la pena actual en el delito de disparo de arma de fuego; 6ª) Penalidad de la agresión con toda arma, y no solamente con arma blanca; 7ª) Limitación de la pena en los casos de alteración de estado civil, la que deberá aplicarse solamente cuando hubo el propósito de causar un perjuicio; 8ª) Aumento de la penalidad en los delitos contra la honestidad, para concordarlos con el criterio de las leyes vigentes"; 9ª), 10.) y 11.) derogando las leyes 9143, 7029 y 9077 e incorporando al código leyes sobre la materia; 12.) "Derogación de las leyes anteriores, tanto federales como ordinarias, sobre materia represiva" [69].

Moreno declara que su único propósito al presentar el aludido proyecto era que se le tomase como base para la preparación del proyecto definitivo y, en consecuencia, el 10 de agosto de 1916, se dirigió a todos los magistrados del fuero penal, acompañándoles un ejemplar del proyecto y sometiéndoles la siguiente encuesta: "1º ¿Qué piensa sobre la reforma penal y su oportunidad? 2º ¿Qué opinión tiene sobre el proyecto que se acompaña? y 3º ¿Qué reformas cree oportuno introducirle, sobre todo las de carácter práctico, impuestas por la experiencia?" El 20 de setiembre de 1916 propuso a la Cámara de Diputados la designación de cinco miembros para que estudiasen los proyectos, tanto de reforma penal como penitenciaria. La comisión se constituyó el 28 de setiembre de 1916, presidida por Moreno e integrada por los Diputados Jerónimo del Barco, Délfor del Valle, Antonio de Tomaso y Carlos Pradere. La comisión amplió la encuesta a catedráticos y legisladores. Recibido un número respetable de respuestas, Moreno declara haber consultado a Julio Herrera y "sobre puntos especiales" a Rivarola, Jofré y González Roura, después de lo cual redactó el proyecto que revisó con de Tomaso y que fue aceptado por la Comisión. Así fue que el 16 de julio de 1917 anunció en la Cámara que el despacho se encontraba listo y que acababa de ser presentado por la Comisión especial [70], la que aconsejaba la sanción del proyecto que adjuntaba y que se conoce como "proyecto de 1917". El mismo

[69] Idem, pp. 30-31; también en MORENO (H.), RODOLFO, op. cit., I, 93-4, y en *Código Penal Argentino sancionado en 30 de setiembre de 1921*, edición recopilada y ordenada por J. C. RAFFO DE LA RETA, texto revisado y anotaciones marginales por ANTONIO DE TOMASO, prólogo de RODOLFO MORENO (H.), T. I (Antecedentes), Buenos Aires, 1921, pp. XVI-XVII.

[70] Cfr. MORENO (h.) en RAFFO DE LA RETA-DE TOMASO, cit., I, pp. XVII

fue aprobado por la Cámara de Diputados el 22 de agosto de 1917 y remitido en esa fecha al Senado de la Nación.

El proyecto de la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados fue sometido a revisión por la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores, integrada por J. B. González, E. del Valle Iberlucea y P. A. Garro, la que se expidió el 25 de setiembre de 1919[71]. Conforme a lo dictaminado por su Comisión, el Senado propuso modificaciones que afectaban a los arts. 1º, 3º, 6º, 9º, 13, 16, 21, 28, 29, 34, 41, 42, 50, 51, 52, 73, 74, 81, 86, 168, 211, 214 y 226, del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados. La Comisión especial de la Cámara de Diputados, a la que se envió el proyecto en revisión, decidió no aceptar algunas de las reformas introducidas por el Senado, entre las que figuraba la pena de muerte, pero receptó la mayoría de las mismas, entre las que se encuentran las de los arts. 34, inc. 1º y 41, que son clave para cualquier construcción dogmática. El despacho de la comisión fue presentado el 9 de setiembre de 1921, con la firma de Roberto Parry, C. M. Pradere, Délfor del Valle, Antonio de Tomaso y Laureano Landaburu[72]. La Cámara de Diputados aprobó el despacho de su Comisión y el Senado insistió en su revisión por mayoría de dos tercios de votos; "pero como la Cámara de Diputados, que era la iniciadora, insistiese a su vez por dos tercios, el proyecto quedó convertido en ley" el 30 de setiembre de 1921, bajo el número 11.179.

Un mes después, el 29 de octubre de 1921, el Presidente Hipólito Yrigoyen expidió el decreto de promulgación, que fue refrendado por el Ministro J. S. Salinas. La edición oficial se ordenó por decreto del 1º de diciembre de 1921, corriendo con la misma Ramón F. Ledesma (h.) y Ramón J. Gené. Dicha edición se declaró auténtica por el art. 1º de la ley 11.221, fe de erratas de la edición oficial, que estableció 31 correcciones al texto publicado, entre las cuales cabe reconocer algunas reformas bajo la apariencia

---

y XVIII. El despacho, con toda la documentación y el resultado de la encuesta se publicó por la Comisión ese mismo año: Cámara de Diputados de la Nación, Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina*, 1917, 510 pp.

71 V. la "Exposición de Motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la H. Cámara de Diputados de la Nación", en la edición oficial, pp. 95 a 207; el informe y despacho de la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores, en el mismo, pp. 211 a 339. El despacho del Senado está basado en un proyecto del Senador Angel Rojas, de 1918, quien falleció poco después (V. RAFFO DE LA RETA-DE TOMASO, II, 75 a 151).

72 V edición oficial, pp. 569 a 621.

de errata. Según lo dispone su artículo 303, el Código de 1921 rige a partir de los seis meses de su promulgación, es decir desde el 29 de abril de 1922.

Sintetizando nuestra evolución codificadora, puede afirmarse que el Código Tejedor marcó una línea dentro de la que se movió la posterior tarea de codificación, perfeccionando su plan, a excepción del proyecto de Villegas, Ugarriza y García. Los principales momentos de esta evolución los señalaron los proyectos de 1891 y de 1906. No puede afirmarse que el código penal de 1921 sea obra de ningún jurista en particular. La tarea que asumió Rodolfo Moreno (h.) fue la de claro recopilador, sistematizador y contemporizador, llevada a cabo con gran sentido práctico, pero no puede pasarse por alto la contribución que, por vía de antecedentes, tuvieron Rivarola y, como crítico, Julio Herrera, sin contar con las múltiples opiniones de que el mismo Moreno da cuenta. Creemos, pues, que el código de 1921 es una verdadera obra colectiva, a la que se llegó tras larga y penosa elaboración y en cuyo sello científico, entre todos los autores a quienes se deben aportes, merecen especial mención Rodolfo Rivarola y Julio Herrera. No fue un código sectario, porque supo escapar incluso a la influencia positivista ambiente, al igual que lo había hecho el proyecto de 1891, siendo escueto y racional, con una estructura que simplifica y perfecciona el racionalismo de su antecesor, siguiendo su misma línea de respeto a la dignidad humana. Por otra parte, históricamente es el primer código que unifica la legislación penal y da acabado cumplimiento al mandato constitucional, salvo en lo que respecta a las faltas o contravenciones.

Este texto posibilitó el desarrollo científico de nuestra dogmática jurídica. Se le suele denominar "código Moreno", lo que es justo si se tiene en cuenta que fue Moreno quien tuvo la virtud de no querer hacer un código "suyo", sino sólo dar unidad y formular coherente y acabadamente lo que venía elaborado por una sana opinión jurídica. De allí que en cierta forma no fue superado por los proyectos que se elaboraron para reemplazarlo, pese a las ventajas que sobre él podían ofrecer en algunos aspectos particulares. También podría denominársele "código Yrigoyen", siguiendo la tradición legislativa comparada, que suele denominar a los códigos con el nombre del promulgador ("código Napoleón", "código Juárez", "código García Moreno", etc.).

Como nunca puede ser de otro modo y, particularmente teniendo en cuenta el estado espiritual del penalismo argentino de la época, el código

de 1921 tuvo apologistas y detractores. Entre los primeros cabe contar a Julio Herrera, González Roura y el mismo Moreno. Entre los segundos, a Ramos, Peco, Jiménez de Asúa y Coll[73]. En general, de la filiación científica de sus críticos se puede deducir que las críticas provenían del campo positivista, sin perjuicio de reconocer algunas fundadas opiniones técnicas, especialmente en los delitos en particular. No nos ocuparemos aquí de estas críticas que, en general, se hallan científicamente superadas.

Una crítica insistente fue la de Ramos, quien centró sus argumentos frecuentemente contra Herrera. Decía Ramos que éste, por no conocer alemán, no se había adentrado en las nuevas tendencias de Alemania, Austria y Suiza, a lo que atribuyó lo que llamaba "discordancias doctrinarias y técnicas" del código de 1921. Decía que si Herrera hubiese conocido las obras de Grispigni o de Prins, "se hubiese internado en el hondo problema de las medidas de seguridad, que venían a sacudir el edificio de los conceptos clásicos sobre la función de un código preventivo-represivo"[74]. La crítica de Ramos es infundada, porque los largos trabajos de elaboración de la reforma suiza se hallan en tres idiomas y no sólo en alemán, sin contar con que desde 1916 se conocía en castellano la línea principal de la reforma suiza[75]. Las conferencias de Herrera en 1922, demuestran claramente que conocía esas tendencias[76]. Podemos dar gracias a Dios de que Herrera haya opuesto su sana intuición y fino sentido común al embate positivista y, particularmente, a la autoritaria proliferación de "medidas de seguridad" que, en definitiva, tuvieron su máxima consagración en el código fascista de 1930[77].

IV. - PROYECTOS DE REFORMAS AL CÓDIGO DE 1921

87. **Los proyectos de estado peligroso.** Ante la presión positivista —a la que por entonces se sumaba Jiménez de Asúa— el Poder Ejecutivo nombró una comisión por decreto del 25 de julio de 1923, que sobre la base de un proyecto redactado por Eusebio Gómez, elaboró un proyecto definitivo por el que se le incorpo-

[73] Sobre ello, PECO, *La reforma penal argentina*, cit.; del mismo, *La reforma penal en el Senado de 1933*, Bs. As., 1936, pp. 23 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Código Penal Argentino y los proyectos reformadores ante las modernas direcciones del derecho penal*, Buenos Aires, 1943; RAMOS, JUAN P., *Prólogo* al anterior; RAMOS, JUAN P., en RAFFO DE LA RETA-DE TOMASO, op. cit., I, 221-281; COLL, JORGE EDUARDO, en el mismo, pp. 308-352; GONZÁLEZ ROURA, en el mismo, 289 y ss.; etc.

[74] RAMOS, JUAN P., *Conferencias sobre el derecho penal argentino pronunciadas en la Universidad de Roma entre el 10 y el 23 de enero de 1929*, Buenos Aires, 1929.

[75] JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *La unificación del Derecho Penal en Suiza*, Madrid, 1916.

[76] HERRERA, JULIO, *Conferencias pronunciadas los días 28 de junio y 4 de julio por el Dr. ...*, Buenos Aires. setiembre de 1922 (en la p. 28 cita el referido estudio de Jiménez de Asúa).

[77] Sobre el origen de esas medidas en Europa, además de lo que hemos expuesto, puede verse el completo estudio de ENZO MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva, Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978

raba al código penal un título XII "bis" bajo el nombre de "Del estado peligroso", con un sistema de "medidas", que incluían "establecimiento especial", reclusión por tiempo indeterminado, detención en casa de trabajo y expulsión de extranjeros, y a las que se sometían inimputables, enfermos mentales, multirreincidentes, vagos y mendigos habituales, ebrios, toxicómanos, "los que vivan o se beneficien del comercio sexual" y "los que observen una conducta desarreglada y viciosa, que se traduzca en la comisión de contravenciones policiales, en el trato asiduo con personas de mal vivir, o delincuentes conocidos, o en la frecuentación de lugares donde se reúnan los mismos o en la concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos" [78].

Este proyecto, conocido como "proyecto de ley de estado peligroso", fue remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso el 3 de setiembre de 1924, no habiendo tenido ninguna resonancia, como que de su mismo enunciado escueto resulta su violento choque con las más elementales garantías constitucionales. La reincidencia en materia contravencional, juzgada por la policía, pasaba según este proyecto, a convertirse en un delito y, por añadidura, se convertía en delito el "vicio", el "desarreglo" en la conducta, es decir, que creaba un verdadero tipo de "delito ético" sin contorno alguno.

Paralelamente a la elaboración de este inconstitucional proyecto, la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, presidida por Moreno e integrada por Antonio de Tomaso, Miguel A. Aráoz, Leopoldo Bard, Edgardo J. Míguez y Manuel Pinto (h.), siguió trabajando en la elaboración de proyectos de leyes para completar la reforma penal, y así elaboró las "Bases para la redacción de un nuevo código de procedimientos en lo criminal", un proyecto de "Ley carcelaria", un proyecto de creación de patronato de liberados, ley sobre construcciones carcelarias, registro de reincidentes, etc., que no obtuvieron sanción, pero que, de haberla obtenido, hubiesen ahorrado muchos años de esfuerzos perdidos [79]. Como antecedentes de estos proyectos obran los

78 V. SEEBER, RICARDO, *Exposición de motivos*, y el correspondiente "proyecto de 1924 sobre estado peligroso integral", en "Boletín de la Biblioteca Nacional de Criminología y Ciencias afines", año III, nº 1, julio de 1928, pp. 34-40. Sobre éste y los posteriores proyectos peligrosistas, RUÍZ FUNES, MARIANO, *Tres experiencias democráticas de legislación penal*, Madrid, 1931, pp. 17-104; del mismo, *La peligrosidad y sus experiencias legales*, La Habana, 1948, pp. 293-352.

79 V. Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, *Trabajos de la Comisión*, Bs. As., 1925, pp. 115 y ss.

presentados por Rodolfo Moreno (h.) sobre sistema carcelario, construcciones carcelarias, registro de reincidentes, patronato de liberados y vagancia y mendicidad [80]. Todo esto revela que Moreno emprendió la tarea de unificar criterios con sentido práctico y respetuoso de la Constitución, encarando una reforma de todo nuestro sistema penal y no sólo del código. Lamentablemente, el resto de esa reforma se frustró y el mismo Moreno encaró otras tareas de incumbencia política.

Reorganizada la "Comisión de leyes complementarias del Código Penal" con la participación de Ricardo Seeber, Eusebio Gómez, Rodolfo Moreno, Juan P. Ramos, Nerio Rojas, Luis Magnanini y Carlos de Arenaza, el 9 de diciembre de 1926 produjeron un nuevo proyecto de "ley sobre el estado peligroso de los delincuentes" [81] que— a diferencia del proyecto de 1924— sólo se ocupaba de la peligrosidad postdelictual, propugnando una reforma sustancial de los arts. 34, 35, 40, 41, 51 y 52 del código penal.

En mayo de 1928 el Poder Ejecutivo envió al Congreso el proyecto de 1926 con algunas reformas [82]. En este proyecto se reconoce la necesidad de deslindar la peligrosidad delictual de la predelictual y, al mismo tiempo, se remite al Congreso otro proyecto sobre estado peligroso sin delito, que había sido elaborado por Carlos de Arenaza, Eusebio Gómez, Nerio Rojas y Ricardo Seeber, actuando como secretario Horacio Turdera [83]. Cabe agregar que, pese a que el Ejecutivo había aceptado el criterio de escindir el primitivo proyecto integral de "estado peligroso" de 1924 en dos proyectos (uno que era el de estado peligroso "delictual" de 1926 y otro predelictual, de 1928) al hacer proyecto a estos documentos, remitiendo ambos al Congreso el 30 de mayo de 1928, aclaraba que "la Comisión salva —y el Poder Ejecutivo con ella— el concepto de integralidad del estado peligroso, en sus distintos aspectos, ya sean extraños o inherentes al delito, como único criterio científico para las leyes defensivas de la sociedad" [84]. No ha debido ser ajena la

[80] *Legislación Penal y Carcelaria. Proyectos presentados por el Sr. Diputado Dr. Rodolfo Moreno (h.)*, Buenos Aires, 1922.

[81] La "Exposición de Motivos" la firman Arenaza, Gómez, Moreno, Ramos, Rojas y Magnanini" ("Boletín de la Biblioteca de Criminología y Ciencias afines", I, 4, abril de 1927, pp. 341-378).

[82] V. la nota de remisión firmada por Alvear y Antonio de Sagarna en "Boletín", cit., pp. 87-88.

[83] *Proyecto de 1928 sobre el "estado peligroso sin delito"*, en "Boletín", cit., pp. 77-86.

[84] "Boletín", cit., p. 87. Sobre estos proyectos, PECO, José, *Examen del proyecto del ley sobre el estado peligroso de los delincuentes*, en "Revista Penal Argentina", VII, 252.

situación institucional y la oposición del Presidente Yrigoyen a la peligrosidad sin delito, a que no se volviese seriamente sobre el tema hasta 1932.

El 29 de noviembre de 1932, el Poder Ejecutivo envió al Senado un proyecto de ley en que insistía —con ligeros retoques— en los proyectos de 1928 y anuncia el envío de otro proyecto modificatorio del código penal y complementario del que remite. Este segundo lo envió el 6 de diciembre de 1932, proponiendo la modificación de los arts. 49, 65, 67, 126, 142, 166, 167, 168, 170, 209, 210, 230 y 244 del código penal [85]. El proyecto se discutió en el Senado al año siguiente y la Comisión introdujo grandes reformas al mismo en su despacho, entre las que restablecía la pena de muerte, que podía ser ejecutada por electrocución (silla eléctrica). Este despacho fue sancionado por la Cámara de Senadores y, afortunadamente, no obtuvo sanción en Diputados.

El proyecto de reforma fue informado en la Cámara por el senador Arancibia Rodríguez y contó con la oposición del senador Palacios. La opinión doctrinaria del país estuvo casi unánimemente en contra de la misma, tanto por el procedimiento seguido como por su fondo. La crítica más pormenorizada —y que recoge las restantes— la llevó a cabo Peco [86]. Se trataba de una apresurada reforma, que perseguía objetivos intimidatorios y que inauguró la pésima senda de reformas sorpresivas e impremeditadas, que tantas veces se siguió posteriormente sin resultado positivo alguno.

En 1961, Nerio Rojas hace el último intento de introducir el estado peligroso, con un tardío proyecto de "Prevención y defensa de la colectividad contra personas peligrosas", que no fue tratado [87].

88. **El proyecto de 1937.** Por decreto del 19 de setiembre de 1936, se designó a los profesores Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez para que redactasen un proyecto de Código penal. Los nombrados elevaron su trabajo al Ministerio de Justicia e Instrucción Pública el 8 de julio de 1937 [88].

85 *Diario de Sesiones*, 1932, II, pp. 617-618 y 668-9.

86 PECO, José, *La reforma penal en el Senado de 1933*, Bs. As., 1936.

87 Sobre ello, en acertado sentido crítico, TERÁN LOMAS, ROBERTO A. M., en JA del 29-X-1971.

88 *Proyecto de Código Penal para la República Argentina. Redactado en cumplimiento del Decreto del 19 de setiembre de 1936 y precedido de una exposición de motivos por los Dres. Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez*, Buenos Aires, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1937.

El proyecto constaba de 393 artículos, de los cuales 114 correspondían al LIBRO PRIMERO, *Disposiciones generales*, dividido en diez títulos: I, Aplicación de la ley; II, El delito; III, El delincuente; IV, Régimen de la minoridad; V, De las sanciones; VI, De la imposición de las sanciones; VII, Condena de ejecución condicional; VIII, Reparación de perjuicios; IX, De las acciones, y X, Extinción de las acciones y omisiones. El LIBRO SEGUNDO, *De los delitos*, se dividía en catorce títulos: I, Delitos contra las personas; II, Delitos contra la honestidad; III, Delitos contra el Estado Civil; IV, Delitos contra la libertad; V, Delitos contra los derechos intelectuales; VI, Delitos contra el patrimonio; VII, Delitos contra la seguridad pública; VIII, Delitos contra la seguridad de la Nación; IX, Delitos políticos; X, Delitos contra el orden público; XI, Delitos contra el sentimiento nacional; XII, Delitos contra la administración pública; XIII, Delitos contra la fe pública, y XIV, Delitos contra el comercio, la industria y la economía pública.

El proyecto prescribía normas acerca de la concausa y el error en la persona, como también acerca de la participación en delito culposo. En el capítulo del delincuente trataba por separado las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad, y en su art. 20 establecía una clasificación de los delincuentes: "En razón de las circunstancias previstas en los arts. 17 y 18 de este código y de las que puedan resultar por aplicación del art. que antecede, el tribunal establecerá, de una manera fundada, la relación existente entre el delito cometido y las condiciones personales de su autor, para determinar: a) Si cometió el delito cediendo, exclusivamente, a una ocasión especial y transitoria; b) Si cometió el delito en el ímpetu de una pasión social o en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieron excusable; c) Si cometió el delito en estado de alienación mental, grave anomalía psíquica, inconsciencia completa o intoxicación crónica de alcohol, drogas o estupefactivos; d) Si la naturaleza y modalidades del delito o delitos cometidos, los motivos determinantes o las condiciones personales, demuestran su índole criminal; e) Si con la comisión de dos o más delitos anteriores, no culposos, y consideradas las mismas circunstancias y el género de vida llevado, demuestra haber adquirido el hábito de delinquir o su tendencia a vivir, aunque sólo sea en parte, de los provechos del delito; f) Si antes fue condenado, en el país o en el extranjero, por otro delito, que no sea militar o político, aunque hubiere mediado indulto o conmutación; y si la reincidencia, tenidas en cuenta las circunstancias especificadas en los

dos parágrafos anteriores, lo presenta como un sujeto peligroso." Como es dable observar, no relevaba la inimputabilidad sino como una característica del autor.

El sistema de "sanciones" se componía de reclusión, prisión, internación manicomial o establecimiento de tratamiento, expulsión del país, inhabilitación y multa. Reincorporaba el régimen de menores al código penal.

La filiación doctrinaria del proyecto era contundentemente positivista. "No podíamos sustraernos, desde luego —dice la Exposición—, a la influencia de las ideas que forman el ambiente jurídico-penal de la época. Las instituciones que procuran la defensa social contra el delito han sido aceptadas, ya, por todas las leyes de carácter penal que rigen en Europa y en América. Los proyectos legislativos elaborados en los últimos tiempos, siguen, sin discrepancia, la misma corriente. Las ardorosas contiendas de escuelas han cesado. Domina un solo ideal, que es, al propio tiempo, el credo científico de la hora. Ese ideal no es otro que el de la paz y la seguridad colectiva, eternamente turbadas por el estallido incesante del crimen. Considerado, éste, como un fenómeno natural y social, mediante la admisión, confesada o no, del método fecundo que preconiza la escuela positiva, los métodos de lucha no acusan divergencia" [89].

Al redactarse el art. 298 (instigación a cometer delitos), surgió una seria divergencia entre los autores, pues Coll quería introducir una disposición que tuviese por objeto combatir al anarquismo y al comunismo, aunque no así al fascismo ni al nazismo, pues, afirmaba: "no es posible confundir ni tratar con los mismos principios jurídicos actos de propaganda que tiendan a destruir esos principios esenciales y otros hechos o ideas, que si bien alteran o intentan alterar el orden político, como es el llamado fascismo, se propone ampararlos y, precisamente, busca con su acción protegerlos mejor" [90]. Gómez dejó planteada su disidencia [91].

El proyecto fue remitido a la Cámara de Diputados por el Poder Ejecutivo el 27 de agosto de 1937, pero nunca se trató [92].

89. **El proyecto de 1941.** José Peco, que a la sazón era diputado nacional, presentó a la Cámara, el 25 de setiembre de 1941, un proyecto de código penal que había elaborado sin comisión oficial alguna.

89 *Exposición de Motivos*, pp. III y IV. Las opiniones sobre este proyecto se hallan reunidas en el volumen titulado *Estudios y documentos para la reforma penal*, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1941

90 *Exposición*, p. L.

91 Ídem, pp. LIII y LVI.

92 Sobre este proyecto: JUAN SILVA RIESTRA, *El proyecto Coll-Gómez de Código Penal*, en "Rev. Penal y Penit.", V, 1940, p. 347.

El proyecto contaba con 384 artículos, de los que 110 correspondían al LIBRO PRIMERO, *Disposiciones generales*, dividido en tres títulos: Aplicación de la ley penal, el delito y el delincuente y la sanción. El LIBRO SEGUNDO abarcaba cinco secciones subdivididas en títulos: 1ª Delitos contra los bienes jurídicos de los particulares (delitos contra la vida y la integridad corporal, contra el honor, contra el patrimonio, contra la libertad, contra las buenas costumbres); 2ª Delitos contra los bienes jurídicos de la familia; 3ª Delitos contra los bienes jurídicos de la sociedad (delitos de peligro común contra personas o bienes jurídicos indeterminados, contra la fe pública, contra la economía pública, el comercio y la industria, contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos, contra la paz pública); 4ª Delitos contra los bienes jurídicos del Estado (contra la personalidad del Estado, contra la voluntad popular, contra la administración pública, contra la administración de justicia); 5ª Delitos contra los bienes jurídicos de la comunidad de los Estados.

El proyecto consideraba causas de inimputabilidad la violencia moral y el trastorno mental transitorio y causas de inculpabilidad el error fáctico y la obediencia jerárquica. En el capítulo acerca de la peligrosidad preveía la internación del que "padeciere de enajenación mental, o de trastorno mental transitorio de índole patológica o de intoxicación crónica producida por el alcohol, drogas o estupefacientes", art. 30. Al igual que el proyecto de 1937, incluía el régimen de menores en el código penal. La sanción se individualizaba de conformidad con la peligrosidad, art. 77, y la mayor o menor peligrosidad del delincuente se determinaba: "1º) Por su personalidad antropológica o psíquica; 2º) Por la calidad de los motivos personales, familiares y sociales; 3º) Por la mayor o menor gravedad y las modalidades del delito, antes, durante y después de su ejecución; 4º) Por su conducta, antes, durante y después del delito", art. 34.

El sistema de "sanciones" se componía de "sanciones" penales, accesorias, curativas, educativas, eliminatorias y civiles. Las "sanciones penales principales" eran la reclusión, la prisión y la multa, y las "accesorias", la multa accesoria, la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial, el decomiso y la publicación de sentencia. Las "sanciones curativas" eran la internación en manicomio o establecimientos especiales y en establecimiento adecuado para menores deficientes o enfermos. Las "sanciones educativas" eran la libertad vigilada y la internación en un establecimiento educativo. Las "sanciones eliminatorias" consistían en internamiento y reclusión en un paraje de los territorios del sur. Las "sanciones civiles" eran la responsabilidad civil y las costas procesales. Admitía el perdón judicial, art. 80.

Peco acompañó su proyecto con una extensa Exposición de Motivos[93] y él mismo se ocupó, en la introducción, de fijar su filiación doctrinaria, calificando al proyecto de "neo-positivista".

En la misma expresa: "El proyecto de código penal que he compuesto es de corte neo-positivista. Un código penal no es una construcción teórica original, ni es ajena a las banderías científicas. A menudo se pregona en las exposiciones de motivos la neutralidad ideológica del proyecto o del código. Ni clásico, ni positivista. Sin embargo, un proyecto o un código no es sino la sistematización jurídica de los principios centrales de una escuela adaptado a los coeficientes políticos sociales de un determinado país en un clima histórico dado. Cada escuela dota a los proyectos o códigos de tónica distinta. El código italiano de 1889 es clásico, el proyecto italiano de 1921 positivista, el código italiano de 1930 ecléctico. Un código clásico moderno podrá avecindar episódicamente una disposición positivista. Un proyecto posivista podrá instaurar algún articulado clásico. Pero las ideas centrales no pueden ceder sino a una u otra filiación científica. Por descuidar este concepto tan fundamental se cae en principios científicos contradictorios o en ilaciones jurídicas incoherentes, como acaece con el código penal argentino de 1922. A veces se arriba a componendas doctrinarias y por ende, a contemporizaciones jurídicas, a la manera de las más de las legislaciones contemporáneas. Secuaz de la doctrina neo-positivista, el proyecto recibe los principios fundamentales de la defensa social, la sanción para todo delito o autor de hecho considerado como delito, la peligrosidad criminal y el arbitrio judicial, como base de la reforma penal argentina, sin mengua de la construcción de la teoría jurídica del delito"[94].

El proyecto de José Peco, al igual que el de 1937, no fue tratado por el Congreso[95].

90. **El proyecto de 1951.** Algunos proyectos de reformas parciales, entre ellos un proyecto de "ley complementaria del código penal", fueron elaborados por el Instituto Argentino de Estudios Legislativos[96], aunque no tuvieron éxito. En lugar, en 1951, tuvo

93 PECO, JOSÉ. *Proyecto de Código Penal, Exposición de Motivos. Presentado a la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, el 25 de setiembre de 1941*, La Plata, 1942. (Hay una edición hecha en la Imprenta del Congreso de la Nación en 1943.)

94 Idem, pp. 28-29.

95 V. MILLÁN, ALBERTO S., *Ideas jurídico-políticas de José Peco a través de su proyecto de código penal*; ALFREDO MASSI, *Influencia del Proyecto de 1941 en la legislación penal*, ambos en "Homenaje a José Peco", La Plata, 1974, pp. 273 y 243, respectivamente.

96 V. FRÍAS, JORGE H., *Proyecto de ley complementaria del Código Penal reglamentando el régimen de libertad condicional*, en "Rev. Penal y Penitenciaria", 1942, 535; LEVENE (h.), RICARDO, *Los proyectos de reincidencia, habitualidad y condena de ejecución condicional de la Sección de Derecho Penal del Instituto Argentino de Estudios Legislativos*, en "Revista de Psiquiatría y Criminología", 1947, setiembre-octubre, p. 273.

lugar un proyecto de reforma integral del código penal. Este proyecto fue obra del Prof. Isidoro De Benedetti y el Poder Ejecutivo lo remitió al Congreso el 1º de agosto de 1951, no siendo considerado en las Cámaras.

El proyecto de 1951 mantenía aún un marcado corte positivista, aunque mitigando notoriamente la ortodoxia del proyecto de 1937. Con toda claridad se expresaba en los considerandos de la remisión: "Pero cuando el hecho delictuoso se hubiese producido, su significado dependerá no sólo de la transgresión que importe para el orden jurídico positivo, sino —y sobre todo— en cuanto sea un síntoma de determinada forma de la personalidad de su autor."

El texto contaba con 539 artículos, distribuidos en dos libros, de los que el primero —de 166 artículos— se dividía en nueve títulos: I, De la aplicación de la ley penal; II, Del delito; III, Del delincuente; IV, De las sanciones penales; V, De la reparación de los perjuicios; VI, De las acciones; VII, De la extinción de las acciones y sanciones; VIII, De los menores, y IX, Significación de términos. El Libro Segundo se dividía en catorce títulos: I, De los delitos contra la vida y la integridad de las personas; II, De los delitos contra el honor; III, De los delitos contra la libertad; IV, De los delitos contra el patrimonio; V, De los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres; VI, De los delitos contra la familia; VII, De los delitos contra el sentimiento religioso y la piedad hacia los difuntos; VIII, De los delitos contra la fe pública; IX, De los delitos contra la seguridad pública; X, De los delitos contra la tranquilidad pública; XI, De los delitos contra la economía pública, la industria y el comercio; XII, De los delitos contra la seguridad de la nación; XIII, De los delitos contra la administración pública, y XIV, De los delitos contra la administración de justicia.

En el Título II del Libro Primero, *Del delito*, se ocupaba de la relación causal, art. 12; considerando como "formas del delito" al doloso, culposo, instantáneo, permanente, continuado, habitual, y a la tentativa, al desistimiento, al delito imposible y al error en la persona, arts. 13 a 22. Como causas de justificación consideraba al ejercicio de un derecho, al cumplimiento de un deber, a la legítima defensa y al estado de necesidad, arts. 23 a 26. Como causas de inculpabilidad entendía al error, que dividía en error de hecho y de derecho, arts. 28 y 29. En cuanto al error juris disponía que "la sanción podrá ser libremente atenuada por el tribunal respecto de quien cometiere o intentare cometer un delito, si hubiere tenido razones suficientes para creerse con derecho a obrar. El juez podrá asimismo otorgarle perdón judicial", art. 29. Sistematizaba las excusas absolutorias en la parte general, incluyendo entre ellas algunos supuestos que para nosotros son causas de inculpabilidad (encubrimiento entre parientes, por ejemplo). No-

contemplaba la necesidad justificante en forma separada de la inculpante, puesto que la necesidad justificante no requería del mal menor sino 'racional proporcionalidad entre la conducta y el mal que se quisiere evitar, art. 24. Consideraba que las fundaciones, asociaciones y sociedades podían ser autoras de delitos, art. 47.

Establecía el siguiente sistema de "sanciones penales": prisión, multa, inhabilitación, cancelación de la inscripción en los registros públicos de comercio, cancelación de la personería jurídica o de la autorización para que una persona jurídica extranjera actúe en el país; publicación de sentencia y comiso, art. 69, estableciendo, además, una sanción accesoria para la reincidencia y multirreincidencia y la internación manicomial para inimputables.

La pena se individualizaba atendiendo "a la personalidad de su autor, de acuerdo a su peligrosidad", art. 53. A tal efecto señalaba los caracteres y circunstancias que debían tomarse en cuenta, indicando por separado los índices de mayor y de menor peligrosidad, arts. 54 y 55. El art. 62 preveía el perdón judicial[97].

91. **El proyecto de 1953.** En el área del Poder Ejecutivo se resolvió elaborar otro proyecto y por decreto de 1952 se designó a los profesores Ricardo Levene (h.), Horacio S. Maldonado y Francisco P. Laplaza. El profesor Laplaza, que era Director del Instituto de Derecho Penal de la Dirección de Institutos del Ministerio de Justicia de la Nación, cesó en sus funciones algún tiempo después de comenzada la labor y, a poco, el profesor Maldonado pasó a desempeñar otras tareas, lo que le impidió seguir trabajando en el proyecto, cuya redacción definitiva quedó a cargo del profesor Levene. El proyecto fue presentado por éste en 1953 y publicado por el Ministerio de Justicia en edición a multicopiador. Conforme a los índices de los diarios de sesiones de las Cámaras de Senadores y Diputados de los años 1953, 1954 y 1955, el proyecto no registra entrada en las mismas.

El proyecto constaba de 431 artículos, divididos en dos libros. El *Libro Primero*, que abarcaba 131 artículos, se subdividía en cinco secciones: Primera, Aplicación de la ley penal; Segunda, El delincuente; Tercera, El delito; Cuarta, Sanciones (dividida en cinco títulos: I, penas; II, medidas de seguridad; III, disposiciones comunes; IV, extinción de las sanciones; V, reparación del daño; VI, rehabilitación y error judicial); Quinta, La acción pe-

[97] República Argentina, Ministerio de Justicia de la Nación, *Código Penal. Proyecto del Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, Dirección General de Publicaciones, Biblioteca y Archivo, 1951.

nal. El *Libro Segundo* se dividía en cinco secciones, subdivididas en títulos y capítulos. La primera, comprendía los delitos contra la persona; la segunda, los delitos contra la familia; la tercera, los delitos contra la sociedad; la cuarta, los delitos contra la Nación, y la quinta, los delitos contra la comunidad de las naciones.

Excluía la acción por caso fortuito, fuerza mayor y fuerza física irresistible, art. 20. Consagraba la teoría de la causalidad adecuada, art. 21. Eximía de pena el desistimiento voluntario sólo cuando el autor no revelase peligrosidad, art. 23. Consagraba el principio de que no hay delito sin bien jurídico afectado, art. 25. Como excluyentes "de ilicitud" consideraba al cumplimiento de deber, al ejercicio de derechos, al estado de necesidad, a la legítima defensa y al consentimiento. Consideraba al dolo y a la culpa como formas de culpabilidad y exigía para el dolo la "comprensión de la ilicitud". Como causas excluyentes de culpabilidad consideraba la coacción, la inexigibilidad de otra conducta y el error de hecho excusable. Como atenuantes de la culpabilidad preveía la obediencia jerárquica y el error de derecho.

En carácter de penas principales legislaba la prisión, la multa, la inhabilitación, y como penas accesorias, la multa accesoria, la inhabilitación absoluta accesoria, la inhabilitación especial accesoria, la pérdida o suspensión de la patria potestad, tutela y curatela, la pérdida de la ciudadanía y la expulsión de extranjeros. Para la individualización de las penas se establecía que "dentro de los límites que la ley establece, la pena se impondrá adaptándola, en su especie y medida, a la índole del delito cometido y a la peligrosidad del agente", art. 64. Los criterios a tomarse en cuenta para la peligrosidad son tratados en la sección correspondiente al delincuente, art. 9º. Como medidas de seguridad se preveían "medidas para inimputables peligrosos, bebedores habituales, toxicómanos y homosexuales" y "medidas para reincidentes, reiterantes y habituales". Establecía una indemnización por error judicial, que estaría a cargo del Estado, en beneficio del condenado o de sus herederos, arts. 118 y 119. Admitía el perdón judicial, art. 66.

El régimen de menores no se incluía en el código penal, sino que se reservaba a una ley complementaria, adjunta al proyecto y que constaba de ocho artículos, que guardan alguna similitud con el régimen posteriormente establecido en la ley 14.394.

En el curso de estas tentativas de reforma, el auge del embate positivista contra el código de 1921 fue decayendo. Los proyectos

de estado peligroso y el proyecto de 1937 marcan su máximo grado de intensidad, que se va opacando progresivamente en los proyectos de 1941, 1951 y 1953, teniendo el último un tinte positivista bastante desdibujado, pese a las numerosas referencias a la peligrosidad que conserva.

92. **El proyecto de 1960.** El 13 de octubre de 1958, por decreto 7292, el Poder Ejecutivo aprobó el convenio celebrado entre el Ministerio de Educación y Justicia de la Nación y el Dr. Sebastián Soler, para la redacción de un proyecto de código penal. En virtud de lo dispuesto por el art. 2º del citado decreto, que se publicó en el Boletín Oficial del 27 de diciembre de 1958, se invitaba a designar representantes a la Corte Suprema, a las Facultades de Derecho de tres Universidades Nacionales (a las que se agregó una cuarta por decreto 9683 del 7 de noviembre de 1958), a la Federación Argentina de Colegios de Abogados y a la Sociedad Argentina de Criminología, "a fin de constituir una comisión asesora, consultiva y revisora para proporcionar al redactor del código penal de la Nación un informe con las cuestiones que considere necesarias contemplar y las soluciones que estime procedentes". Por resolución ministerial del 31 de octubre de 1958 —y a solicitud del redactor— se designó a Eduardo H. Marquardt y a Luis C. Cabral "para que actúen como secretarios ad hoc y lo secunden en la tarea de recopilación y compulsa de antecedentes legislativos y jurisprudencia, tanto del país como del extranjero". El 31 de marzo de 1960, Soler elevó al Ministerio su anteproyecto, que fue sometido a la comisión respectiva, que había quedado formada por Enrique Ramos Mejía (Poder Judicial de la Nación), José Peco (Universidad de Buenos Aires), Ernesto Gavier (Universidad de Córdoba), Jorge Frías Caballero (Universidad de La Plata), Ernesto J. Ure (Colegio de Abogados), Osvaldo Loudet (Sociedad de Criminología) y Jaime Prats Cardona (Universidad del Litoral). La Comisión expresaba que "en general, el proyecto merece nuestra adhesión", y proponía una planilla de modificaciones, aconsejando su aprobación con las mismas. Por nota separada, también Peco aconsejaba su sanción. Ambas notas fueron elevadas al Ministerio el 20 de octubre de 1960. Soler respondió la nota de la Comisión aceptando algunas modificaciones y rechazando otras. Con las modificaciones introducidas quedó conformado el proyecto definitivo, que el Poder Ejecutivo remitió al Congreso. La Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación lo so-

metió a una encuesta con sesiones públicas, a las que el autor respondió [98].

El proyecto constaba de 373 artículos, de los que 109 pertenecían a la parte general, que se dividía en siete títulos: I, La ley penal; II, El delito; III, El autor; IV, Penas; V, Medidas de seguridad; VI, Ejercicio de las acciones, y VII, Extinción de las acciones y de las penas. La parte especial constaba de diez y siete títulos: I, Delitos contra la vida y la integridad personal; II, Delitos contra el honor; III, Delitos contra el pudor y la moralidad sexual; IV, Delitos contra la familia; V, Delitos contra la libertad; VI, Delitos contra el ámbito de intimidad; VII, Delitos contra la propiedad; VIII, Delitos contra la buena fe en los negocios; IX, Delitos contra la seguridad común; X, Delitos contra la tranquilidad pública; XI, Delitos contra la seguridad de la Nación; XII, Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional; XIII, Delitos contra la voluntad popular; XIV, Delitos contra la autoridad pública; XV, Delitos contra la administración de justicia; XVI, Delitos contra los deberes de la función pública, y XVII, Delitos contra la fe pública.

En el delito se ocupaba del tiempo, lugar y forma del hecho, previendo aquí la posición de garante respecto de la omisión (art. 10). Distinguía la tentativa de la frustración. Como causa de justificación consideraba el cumplimiento de la ley, el estado de necesidad y la legítima defensa. Como causas de inculpabilidad consideraba al error —de hecho y de derecho—, a la coacción y a la necesidad exculpante. Contemplaba la imputabilidad disminuida y también contenía una disposición especial sobre la *actio libera in causa*. En cuanto al sistema de penas, las dividía en principales y accesorias: las primeras eran la reclusión, la prisión y la multa; las segundas, las inhabilitaciones, absoluta y especial. Como medidas de seguridad preveía la internación de inimputables, la de semiimputables no peligrosos y peligrosos y la reclusión por tiempo indeterminado de delincuentes habituales o por tendencia.

El proyecto de 1960 mereció una gran cantidad de críticas, tanto en sentido elogioso como detractivo, debiendo reconocerse que

98 Los resultados de la encuesta en *Síntesis de observaciones formuladas y modificaciones propuestas en la encuesta realizada sobre el proyecto de Código Penal del Poder Ejecutivo —año 1960—. Respuesta y modificaciones del autor del Anteproyecto, Dr. Sebastián Soler*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1962. El resto de los materiales está publicado en "Cuadernos de Ciencia Penal y Criminología" del Instituto homónimo de la Universidad Nacional del Litoral, nº 6, *El proyecto de Código Penal del Dr. Sebastián Soler y sus antecedentes*, Santa Fe, 1964, 355 pp. El proyecto original: Cámara de Diputados de la Nación, Comisión de Legislación Penal, *Proyecto de Código Penal, enviado por el Poder Ejecutivo al H. Congreso de la Nación, el 10 de noviembre de 1960*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1961.

las hubo de calidad muy dispar [99]. Producida la disolución de las Cámaras en 1962, el tratamiento del proyecto en el Congreso quedó interrumpido.

93. **Los proyectos de parte general de 1973 y 1974.** Por resolución ministerial del 25 de octubre de 1972, se designó una Comisión para que proyectase un código penal, integrada por Sebastián Soler, Eduardo Aguirre Obarrio, Eduardo H. Marquardt y Luis C. Cabral. El resultado de sus trabajos consistente en un proyecto de parte general, fue publicado varios años después [100].

El proyecto se componía de 111 artículos, distribuidos de la siguiente manera: Título I, *La ley penal*; Título II, *El delito* (Capítulo I, Lugar, tiempo y forma del hecho; Capítulo II, Tentativa; Capítulo III, Causas de justi-

[99] Además de las ya indicadas, las que señalamos en "Anuario de Derecho Penal y Criminología", Instituto de Derecho Penal, Univ. Nac. de Bs. As., BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, GALLINO YANZI, VIRASORO, *Dictamen*, Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 1961; JIMÉNEZ DE ASÚA-LAPLAZA, *Comentarios al proyecto de código penal argentino*, Bs. As., 1962; RODRÍGUEZ DEVESA, *El anteproyecto de código penal argentino de 1960 de Sebastián Soler*, en "Anuario de Derecho Penal", Madrid, XIII, 359; AFTALIÓN, ENRIQUE R., *Avalúo del proyecto de código penal de 1960*, en LL del 29-XI-62; BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *La inconstitucionalidad de los arts. 63 inc. 5º y 66 "in fine" del proyecto de código penal elevado por el P. E. a la H. Cámara de Diputados de la Nación*, en LL del 29. agost. 1961; CÁMARA, HÉCTOR, Dictamen presentado a la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, en Cuaderno nº 10 del Instituto de Derecho Penal, Univ. Nac. de Córdoba, 1962; CORDEIRO ÁLVAREZ, ERNESTO, *El proyecto de código penal de Soler y las relaciones económicas*, en LL del 28 y del 30, dic., 1961; CHICHIZOLA, MARIO I., *Reflexiones sobre la reforma penal*, en LL, nov. 14 de 1961; DECOUD, JULIO ARGENTINO, *El código penal argentino, contribución a la historia del derecho penal argentino*, en LL, oct. 21 de 1961; FONTÁN BALESTRA, CARLOS, apéndice a la 4ª ed. de *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Buenos Aires, 1961, pp. 601 y ss.; GAVIER, ERNESTO, *Dictámenes*, en Cuaderno nº 10 del Inst. de Córdoba, cit.; LÓPEZ LASTRA, JULIO E., *El Colegio de Abogados de La Plata frente a la reforma penal*, La Plata, 1961; del mismo, *La no incriminación del incesto en el proyecto Soler*, en LL del 6 de dic. de 1962; MARTÍNEZ PAZ, ENRIQUE, *Dictámenes*, en Cuaderno 10, Córdoba; NÚÑEZ, RICARDO C., en el mismo; ORGAZ, ALFREDO, *De nuevo sobre las cuestiones civiles en la reforma penal*, en JA, junio 12 de 1962; PIZARRO, NÉSTOR, en Cuaderno 10, Córdoba; RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL DE, *Ante la reforma del código penal*, en "El Litoral", Santa Fe, del 10 al 13 de mayo de 1961; MATTES, HEINZ, *Der argentinische Entwurf zu einem Strafgesetzbuch von 1960. Ein Bericht*, en ZStW, 75 (1963), 311 a 358; RODRÍGUEZ VARELA, ALBERTO, *La prostitución en el proyecto Soler*, en JA del 30 de oct. 1961; SCHWARTZ, José L., en Cuaderno 10, Córdoba; antes de la aparición del proyecto, criticando el método seguido para la reforma, NÚÑEZ, RICARDO C., *El sentido de nuestra codificación penal*, Santa Fe, 1959.

[100] *Proyecto de Código Penal de 1973*, en "Cuadernos de los Institutos", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, nº 129 (nº 25 del Instituto de Derecho Penal), 1976, pp. 133 y ss.

ficación; Capítulo IV, Culpabilidad); Título III, *El autor* (Capítulo I, Imputabilidad y sus formas; Capítulo II, Participación); Título IV, *Penas* (Capítulo I, Clases de penas; Capítulo II, Penas privativas de libertad; Capítulo III, Suspensión condicional de la pena de prisión; Capítulo IV, Libertad condicional; Capítulo V, La pena de multa; Capítulo VI, Penas accesorias; Capítulo VII, Consecuencias civiles del delito; Capítulo VIII, Principios comunes para la determinación de las penas; Capítulo IX, Concurso de delitos); Título V, *Medidas de seguridad* (Capítulo I, Imputables y semiimputables; Capítulo II, Delincuentes habituales o por tendencia); Título VI, *Ejercicio de las acciones*; Título VII, *Extinción de las acciones y de las penas.*

En general, el proyecto mejoraba algunos defectos del proyecto de 1960, aunque insistía en la inclusión de categorías dogmáticas y en separar el tratamiento del delito del tratamiento del "autor". Mantenía la distinción entre las penas de reclusión y de prisión, aunque todo lo referente a la forma de ejecución lo derivaba a la ley penitenciaria. La individualización de la pena la hacía tomando en cuenta la gravedad relativa del hecho cometido y la personalidad del autor. En general, y pese a que presenta los defectos de querer resolver cuestiones dogmáticas, de dejar sin un criterio claro la individualización de la pena y de mantener la diferencia entre prisión y reclusión, no dejaba de ser un texto clásico y prudente.

El proyecto no llegó a ser discutido porque en mayo de 1973 el Congreso Nacional sancionó la ley 20.509, que además de derogar casi todas las reformas introducidas al Código Penal desde 1966, dispuso la formación de una comisión reformadora de las leyes penales, que quedó constituída por decreto 480 del mismo año. Esta comisión fue presidida por Jesús E. Porto, actuando Enrique R. Aftalión como vicepresidente, Enrique Bacigalupo como Secretario y Carlos Acevedo, Ricardo Levene (h.) y Alfredo Masi como vocales. Produjo un anteproyecto de la parte general, que fue publicado en los últimos días de 1974 [101], compuesto de 78 artículos y dos disposiciones complementarias.

El texto se halla dividido en nueve títulos, a saber: I, Aplicación de la ley; II, El hecho punible y su autor; III, De las penas; IV, De las medidas de curación, mejoramiento y seguridad; V, De la reparación del perjuicio; VI, De las acciones penales; VII, Extinción de las penas y de las medidas; VIII, Del régimen especial de menores, y IX, Significación de conceptos empleados en el código.

101 *Proyecto de la Parte General del Código Penal. Redactado por la Comisión de Reformas al Código Penal creada por el Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, 1974.

El art. 19 del anteproyecto dice: "Las penas que establece este código persiguen principalmente la reeducación social del condenado. Ellas son, por orden de gravedad, prisión, multa e inhabilitación. La ley de ejecución penal determinará las demás modalidades de su cumplimiento." La prisión tiene una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años. El art. 36 señalaba los siguientes criterios para la individualización de las penas: "Las penas se fijarán atendiendo a la peligrosidad del condenado, conforme a las siguientes circunstancias: a) La naturaleza de la acción, de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; b) La índole de los motivos que lo determinaron a la ejecución del hecho."

Independientemente de las penas, el proyecto preveía "medidas" cuya imposición debería "guardar una razonable proporcionalidad con la peligrosidad del agente", art. 40. Las medidas de curación, mejoramiento y seguridad proyectadas eran las siguientes: "a) Internación en un establecimiento psiquiátrico de curación y cuidado; b) Internación en un establecimiento para alcohólicos y drogadictos; c) Internación en un establecimiento de reeducación social; d) Internación en un establecimiento de seguridad."

El proyecto incluía en su texto el régimen especial de menores, distinguiendo entre menores de 14 años, de 14 a 18 años y de 18 a 21 años. El art. 37 preveía el perdón judicial para delitos cuya pena no excediese de dos años de prisión.

Sobre este texto publicado en los últimos días de diciembre de 1974 se realizó una encuesta, que fue publicada con las correspondientes respuestas de la Comisión y el texto definitivo proyectado por la misma en 1975 [102]. Entre otras cosas, este texto definitivo del proyecto variaba fundamentalmente el criterio para la individualización de las penas: "Las penas se fijarán atendiendo a las circunstancias agravantes o atenuantes particulares del caso y en función de: 1º) La naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño o del peligro causados; 2º) La calidad de los motivos y la peligrosidad del agente para cuya valoración el juez procederá a formar concepto sobre la persona-

102 Congreso de la Nación, *Proyecto de Código Penal. Parte General, redactado por la Subcomisión de Reformas al Código Penal (ley 20.509 y decreto 480/73) con las observaciones formuladas con motivo de la encuesta realizada y las contestaciones de la Subcomisión*, Bs. As., 1975. Se reproduce en los números 1 y 2 de la "Revista Argentina de Ciencias Penales", Buenos Aires, setiembre-diciembre 1975, enero-abril 1976.

lidad de aquél, ..." En el perdón judicial se eliminaba el límite de dos años, pudiendo perdonarse cualquier pena. Con esta redacción definitiva manifestó su disidencia Bacigalupo.

El proyecto presentaba, a nuestro juicio, una serie de defectos, algunos de los cuales puntualizamos en las observaciones que formularámos con motivo de la encuesta realizada. Una de sus fallas más notorias era la fórmula de individualización de las penas en la redacción de 1974. La comisión nos respondió rechazando nuestros argumentos, pero receptando en el fondo el contenido de la observación, porque cambió la fórmula proyectada, elaborando una segunda fórmula en que la peligrosidad quedaba reducida sólo a uno de los criterios, parificado con el de la magnitud del injusto y las motivaciones. La segunda crítica —más de fondo, pues se refería a algo que afectaba toda la estructura del texto proyectado— estaba referida a las medidas, cuyo fundamento y naturaleza es de suyo discutible, pero que se agravaba en el proyecto, puesto que la peligrosidad servía tanto de criterio para la aplicación de las penas como de las medidas. Si bien nos parece inaceptable la dicotomía de penas fundadas en la culpabilidad y medidas fundadas en la peligrosiad, en el proyecto ni siquiera se mantenía ese criterio diferenciador. Por añadidura, las "medidas" proyectadas eran impracticables, por la carencia de establecimientos y personal adecuado. Entendimos en ese momento —y seguimos afirmándolo con toda firmeza— que el proyecto se traducía en una prolongación indebida de penas con el nombre de "medidas", lo que el mismo texto facilitaba al disponer que "mientras se crearan todos los establecimientos penales e instituciones previstas por este código, los jueces encuadrarán la ejecución penal dentro de las posibilidades que permitan los establecimientos existentes y los recursos disponibles", art. 78 ter.

El proyecto fue objeto de numerosas críticas [108]. Las Primeras Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, reunidas en Tu-

[108] NÚÑEZ, RICARDO C., *Un nuevo titular del derecho a la reparación de los perjuicios causados por el delito*, en JA, 28-X-75; del mismo, *Desfiguración de la reparación de perjuicios*, en JA, 19-VIII-75; TERÁN LOMAS, ROBERTO A. M., *La parte general del Código Penal de la República Federal Alemana, comparada con el código penal argentino y sus proyectos de reforma*, en JA, 25-VIII-76; del mismo, *Notas complementarias sobre el proyecto de reformas a la parte general del código penal (1974-1975)*, en JA, 18-II-76; del mismo, *La proyectada reforma de la Parte General del Código Penal*, en JA, 16-V-75; BACIGALUPO, ENRIQUE, *Observaciones*, Comisión de Estudio para la reforma de leyes penales, a multicopiador, 3 pp.; LAJE ANAYA, JUSTO, *Un anteproyecto de medio Código Penal*, en JA, 28-V-75; SEVERO CABALLERO, JOSÉ, *Penas y medidas de seguridad en*

cumán en mayo de 1975, expresaron su disidencia con el mismo. Entre otros conceptos se dijo: "Las reformas acerca de las penas y medidas deben adaptarse a los medios con que se cuenta en el país, sin perjuicio de procurar que el gobierno inicie una eficaz acción tendiente a solucionar los problemas existentes, ya que las reformas en materia de penas y medidas que no cumplimentan el recaudo señalado, se traducen en una disminución de la seguridad jurídica no compensada con beneficio correlativo alguno." También declaraba que "todo lo concerniente al derecho del menor, dado el especial carácter tutelar que lo informa, debe ser objeto de un régimen particular, manteniendo al menor fuera del derecho penal". Con posterioridad, la Federación Argentina de la Magistratura creó una Comisión de Reformas Penales, que se reunió en distintos puntos del país y estableció su sede permanente en Córdoba.

La clausura del Congreso en marzo de 1976 interrumpió la labor legislativa respecto de este proyecto.

Conforme a noticias periodísticas [104], en 1976 se nombró en el área del Ministerio de Justicia una Comisión encargada de redactar un nuevo proyecto de código penal, integrada por Sebastián Soler como supervisor, Luis M. Rizzi como secretario, Luis Cabral y Eduardo Aguirre Obarrio como vocales [105].

V - LAS REFORMAS AL CÓDIGO PENAL DE 1921 Y LAS LEYES PENALES ESPECIALES

94. **Las reformas al código penal de 1921.** En tanto se fue proyectando de la manera expuesta la reforma de nuestra legislación penal, el código de 1921 sufrió una cantidad de modificaciones parciales, que llegaron a ser harto numerosas y de cuyo tratamiento particularizado nos ocuparemos en cada punto concreto. Y como simultáneamente fue aumentando el número de leyes penales especiales y de otras que sin ser penales contienen disposicio-

---

el Proyecto de Código Penal de 1974, en JA, 23-X-75; LEVENE (h.), RICARDO, *Ideas básicas del nuevo proyecto de Código Penal. Parte General*, en LL, 21-VIII-75; BACIGALUPO, *El derecho penal de culpabilidad en el proyecto de Código Penal (Parte General) de 1974*, en NPP, abril-setiembre, 1976; SICARD, HORACIO-LÓPEZ LASTRA, JULIO-VILLADA, JOSÉ LUIS, *Informe del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata sobre reforma de parte general del código penal*, impreso a multicopiador, 7 pp.

104 "La Nación" de Buenos Aires, del 4 de julio de 1976.

105 Sobre la reforma penal, las consideraciones de ENRIQUE R. AFTALION, *Acerca de la reforma penal*, en LL de dic. 5 de 1977.

nes de ese tipo, cabe afirmar que tenemos hoy un derecho penal relativamente codificado, lo que no deja de ser un serio vicio de técnica legislativa.

Durante los primeros cuarenta años las reformas fueron pocas y de escasa significación. En la Parte General, las más importantes corresponden a la ley 14.394, que al establecer un nuevo régimen de menores derogó los artículos 36 a 39, y al decreto-ley 20.942/44, ratificado por ley 12.997, que sustituyó los artículos 52 y 53, sobre reclusión accesoria.

En la Parte Especial, la ley 14.616 modificó los arts. 143 y 144 e incorporó los arts. 144 bis y 144 ter, sobre medidas ilícitas contra detenidos y presos; las leyes 11.309 y 11.331 reformaron los arts. 204 y 205 en materia de alcaloides, y la ley 15.276 sustituyó los arts. 211 y 212, sobre intimidación pública.

En 1962, el Poder Ejecutivo designó una comisión para proyectar reformas al código penal. El trabajo de la misma se publicó en multicopiador por el Ministerio de Educación y Justicia de la Nación[106], siendo suscripto por los Dres. José F. Argibay Molina, Mario A. Oderigo, Angel E. González Millán y Gerardo Peña Guzmán. El referido proyecto contenía alrededor de un centenar de reformas y motivó una agria polémica en torno de la crítica que al procedimiento elegido le formulara el distinguido profesor de Córdoba, Ricardo Núñez[107].

El proyecto de referencia se materializó parcialmente en el decreto-ley 4778 del 12 de junio de 1963[108] que modificó disposiciones sobre reparación de perjuicios, agravación de penas en caso de asociación ilícita, concurso de delitos y extinción de acciones, en la parte general, y sobre homicidio calificado, proxenetismo, robo, defraudación, daños, atentados contra la autoridad, desacato, enriquecimiento ilícito de funcionarios, malversación de caudales

106 Ministerio de Educación y Justicia de la Nación, *Proyecto de reforma del código penal*, Bs. As., 1963; Ministerio de Educación y Justicia de la Nación, Subsecretaría de Justicia, *Informe a la Comisión encargada de la Reforma del código en lo penal*, Bs. As., 1963.

107 NÚÑEZ, RICARDO C., *Reforma del Código Penal (Inadmisibilidad de reformas a ocultas)*, en LL, 110-1038; ARGIBAY MOLINA, *A propósito de una crítica*, en LL, 110-1089; GONZÁLEZ MILLÁN, *En torno a las reformas propiciadas en materia penal*, en la misma, 1113 y ss.; ODERIGO, *Decreto versus simposio*, en la misma, 1118.

108 V. FONTÁN BALESTRA, *Reformas al Código Penal*, Buenos Aires, 1963.

públicos, encubrimiento, evasión y cheques, en la parte especial. También en 1963 se dictaron otros dos decretos modificatorios del código penal: el 778, del 30 de enero de ese año, que estableció un régimen de represión de delitos contra la seguridad de la Nación y contra la seguridad, salud y tranquilidad públicas, derogando, consecuentemente, los artículos 186 a 192, 194, 196, 200, 201 y 214 a 225 del código penal, y el 6601 del 7 de agosto de 1963, que legisló en materia de facturas conformadas y con tal motivo incorporó al código dos disposiciones sin número que continúan vigentes.

Restablecido a los pocos meses el Congreso de la Nación se consultó a Soler, Núñez y Jiménez de Asúa y, conforme a lo aconsejado por Núñez, por ley 16.648, del 13 de noviembre de 1964, se derogaron las reformas establecidas por los decretos leyes 788/63 y 4778/63, incorporándose en su reemplazo disposiciones sobre atentados contra el orden público y enriquecimiento ilícito de funcionarios; se modificaron normas sobre conspiración, revelación de secretos políticos o militares, cohecho, malversación de caudales públicos y cheques sin fondos, aumentándose las penas previstas para los delitos de rebelión, sedición, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas y exacciones ilegales [109].

En 1967, una comisión integrada por Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio, proyectó una reforma que introducía varias ideas del proyecto de 1960. El Poder Ejecutivo, mediante la ley 17.567, del 6 de diciembre de 1967, sancionó y promulgó con fuerza de ley la reforma proyectada, que incorporó 26 artículos nuevos, sustituyó 73, modificó 15, aumentó la pena de 11, actualizó las multas de 22 y derogó 9, lo que hace un total de 156 modificaciones al texto que regía desde 1964, que estaba integrado por 309 artículos. Cabe hacer notar que este proyecto no fue conocido con anterioridad, a efectos de recabar opiniones. Suscitó críticas tanto por el procedimiento de forma como por el contenido, aunque, en cuanto a lo último, justo es reconocer que algunas de las reformas que consagraba eran necesarias, habiendo casi unidad de criterio acerca de las mismas. En cuanto a la crítica del procedimiento legal —la vía de decreto-ley—

[109] V. el mensaje del Poder Ejecutivo y las consultas hechas por la Comisión de la Cámara de Diputados en "Anales de Legislación Argentina", XXIV,c, 1964, 2080 y ss.; Cámara de Diputados de la Nación, Comisiones de Legislación penal y Asuntos Constitucionales, *Derogación de normas penales, Mensaje 2801 y proyecto de ley del Poder Ejecutivo*, Bs. As., 1964.

es una cuestión de teoría del Estado[110]. Por lo que hace a la falta de consulta y discusión previa, se trata de una práctica viciosa, que se inició en 1963 y se repitió en este caso y en 1976. Esta práctica, si tenemos en cuenta la importancia de la reforma, rompe con toda la tradición legislativa anterior de nuestro país. El texto reformado entró en vigencia el 1º de abril de 1968[111].

Con posterioridad se introdujeron nuevos textos legales por leyes 18.701, del 2 de junio de 1970, que estableció pena de muerte para los delitos de privación ilegal de la libertad seguida de muerte, atentados con armas contra las fuerzas armadas o de seguridad y uso ilegítimo de insignias, distintivos o uniformes de las fuerzas armadas o de seguridad para cometer otros delitos; 18.934, del 12 de febrero de 1971, que incorporó el artículo 175 bis, sobre represión de la usura; 18.953, del 17 de marzo de 1971, que introdujo la pena de muerte al código penal; 19.797, del 22 de agosto de 1972, que reprimió la difusión o propaganda de asociaciones ilícitas o subversivas, y 20.043, del 28 de diciembre de 1972, que derogó la pena de muerte.

Restablecido en 1973 el funcionamiento del Congreso Nacional, por ley 20.509, del 27 de mayo de dicho año, fueron derogadas todas las disposiciones no emanadas del Congreso Nacional por las cuales se hubieren creado o modificado delitos o penas de delitos ya existentes, salvo unas pocas excepciones que ratificó expresamente.

Si bien algunos defectos técnicos de que adolece dicha ley crearon dudas acerca de si la derogación comprendía todas las reformas introducidas al Código penal desde 1966, o solamente a las de la Parte especial, creemos que el entendimiento correcto es el de una derogación integral[112].

De este modo, a mediados de 1973 el código penal volvió a tener, casi, la estructura originaria. Por habérsele agregado 8 artículos nuevos y derogado solamente 4, el código tenía entonces 310 artículos,

110 La crítica más virulenta se debió a la pluma de RICARDO C. NÚÑEZ, *El origen bastardo de una reforma*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", nº 1, enero-marzo de 1968, pp. 29 y ss. En cuanto al problema general de la legislación penal introducida por decretos-leyes, FIERRO, GUILLERMO J., *La ley penal y el derecho transitorio*, Buenos Aires, 1978, pp. 17-22.

111 El texto y motivación de esta reforma fue publicado por el Boletín Oficial de la República Argentina, Dirección Nacional del Registro Oficial, separata nº 4/68, año LXXVI, número 21.353, 12 de enero de 1968.

112 Sobre ello, NÚÑEZ, *Manual*, p. 86 nota 18 bis; BARBERO, OMAR U., *¿Dejó sin efecto la ley 20509 las reformas a la parte general del código penal?*, en "Revista del Colegio de Magistrados de Santa Fe", octubre de 1974.

de los cuales 279 mantenían o habían recuperado el texto de 1921 y 31 incluían las reformas sancionadas hasta 1964 por el Congreso Nacional.

Durante el período constitucional subsiguiente, el código penal fue modificado por la ley 20.642, del 28 de enero de 1974, que incorporó cuatro artículos nuevos y modificó diez y siete referidos en su mayor parte a delitos contra la libertad individual y contra la seguridad y la tranquilidad públicas, disponiendo normas similares a las que había derogado la ley 20.509 y elevando las escalas penales de esos y otros delitos. Posteriormente la ley 20.708, del 22 de agosto de 1974, corrigió un error en el texto del artículo 199, y la 20.771, del 3 de octubre del mismo año, sobre tráfico y tenencia de estupefacientes, modificó los artículos 77, 204 y 205.

Clausurado nuevamente el Congreso Nacional, el Poder Ejecutivo de facto sancionó la ley 21.338, del 25 de junio de 1976, que introdujo 186 modificaciones al código Penal, integrado en esa fecha por 314 artículos.

La ley 21.338 restableció la pena de muerte y receptó, con algunas diferencias, los textos que anteriormente habían introducido las leyes 17.567 y 18.953, que, como hemos dicho, habían sido derogados en 1973 por la ley 20.509, salvo las disposiciones relativas a la llamada pena de muerte, que lo habían sido por la ley 20.043 en diciembre de 1972.

En síntesis, la ley 21.338 incorporó 36 artículos nuevos, sustituyó 81, modificó 21, derogó 4, aumentó la pena de 29 y actualizó la multa de 15. A partir de esa reforma el Código Penal de la Nación está integrado por 346 artículos, de los cuales sólo 128 conservan su redacción original.

Con posterioridad a la ley 21.338 sólo se dispusieron reformas de escasa importancia, en los arts. 225 ter, 292 y 77, por leyes 21.634 del 5 de septiembre de 1977, 21.766 del 17 de marzo de 1978 y 21.931 del 16 de enero de 1979, respectivamente.

Como consecuencia de lo expuesto, en la actualidad el Código Penal de la Nación ha recuperado, con algunas variantes, la estructura que rigió en vigencia de las leyes 17.567 y 18.953.

En general, puede afirmarse que si bien nuestro código conserva la estructura del código de 1921, la reforma de la ley 21.338 y las escasas modificaciones ulteriores, lo apartaron de lo que cabía suponer que fuese la proyección progresiva del espíritu del derecho penal liberal y del criterio de prudencia y equilibrio que orientaron la sanción del texto de 1921. En muchos aspectos creemos que

se ha retrocedido. Las últimas reformas se sancionaron bajo la impresión de una violenta ola terrorista, pero están orientadas hacia un aumento general de la penalidad que recae sobre cualquier género de delitos en forma indiscriminada. La jurisprudencia de la Capital Federal, salvo escasos plenarios de excepción, se orientó siempre en un sentido altamente represivo, lo que se evidencia con sus criterios respecto de la condenación condicional, de la reincidencia y de la llamada "habitualidad", pero algunos de estos criterios jurisprudenciales represivos han sido ahora receptados expresamente por el texto legal, lo que extiende el mal capitalino al resto de la Nación, al vedar a la jurisprudencia provincial toda otra interpretación. Conforme a esto, se ha reducido considerablemente la sustitución de las penas cortas privativas de libertad, frustrando uno de los principales objetivos del legislador de 1921. El aumento automático de la pena por reincidencia y el general incremento de las escalas penales, algunas de las cuales tienen mínimos desproporcionados (como el del art. 166, inc. 2º, introducido por la ley 20.642), hacen pensar que el legislador se halla más motivado por la falsa idea de la ejemplarización que por un sano y realista sentido preventivo. Las reformas no introdujeron nuevos sustitutivos a las penas cortas privativas de libertad, sino que aumentaron el ámbito de las mismas, reduciendo los sustitutivos existentes, es decir, que adoptaron el camino inverso al de toda la política criminal de Europa occidental, ignorando la innegable realidad del efecto criminógeno de la "prisonización" y de la estigmatización, o sea, de toda la "crisis de la prisión", que si bien nadie piensa en suprimir, tampoco ignora sus inconvenientes y la necesidad de reducirla al mínimo indispensable en los casos de delincuencia grave. Esta tendencia se agrava muy considerablemente en la ley 21.338, particularmente porque ha disminuído la edad de los menores excluídos del derecho penal a diez y seis años, con lo que arroja a la prisión y a la estigmatización por vida a los menores de diez y seis a diez y ocho años, con el consiguiente efecto criminógeno, especialmente efectivo en esa etapa evolutiva del individuo, cuando existen las mejores posibilidades de prevención especial. Esta última modificación, que no estaba en ninguno de los antecedentes de la reforma, choca abiertamente con la naturaleza de las cosas.

95. **Las leyes penales especiales.** Oportunamente hemos mencionado las principales leyes penales sancionadas hasta 1903 [113]. Con

[113] *Supra*, § 84.

posterioridad y hasta 1955, se agregaron, entre otras, las leyes 9643, del 19 de octubre de 1914, sobre warrants y certificados de depósito; 10.903, del 21 de octubre de 1919, de patronato de menores; 11.281, del 29 de noviembre de 1923, de aduanas; 11.317, del 30 de septiembre de 1924, sobre trabajo de mujeres y menores; 11.386, del 21 de octubre de 1926, de enrolamiento general; 11.672, del 3 de enero de 1933, complementaria permanente del presupuesto, art. 121 del texto ordenado en 1943; 11.683, del 4 de enero de 1933, de procedimiento fiscal; 11.723, del 28 de septiembre de 1933, de propiedad intelectual; 12.331, el 30 de diciembre de 1936, de profilaxis; 12.665, del 8 de octubre de 1940, de museos, monumentos y lugares históricos; 12.713, del 3 de octubre de 1941, sobre trabajo a domicilio; 12.906, del 30 de diciembre de 1946, de monopolios; dec.-ley 15.348/46, del 28 de mayo de 1946, ratificado por ley 12.962, de prenda con registro; 13.944, del 9 de octubre de 1950, sobre incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; 13.985, del 11 de octubre de 1950, sobre delitos contra la seguridad de la Nación; 14.034, del 26 de julio de 1951, que reprime a los argentinos que propicien sanciones contra el estado; 14.307, del 4 de agosto de 1954, que estableció el código aeronáutico; 14.346, del 27 de octubre de 1954, de protección a los animales, y 14.394, del 22 de diciembre de 1954, régimen de menores.

En los 10 años siguientes se dictaron los dec.-leyes 4034/57, régimen electoral; 6618/57, juegos de azar; 412/58, ley penitenciaria nacional, y 6582/58, registro de propiedad del automotor, ratificados todos por ley 14.467; la ley 15.293, del 11 de agosto de 1960, de represión de actividades terroristas; el dec.-ley 788/63, que estableció un nuevo régimen de represión de delitos contra la seguridad de la Nación y contra la seguridad, la salud y la tranquilidad públicas, y el dec.-ley 6673/63, sobre modelos y diseños industriales, ratificados ambos por ley 16.478.

Durante el período de facto que comenzó en junio de 1966 el Poder Ejecutivo Nacional sancionó las leyes 17.250, del 25 de abril de 1967, que reprime la falsedad en las declaraciones juradas presentadas a las cajas nacional de previsión; la 17.285, del 17 de mayo de 1967, que estableció un nuevo código aeronáutico en reemplazo del de la ley 14.307; la 17.294, del 23 de mayo de 1967, sobre inmigración clandestina; la 17.671, del 29 de febrero de 1968, sobre identificación, registro y clasificación del potencial humano nacional, cuyas disposiciones penales fueron derogadas por la ley 20.509 y restablecidas después por la 20.974; la 18.701, del 2 de junio de 1970, que estableció pena de muerte para ciertos delitos; la 19.216, del 7

de septiembre de 1971, que concedió amnistía general por los delitos establecidos en los artículos 139 y 293 del código penal (inscripción de hijos ajenos como si fueran propios); la 19.336, del 5 de noviembre de 1971, sobre pronósticos deportivos; la 19.359 del 9 de diciembre de 1971 y 20.184 del 23 de febrero de 1973, sobre delitos cambiarios, y la 20.318, del 26 de abril de 1973, sobre servicio civil de defensa, cuya disposición penal fue derogada por la ley 20.509 y restablecida posteriormente por la 21.808 [114].

El Congreso Nacional que asumió en mayo de 1973, sancionó de inmediato la ley 20.508, concediendo amnistía general por delitos políticos, sociales, gremiales y estudiantiles cometidos hasta el 25 de mayo de 1973, y posteriormente las leyes 20.655, del 2 de abril de 1974, sobre delitos en el deporte; 20.680, del 24 de junio de 1974, sobre abastecimiento; 20.771, del 3 de octubre de 1974, sobre tráfico y tenencia de esupefacientes, y 20.840, del 30 de septiembre de 1974, de seguridad nacional, modificada posteriormente por las leyes 21.459 y 21.886.

Finalmente, el gobierno de facto que asumió en marzo de 1976, sancionó el día 24 de dicho mes las leyes 21.259, sobre expulsión de extranjeros; 21.261, que suspendió transitoriamente el derecho de huelga; 21.264, sobre atentados contra personas o bienes, estableciendo sanciones que incluían la pena de muerte; 21.265, sobre servicio de seguridad personal, y 21.268, sobre tenencia y uso de armas y explosivos. Posteriormente sancionó las leyes 21.272, del 26 de marzo de 1976, sobre seguridad nacional, con sanciones que también incluían la pena de muerte; 21.322 y 21.325, del 2 de junio de 1976, que dispusieron la disolución de diversas organizaciones; 21.323, de la misma fecha, de represión de las actividades políticas; 21.400, del 3 de setiembre de 1976, que dispuso la suspensión de medidas de fuerza por empleadores y trabajadores; 21.461, del 23 de noviembre de 1976, que derogó las leyes 21.264, 21.268 y 21.272; 21.526, del 14 de febrero de 1977, de entidades financieras; 21.541, del 2 de marzo de 1977, de trasplantes de órganos y materiales anatómicos; la 21.858, del 15 de agosto de 1978, que sustituyó las normas de la ley

114 Cabe observar que a partir de 1955 se dictaron muchas leyes penales especiales, que omitimos en razón de que han perdido vigencia, careciendo de importancia actual. Algunas de ellas son verdaderas curiosidades políticas. Pueden verse, por ejemplo, las que fueron derogadas por las leyes 16.648 y 20.509 (la enumeración de las mismas en LIMA QUINTANA, OMAR, con la colaboración de ADOLFO ÁLVAREZ, *Código Penal de la Nación Argentina y Legislación Complementaria*, Ediar, Buenos Aires, 1979, pp. 261 y 264).

11.683 en materia de defraudación fiscal; la 21.898, del 30 de octubre de 1978, que hizo lo propio con las disposiciones de la ley 11.281 en materia de contrabando, y la 21.961, del 15 de marzo de 1979, sobre propaganda de juegos de azar.

La sanción de las leyes especiales y de las reformas al código han configurado en el último tiempo un verdadero vértigo legislativo que jamás había conocido nuestra legislación penal. Estas leyes se han sancionado con urgencia y da toda la impresión de que lo mismo hizo que, frecuentemente, adolecieran de serios defectos técnicos, entre los que suelen aparecer superposiciones en las tipificaciones. Hasta este momento no han sido objeto de un estudio a fondo [115] y la velocidad a la que tales leyes se han multiplicado impide un detenido estudio de las mismas.

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 penal 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. Si pensamos que en 1886 se sancionó un código sobre el proyecto elaborado por quien seis años antes se había alzado en armas para derrocar al gobierno nacional e impedir la capitalización de Buenos Aires, es decir, un código proyectado por un enemigo político, veremos cuán distante se halla esa actitud de la que estamos habituados a ver en los últimos lustros.

115 Una referencia, destacando las principales dificultades, BAIGÚN, DAVID, *El ordenamiento penal del nuevo Gobierno*, en NPP, abril-setiembre de 1976, pp. 393 y ss.

CAPÍTULO VII

LA LEY PENAL EN RELACIÓN AL TIEMPO Y A PERSONAS QUE REALIZAN DETERMINADAS FUNCIONES

I. — LA LEY PENAL EN EL TIEMPO: 96. El principio general. 97. Retroactividad de la ley más benigna. 98. El fundamento de la excepción y sus consecuencias. 99. Casos dudosos. 100. El tiempo de comisión del delito. 101. Las leyes desincriminadoras anómalas (leyes de amnistía). II. — EL DERECHO DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL RESPECTO DE PERSONAS QUE DESEMPEÑAN DETERMINADAS FUNCIONES: 102. Concepto. 103. Indemnidad de las opiniones parlamentarias. 104. Inmunidades impuestas por el derecho internacional.

I - LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

96. **El principio general.** El *principio de irretroactividad* de la ley penal tiene carácter constitucional, de modo que la ley penal, por principio general, debe ser entendida como aplicable a hechos cometidos después de su puesta en vigencia. Si bien el art. 3º del Código Civil establece, para cualquier ley, que "las leyes disponen para lo futuro", respecto de la ley penal, este principio no se deduce de la ley civil, sino del precepto constitucional que proscribe las leyes penales *ex post facto*, puesto que en sede penal se trata de una manifestación del principio de legalidad [1], por mucho que para la determinación de la ley aplicable a los distintos supuestos haya que hacer jugar otros principios [2], todos los cuales hacen a nuestra disciplina, sin que sea del caso buscarles fundamento alguno en los "derechos adquiridos", que son de rai-

1 Cfr. JESCHECK, 100; BAUMANN, 68; también *supra*, Capítulo Segundo, I; Capítulo Cuarto, III.

2 Cfr. SOLER, I, 200.

gambre extra-penal por excelencia y cuya función es nula frente a la acción preventiva penal. El principio de irretroactividad de la ley penal configura, con el principio *tempus regit actum*, "el anverso y reverso de una misma moneda" [3], pero ello no significa que la vigencia penal del principio *tempus regit actum* haya que buscarla en la ley civil ni en ningún otro precepto fuera de la Constitución y del código penal.

El *principio de irretroactividad de la ley penal* reconoce excepciones de importancia y que se recogen en nuestro código penal. Ello obedece a que no siempre es idéntica la situación que en el caso concreto plantea la sucesión temporal de leyes penales. Las hipótesis que pueden plantearse son las de incriminación de una conducta, o sea, *supresión de un tipo penal*; desincriminación de una conducta, o sea, *supresión de un tipo penal (abolitio criminis)*; establecimiento de consecuencias más graves para una conducta que ya estaba incriminada (*novatio legis in pejus*); y previsión de consecuencias menos graves para una conducta ya incriminada (*novatio legis in mellius*), sin perjuicio de que estas hipótesis puedan plantearse respecto de más de dos leyes sucesivas —lo que da lugar a la cuestión conocida como "ley intermedia"— y a que la mutación legal no sólo se plantee entre la comisión y la sentencia, sino también entre el momento de la comisión y la ejecución ya en curso de la sentencia firme o la supervivencia de cualquiera de sus efectos, lo que hace que también entre en juego para resolver la cuestión, la validez y alcance del principio de la cosa juzgada.

Descartada la teoría de la irretroactividad absoluta de la ley penal, cabe entrar a la consideración de estas hipótesis conforme a nuestro texto vigente.

El principio *tempus regit actum* no tiene validez absoluta en derecho penal, porque excepcionalmente puede aplicarse a un acto una ley posterior (caso de la *novatio legis in mellius*), pero esta excepción, como veremos, tampoco tiene caracter absoluto, sino que a su vez reconoce excepciones, en las que mantiene total vigencia el principio *tempus regit actum* (leyes temporarias y extraordinarias). Por otra parte, si por *actus* se entiende *el delito*, de lo único que corresponde hablar es del principio de irretroactividad de la ley penal (*tempus regit actum*) y de la excepción no absoluta en caso de *novatio legis in mellius*, caracterizada como excepcional supuesto de retroactividad de la ley penal, pero, si por *actus* se entiende la acción de sentenciar o la de-

[3] Cfr. HURTADO POZO, 159.

ejecutar la sentencia, esta excepción no absoluta debe designarse como "ultra-actividad de la ley penal". Esto ha dado lugar a confusiones, pues Lucchini ha dicho que el problema no es de retroactividad de la ley posterior, sino de ultra-actividad de la anterior, porque si no se aplica la ley nueva, continúa vigente la antigua [4].

Damásio E. de Jesus se refiere a un general concepto de *extra-actividad* de la ley penal, afirmando que la ley más benéfica es *extra-activa*, en tanto que la más severa no lo es. La extra-actividad de la más benéfica se fundará en su retroactividad y en su ultra-actividad, y la no extra-actividad de la más severa en su irretroactividad y no ultra-actividad [5].

Por nuestra parte, entendemos que si nos atenemos a la correlación del principio de irretroactividad de la ley penal con el principio *tempus regit actum*, entendido el primero como la formulación penal del segundo, y entendiendo por *actus* al delito mismo (y no al *actus* de la sentencia o de la ejecución penal), el planteo se aclara, porque la única extra-actividad de la ley penal es la retroactividad en el supuesto general de ley más benigna. Desde este punto de vista no hay ultra-actividad alguna —al menos en las leyes de fondo— cuando se aplica la ley vigente al tiempo del delito, aún cuando fuese otra la vigente al tiempo de la sentencia o de la ejecución de la pena. Si bien se trata de una cuestión terminológica, es conveniente aclararla, a efectos de no caer en una confusión que puede oscurecer los planteamientos.

Sin embargo, esta cuestión deja de ser un planteo de mero esclarecimiento terminológico y pasa a ser una verdadera cuestión de fondo si tenemos en cuenta que la irretroactividad de la ley penal, en nuestro sistema, se extiende a la ley procesal, en razón de derivarse del principio de legalidad constitucional [6]. En efecto: desde el punto de vista procesal el *actus* es el acto procesal y, por ende, allí se podría hablar de ultra-actividad. Sin embargo, creemos que en virtud del principio de legalidad constitucional (penal y procesal) se impone también al derecho procesal que el *actus* a tomar en cuenta para determinar la ley que rige el acto procesal, sea el *actus* del delito, en todos los casos en que la ley vigente al tiempo del acto procesal sea más gravosa.

Ya nos hemos ocupado de esto y sólo cabe destacar aquí que la jurisprudencia norteamericana es uniforme en este sentido. Esta jurisprudencia, altamente prestigiosa en cuanto a garantías individuales, decidió conforme al principio de retroactividad de la ley más benigna al resolver que no rige la prohibición constitucional de la ley *ex-post facto* en los casos en que se rebaja una pena legalmente establecida [7]. No obstante, como es común en la jurisprudencia anglosajona, la misma se preocupó más por la irretroactividad de la ley procesal y sólo admite la retroactividad de la misma cuando es más benigna o no agrava la situación del procesado. Así, se consideró que puede aplicarse retroactivamente la ley procesal que permite o prohibe usar o referirse a pruebas antes no admitidas o admitidas, respectivamente, pero siempre que ello sea res-

4 Cit. por ROBERTO LYRA, *Direito Penal, Parte Geral*, Río de Janeiro, 1936. p. 421.

5 DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal, Parte Geral*, I, S. Paulo, 1978, p. 67.

6 Cfr. *supra*, Capítulo Cuarto, III.

7 Cfr. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Substantive Criminal Law*, Springfield, 1978, p. 31.

pecto de la defensa y de la acusación, en tanto que la Corte Suprema norteamericana consideró que viola la prohibición de la ley *ex-post facto* la ley procesal nueva que afecta un "principio substancial" existente al tiempo del delito. Consideró que está afectado un "substantial right" cuando se disminuye el número de jurados o de votos necesarios para la condena, cuando se priva del juicio por jurados, etc. [8].

Entre nosotros, aunque con otros argumentos y limitado a la excarcelación, se ha considerado irretroactiva la ley excarcelatoria más restrictiva y, por ende, retroactiva la más benigna [9].

97. **Retroactividad de la ley más benigna.** El código penal argentino establece expresamente la excepción al principio de irretroactividad en caso de ley más benigna, sea que se haya sancionado antes de la sentencia o bien durante la ejecución de la misma. El art. 2º del código establece:

"Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictara una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por dicha ley.

En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho".

El código Tejedor (art. 82) establecía la excepción en favor de la ley más benigna, tanto en materia penal como procesal, pero limitándose a las que hubiere hasta el momento de dictar sentencia: "En el caso de ser distinta la pena establecida por la ley al tiempo del fallo y la que regía cuando se cometió el crimen, se aplicará siempre la más benigna; y lo mismo sucederá si entre el delito y el fallo se diese una ley penal más suave que la que existía en cualesquiera de esas dos épocas". "Esta excepción se extiende también a las leyes de procedimientos y competencia de los tribunales, siempre que los nuevos trámites sean mejores medios de encontrar la verdad o los tribunales creados ofrezcan más garantías a la amplia y libre defensa, y el delincuente opte por ellos". Señalaba Tejedor que la primera parte estaba tomada del código napolitano [10]. En el código de 1886 se simplificó un tanto la fórmula y se la extendió a la ley más benigna posterior a la sentencia. Su art. 48 decía: "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito, fuese distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna". "Si durante la condena se dictase una ley más benigna, la pena debe limitarse a la establecida por esa ley". El proyecto de 1937 reunía en su art. 2º lo previsto en los arts. 2º y 3º del código penal de 1921, precisando

8 Idem, pp. 31-2; esta última hipótesis también la consideró en Brasil Tobías Barreto, cit. por ROBERTO LYRA, op. cit., p. 431.

9 V. FIERRO, p. 350.

10 *Proyecto*, p. 80.

que la nueva ley rige desde su vigencia. El proyecto de 1941, en caso de condena, requería que las circunstancias constasen en autos, excluyendo de su aplicación a los enfermos mentales y menores y requiriendo para que operase la instancia del interesado o del ministerio público (art. 3º). El proyecto de 1951 (art. 8º) repite las disposiciones del art. 2º vigente, pero limitadas a la ley permanente, en tanto que elimina del ámbito de la excepción a la ley excepcional o temporaria (art. 9º). Similar criterio siguió el proyecto de 1953 (arts. 3º y 4º). El proyecto de 1960 siguió el mismo criterio, agregando que "para las medidas de seguridad y educativas, se aplicará la ley vigente al momento de la sentencia y las que se dicten durante la ejecución" (art. 4º).

Dado que el art. 2º del código habla de la ley que "exista" al pronunciarse el fallo, cabe preguntarse qué se entiende por ley "existente". Por tal debe entenderse la ley *vigente* y, la vigencia de la ley penal se rige por los principios generales reglados por el código civil.

Al sancionarse el código penal de 1921 y antes de su entrada en vigencia, se planteó la posibilidad de su aplicación anticipada en virtud de la misma expresión, que era utilizada por el art. 48 del código penal de 1886. Las opiniones se dividieron en la Cámara Penal de la Capital, entendiendo el voto de la mayoría que "el Poder Judicial no puede, bajo pretexto de una interpretación, que los términos claros y categóricos de la ley hacen improcedente, declarar vigente un código que, por mandato expreso del legislador, no debe regir hasta una fecha determinada" [11]. La opinión contraria fue sostenida por González Roura, basado en argumentos de equidad, dada la irritante situación a que podía dar lugar la solución contraria [12]. Consideramos que los argumentos de González Roura no dejan de ser convincentes, pero que ante la terminante disposición de una ley que suspende su vigencia, no puede judicialmente suplirse la volutad de la ley.

No debe pensarse que la retroactividad de la ley penal más benigna se reduce al caso de la ley que desincrimina el acto o que conmina pena menor. En principio, la retroactividad es de la ley penal y debe extenderse a toda disposición penal que desincrimine, que convierta un delito en contravención [13], que introduzca una nueva causa de justificación, una nueva causa de inculpabilidad o una causa que impida la operatividad de la punibilidad, es decir, a todo el contenido que hace recaer pena sobre la conducta. En segundo lugar, la mayor benignidad de la ley no la da solamente la pena, sino que hay un gran número de circunstancias que deben

11 Cfr. GÓMEZ, I, 165-7; SOLER, I, 200.

12 Se reproducen los votos en GONZÁLEZ ROURA, I, 285-292.

13 CORREIA, EDUARDO, *Direito Criminal*, Coimbra, 1971, p. 162.

tomarse en cuenta en cada caso, como puede ser un menor tiempo de prescripción, una distinta clase de pena, el cumplimiento parcial de la misma, etc. [14]. Todo ello determina que la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto [15], tomando por separado cada una de las leyes, sin que sea permitido tomar preceptos aislados de una y otra, lo que implicaría formar una tercera ley [16], "llena de hibridismo" [17]. Este principio reconoce la única excepción del cómputo de la prisión preventiva, formulada en el art. 3º del código penal.

El código de 1886 disponía en su art. 49: "El tiempo de prisión preventiva que hubiese sufrido el condenado, se le computará: por tres días de prisión, uno de presidio; por dos días de prisión, uno de penitenciaría; por uno de prisión, otro de la misma pena; por dos días de arresto, uno de prisión, y por uno de esta pena, cuatro pesos de multa". Al cambiarse el sistema de penas habrían de surgir dificultades interpretativas, las que quisieron ser obviadas por el legislador, lo que ya estaba previsto en el proyecto de 1891, en el de 1906 y pasó textualmente al código de 1921 [18].

Esta disposición excepcional, pese a haber sido mantenida por la mayoría de los proyectos, no es muy explicable, al menos por su limitado aislamiento, y "carece de un sustento teórico o doctrinal satisfactorio" [19].

En cuanto a la posibilidad de que deba extenderse el criterio de retroactividad de la ley penal más benigna a las leyes no penales, pero que deciden la punibilidad de una conducta, entendemos que es menester establecer una diferencia dogmática. Los problemas más frecuentes se presentarán con los elementos normativos del tipo penal y con las causas de justificación, como también con la llamada "ley penal en blanco".

Respecto a los *elementos normativos del tipo penal*, entendemos que la ley no penal posterior a la comisión del hecho, que resta el carácter típicamente requerido al ente del tipo objetivo, es irrelevante, siendo decisivo que lo haya tenido en el momento del hecho. La pérdida posterior de ese carácter es tan irrelevante

14 Incluyendo las consecuencias procesales (Cfr. BRUNO, ANIBAL, I, 269).

15 Sobre nuestra jurisprudencia, DE LA RUA, 64-8; una detallada exposición en FIERRO, GUILLERMO J., *La ley penal y el derecho transitorio*, Bs. As., 1978, pp. 247-289; también COUSIÑO MACIVER, 128-9; HURTADO POZO, 164; el Tribunal Federal Alemán, cit. por SCHMIDHÄUSER, p. 101.

16 Cfr. SOLER, I, 207; NÚÑEZ, I, 137; FONTÁN BALESTRA, I, 285; DE LA RUA, 60; COUSIÑO MACIVER, 168; Cámara Fed. de B. Blanca, en LL, 27-II-76.

17 BRITO ALVES, ROQUE DE, *Direito Penal. Parte Geral*. Recife, 1977, 239.

18 Cfr. MORENO (H.), RODOLFO, I, 298-9.

19 FIERRO, op. cit., pp. 254-5.

como puede ser la muerte de la mujer violada. Tales son los casos de disposiciones que le quitan a una moneda su carácter de curso legal, sin alterar para nada el tipo de falsificación de moneda, o las que quitan a una unión el carácter de matrimonio, sin alterar la tipicidad del adulterio[20].

Distinto es el caso de las *causas de justificación*: una ley que crease una causa de justificación que no existía (un nuevo derecho de retención, por ejemplo), eliminaría la antijuridicidad de la conducta de quien retuvo antijurídicamente y sería la ley más benigna, siempre y cuando su aplicación retroactiva puede ser efectiva en el ámbito jurídico en el que la misma aparece (civil, mercantil, laboral, etc.).

En cuanto a las llamadas *leyes penales en blanco*[21], debemos tener en cuenta que se trata de casos en los que el legislador penal remite a otras leyes, lo que no presenta dificultad alguna cuando se trata de leyes formales y nacionales, pero que puede presentarla cuando se trata de normaciones del Poder Ejecutivo, de las provincias o de las municipalidades. En estos últimos casos, la remisión se hace para que el legislador penal no invada la esfera de la facultad legislativa de otro poder, es decir, que se impone como necesidad para no alterar la división de los poderes del Estado.

La pregunta que surge es respecto de lo que acontece cuando se altera la ley a la que la ley penal remite. Veremos luego que, para nosotros, la ley extra-penal integra la ley penal, de modo que la alteración de la ley extra-penal que beneficia al sujeto debe aplicarse retroactivamente, pues se trata de un caso de aplicación retroactiva de ley penal más benigna, que se rige por los principios generales de esa retroactividad. Hay casos en que sería absurdo que la ley extra-penal posterior beneficiase al sujeto, como, por ejemplo, cuando una ley penal remita al decreto que establezca precios máximos y, después de cometida una infracción, el precio máximo se aumentase[22]. No obstante, esto no altera los principios generales, porque la fijación de los precios máximos responde siempre a circunstancias cambiantes y, por consiguiente, debe regir en el caso el mismo principio que excluye de la retroac-

20 Cfr. NUÑEZ, I, 140.

21 V. *infra*.

22 NUÑEZ lo considera también irrelevante, loc. cit.

tividad beneficiante a las leyes penales excepcionales y temporarias, como lo veremos de inmediato. En lugar, cuando la modificación de la ley no penal constituye una verdadera desincriminación de una conducta cuya penalización no respondía a circunstancias especiales, esta reforma debe beneficiar al sujeto.

Así, por ejemplo, la resolución 1508 del 9 de setiembre de 1976 de la Secretaría de Salud Pública, excluyó de la lista de psicotrópicos al producto llamado "biogrip", en "virtud de no existir razones de orden sanitario para su inclusión, de acuerdo con los fundamentos de la ley y con las reglamentaciones de orden internacional"[23]. En este caso, no cabe duda de que nos hallamos ante una desincriminación que debe tener vigencia retroactiva.

Con razón dice Fragoso que "por regla, la alteración de los complementos de la norma penal en blanco, si desincriminan la acción o benefician al reo, no pueden dejar de tener efecto retroactivo. Las disposiciones que completan las leyes penales en blanco integran el contenido de hecho de la conducta incriminada y su alteración representa una nueva valoración jurídica del mismo. De toda forma, la regla que establecemos no puede ser aplicada en casos como los de la fijación de precios, dado el carácter excepcional de esas fijaciones, hechas para atender situaciones de escasez de productos y dificultades en la producción y abastecimiento"[24].

En análogo sentido escribe Correia que "las normas a que se refiere la ley penal forman parte de ésta, pues son elementos normativos de la descripción de sus conceptos. De este modo, si de la revocación de estas normas resulta una restricción del ámbito del derecho penal, eso importa una atenuación de su eficacia y, por ende, debe aprovechar al delincuente"[25]. No obstante, distingue adecuadamente los casos en que ello no tiene lugar: "Si, por ejemplo, una ley pena la omisión de ciertos deberes de un funcionario y la determinación de esos deberes se restringe, eso importa una disminución del campo del derecho criminal y por lo tanto puede aprovechar a un posible delincuente. Si, en lugar, la nueva ley no altera el ámbito del derecho (por ej., pone fuera de circulación cierto tipo de moneda), eso no puede aprovechar a aquél que ya la haya falsificado"[26].

Una corriente contraria, afirmada sobre al teoría de las normas de Binding, sostenía que la norma no integra el tipo, con lo que la ley extra-penal con consecuencias penales *más* benignas no beneficiaría nunca con su retroactividad, porque el principio se limitaría siempre estrictamente a la ley penal. Este criterio, rechazado por la mayor parte de la doctrina[27], como hemos visto, tampoco da lugar a que su contrario opere con valor absoluto, sino que la tendencia predominante es la de restar significación retroactiva a la ley extra-penal posterior cuando "no implica un cambio de la valoración legislativa en relación a la acción típica incriminada"[28].

23 Boletín Oficial del 16 de octubre de 1976.
24 FRAGOSO, 116-7.
25 CORREIA, EDUARDO, op. cit., p. 155.
26 *Ibidem.*
27 Sobre ello, FIERRO, op. cit., p. 239.
28 Así, FRÍAS CABALLERO, cit. por FIERRO, 235.

En nuestra opinión, al menos en lo que respecta a los elementos normativos de los tipos y a las leyes penales en blanco, la problemática del cambio posterior de la ley extra-penal en sentido más benigno no se halla alejada de la que veremos luego al estudiar las leyes extraordinarias, al punto de configurar casi un capítulo del mismo problema. Cuando la ley que proporciona el elemento normativo o que completa el tipo es una ley que, dada la naturaleza de las cosas, está destinada a cambiar periódicamente en función de circunstancias que de continuo se van alterando o que en cada caso deben individualizarse administrativamente, el cambio de la misma configura una ley penal más benigna, toda vez que el hecho sigue idéntico, adecuándose simplemente a las circunstancias cambiantes que la ley necesariamente recoge.

Los principios aquí señalados y que excepcionan la irretroactividad de la ley penal deben aplicarse también al caso de las llamadas "*leyes intermedias*", esto es, cuando se hayan sucedido dos o más leyes penales en el tiempo, siendo no sólo distintas (o iguales) las que regían al tiempo del hecho y al de la ejecución o de la sentencia, sino diferentes también las que rigieron en el tiempo transcurrido entre ambos momentos. En la exposición de motivos del vigente código brasileño se dice atinadamente que "no había necesidad de declarar expresamente que, en caso de sucesión de varias leyes, prevalece la más benigna, puesto que es evidente que aplicándose al hecho la ley posterior solamente cuando favorece al agente, en ningún caso se podrá elegir la aplicación de una ley sucesiva más rigurosa, porque ésta encontrará al agente ya favorecido por la ley intermedia más benigna". La explicación es coherente e inobjetable: el agente ya beneficiado por una ley posterior al hecho más benigna, no puede ser perjudicado luego por otra más gravosa, al tiempo que el agente al que no pudo perjudicar una ley posterior más gravosa, puede beneficiarse con una tercera ley sucesiva más benigna que la primera [29]. Los fundamentos de esta regla, que no es más que una aplicación o deducción lógica del principio general de retroactividad de la ley más benigna, no pueden ser otros que los que sustentan ese principio general [30].

En cualquier caso —y con la excepción apuntada del art. 3º— la conducta debe valorarse de acuerdo con una sola de las leyes que han regido durante el tiempo indicado. El problema suele

[29] Cfr. DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 86.

[30] Fierro sostiene que en este caso los fundamentos son más endebles, op. cit., p. 293.

complicarse en los supuestos en que se opera un *concurso ideal*, pues hay una sola conducta y un solo delito, que debe ser regido por una sola ley. En tal caso, bien puede suceder que la ley posterior sea más benigna en cuanto a las consecuencias de una de las tipicidades y más gravosa respecto de la otra u otras.

Así, a los efectos de la pena, el art. 285 del código penal equiparaba la falsificación de cheques a la de moneda, y si bien un sector de la doctrina entendió que sólo se refería a los cheques oficiales [31], la jurisprudencia plenaria de la Capital la aplicó a todos los cheques [32]. Posteriormente, la ley 17.567, que rigió desde el 1/4/68 hasta el 5/6/73, y la 21.338, que rige desde el 16/7/76, modificaron los arts. 285 y 297, disponiendo que la falsificación de cheques oficiales se equipara a la de moneda, cuya pena es de tres a quince años de reclusión o prisión (art. 282), en tanto que la falsificación de otros cheques se equipara a la de los instrumentos públicos, cuya pena es reclusión o prisión de uno a seis años (art. 292).

No cabe duda de que un hecho cometido antes de la vigencia de la ley 21.338 quedará beneficiado por esa ley, conforme al artículo 2º del código, pero bien puede suceder que el cheque falso sea el medio para cometer una estafa (art. 172) cuya pena que según la ley 20.509 era de un mes a seis años se elevó a prisión de seis meses a ocho años por la 21.338. Tratándose de un concurso ideal, como sucede en el caso planteado, deberá regirse siempre por la pena mayor, es decir, reclusión o prisión de tres a quince años (la de falsificación de moneda), conforme a la ley 20.539, y prisión de seis meses a ocho años (la de estafa), según la ley 21.338.

98. **El fundamento de la excepción y sus consecuencias.** La excepción al principio general de irretroactividad de la ley penal halla su fundamento en la naturaleza del derecho penal. Si el derecho penal legisla sólo situaciones excepcionales, en que el Estado debe intervenir para la resocialización del autor, la sucesión de leyes que alteren la incidencia del Estado en el círculo de bienes jurídicos del autor denota una consiguiente alteración de la desvaloración jurídica de la conducta, reveladora de que, con el curso del tiempo, la ley ha cambiado sus valoraciones. Esta mutación expresa que entre la comisión y la sentencia o la ejecución, se ha considerado suficiente una menor ingerencia en los bienes jurídicos del autor y, por ende, carece de sentido que el Estado la siga teniendo mayor cuando ya considera ello innecesario. En síntesis, la ley más benigna debe aplicarse retroactivamente, porque implica que para proveer a la seguridad jurídica no es ya necesaria la

31 SOLER (1945), V, p. 322.

32 Plenario "Seltzer", 7 de nov. de 1951, JA, 1951-I-747.

mayor afectación de bienes jurídicos que preveía la ley más gravosa. "No es justo que se aplique la ley más severa, cuando es el propio legislador quien reconoce la innecesariedad de la punición que había dictado, decretando otra menos severa" [33]. Al desincriminarse una acción o al conminársela menos severamente, la prevención penal ya resulta innecesaria o necesaria sólo en menor medida, porque ya no se pretende prevenir penalmente esa conducta o no se la pretende prevenir con el mismo interés e intensidad que antes [34].

Por otra parte, el principio republicano exige la racionalidad de la acción del Estado, y ésta queda muy afectada cuando por la mera circunstancia de que un individuo haya cometido el mismo hecho con anterioridad a otro —y sin ninguna otra causa— se trata más rigurosamente al primero que al segundo. La seguridad jurídica impide la reversión del principio, pero requiere que se cumpla en la parte que no la afecta.

Dado que en estos casos se trata de una cuestión de orden público, como no puede ser de otro modo, los efectos retroactivos de la ley más benigna se operan de pleno derecho aún en el caso en que haya sentencia firme.

La expresión "de pleno derecho" ha sido entendida de distinta manera por nuestra doctrina, puesto que en tanto que la mayoría entiende que dicha expresión significa "de oficio" [35], Jofré interpretó que sólo pretendía que regía incluso para la sentencia firme [36], y Núñez cree que significa que opera por efecto de su propia vigencia, de la cual la actuación de oficio sería sólo una consecuencia [37]. El proyecto de 1906 preceptuaba que "si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley, si el penado lo solicitare, y las circunstancias invocadas constaren en autos" (art. 3º, párrafo 2º). Herrera criticó esta disposición, afirmando que la condena "debe cesar de pleno derecho, por obra de la misma ley, sin necesidad de que el penado lo solicite, porque no se trata de una gracia o del ejercicio de un derecho renunciable, sino de un deber del Estado que no puede eludir sin la más flagrante injusticia y sin llevar un atentado a nuestra Carta Fundamental" [38].

La previsión del tercer párrafo del art. 2º se refiere únicamente a los casos en que hay sentencia firme, pues sería absurdo

33 LYRA, ROBERTO, op. cit., p. 423.
34 Cfr. CORREIA, EDUARDO, op. cit., p. 154.
35 Así, SOLER, 202; GONZÁLEZ ROURA, I, 153; GÓMEZ, I, 162; FIERRO, 356.
36 JOFRÉ, *El Código Penal de 1922*, p. 39.
37 NÚÑEZ, I, 149.
38 HERRERA, op. cit., p. 37.

referirla a aquellos en que el proceso se halla en curso. A este respecto se plantea una cuestión hoy superada, que pretendía que en tales supuestos se viola el principio de intangibilidad de la cosa juzgada. Nuestro código no lo ha considerado así y resuelve expresamente la cuestión en sentido favorable a la retroactividad amplia de la ley penal más benigna.

No siempre se ha admitido pacíficamente la retroactividad de la ley más benigna [39]. Así, Binding, por ejemplo, decía que la aplicación retroactiva de la ley más benigna lleva prácticamente a los mismos resultados que la aplicación retroactiva de la ley más gravosa" [40]. Hälschner afirmaba que "independientemente de las circunstancias del caso, siempre se aplica sólo la ley bajo cuyo dominio se hubiese cometido el hecho" [41]. Contra el argumento de que el Estado ya no considera necesaria la punición dice: "Haciéndose valer jurídicamente este argumento, de allí resultaría que también la ley más gravosa debería tener efecto retroactivo, porque la anterior impunidad o menor penalidad de la conducta debería señalarse como injusta y con la aplicación de la ley anterior menos grave el Estado actuaría injustamente" [42].

Bekker también argumentaba contra la retroactividad de la ley penal más benigna en base a argumentos de equidad: "¿Es quizá correcto que si dos han cometido simultáneamente la misma falta, A sea penado y B no sea penado? ¿Sólo porque A ha asumido voluntariamente su culpa para expiación, y B, en prolongada contradicción al Estado ha eludido la persecución?" [43].

Otros autores, a diferencia de éstos, entienden que no es una cuestión de equidad lo que hay en juego, sino que, por el contrario, estiman que la retroactividad de la ley penal más benigna es lo más equitativo, pero limitan este principio frente al de la cosa juzgada. Así, Pessina decía que "si después de una sentencia irrevocable aparece una nueva ley que señale una pena más benigna para el delito juzgado, la condena anterior queda subsistente por virtud de la autoridad de cosa juzgada, y debe cumplirse, salvo el recurso de la gracia de conmutación" [44]. Haus sólo admitía el efecto retroactivo sobre sentencias firmes en caso que la ley lo dispusiese de modo expreso y formal [45]. Garraud también entendía que el principio de la cosa juzgada se oponía al funcionamiento del principio en caso de sentencia firme y proponía, por razones de justicia, solucionar el problema mediante la gracia del jefe de Estado [46].

39 En contra de la aplicación de la ley intermedia más benigna, PAUL ROUBIER, *Les conflicts de lois dans le temps*, París, 1933.

40 BINDING, *Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allg. Teil*, Leipzig, 1902, p. 68.

41 HÄLSCHNER, HUGO, *System des Preussischen Strafrechts*, Bonn, 1858, p. 39.

42 Idem, p. 41.

43 BEKKER, ERNST INMANUEL, *Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1857, I, parte 1ª, p. 214.

44 PESSINA, *Elementos*, 223.

45 HAUS, I, p. 133.

46 GARRAUD, *Précis*, París, 1903, pp. 95-6.

En sentido similar, Carrara afirmaba la retroactividad de la ley más benigna, pero sólo en caso de "delitos anteriores no definitivamente juzgados" [47].

En realidad, los argumentos que esgrimen la cosa juzgada como impedimento para la retroactividad benigna, son de carácter práctico, es decir que con ello pretenden evitar las complicaciones de verse obligado el Poder Judicial a revisar procesos ya terminados. El argumento no tiene carácter teórico, porque la cosa juzgada en materia penal tiene un valor relativo, desde que no tiene la misma importancia que en derecho civil, porque en sede penal —como bien lo decía von Bar, oportunamente recordado a este respecto por Nelson Hungria—, "no puede hablarse de una estabilidad necesaria de las relaciones jurídicas establecidas mediante una sentencia", de modo que el principio de la *res judicata* no puede convertirse en "tabú" contra el *favor libertatis* [48].

Si la cosa juzgada es un principio que se establece en beneficio del condenado, eso significa que el principio del beneficio del condenado priva sobre el de la cosa juzgada [49]. Por otra parte, no sería el único caso en que la cosa juzgada cede en materia penal en función del beneficio del condenado. Cabe recordar que algo análogo pasa en los casos de unificación de penas, particularmente cuando se trata de mera unificación de penas, es decir, de un delito cometido mientras el sujeto está cumpliendo pena [50]. Igual argumento cabe esgrimir respecto de la irretroactividad de la ley penal, que es un principio que se establece como garantía para el agente, pero que no puede esgrimirse en su contra, porque lo que "la Constitución ha querido, sin duda alguna, es proteger al individuo de la aplicación retroactiva de una ley penal más severa y nunca impedirle beneficiarse con una ley penal nueva más benigna" [51].

99. **Casos dudosos.** Se han planteado varios supuestos que se consideraron o pretendieron considerarse como excepciones al principio general de que la ley penal no es retroactiva, salvo el caso de mayor benignidad. Nos ocuparemos aquí brevemente de ellos.

Uno de tales supuestos corresponde a las llamadas "*leyes fe de erratas*", que corrigen una edición oficial. Las referidas leyes, en tanto se limiten a introducir correcciones a errores materiales de un texto, creemos que deben estar exceptuadas de la regla, y, por ende, el texto corregido es el que debe tenerse en cuenta para la aplicación, sin perjuicio de que el error material haya podido dar lugar a ausencias de culpabilidad por errores de prohibición, lo que corresponderá probar en cada caso. No obstante, bueno es apuntar que esta solución es sostenible siempre que se trate de una

47 CARRARA, *Programma*, nº 759.

48 HUNGRÍA, NELSON, I, p. 119.

49 Cfr. LYRA, ROBERTO, op. cit., p. 425.

50 V. *infra*, § 651.

51 FIERRO, op. cit., p. 209.

verdadera fe de erratas y no cuando se utilice ese procedimiento para introducir modificaciones a la ley penal [52].

Distinto es el caso de las llamadas "*leyes interpretativas*" o "interpretación auténtica". Estos supuestos constituyen modificaciones a las leyes penales y a su respecto rigen los principios del art. 2º, porque por esta vía el legislador puede "modificar sustancialmente una ley penal, ampliando su campo de aplicación [53].

Soler pretende que toda ley "auténticamente interpretativa" debe ser aplicada retroactivamente, argumento que sigue Fontán Balestra [54]. En lugar, De la Rúa, afirma que tanto respecto de la ley interpretativa como de la ley "fe de erratas" no se alteran los principios generales del art. 2º, puesto que siempre "es una nueva ley, en principio, aplicable para lo futuro" [55]. Estamos de acuerdo con De la Rúa en cuanto a las llamadas leyes "interpretativas", pero no así en cuanto a las que se limitan a corregir errores materiales. Una edición oficial de un nuevo código penal, que omitiese, por error tipográfico, el homicidio, el robo o la violación, no puede sostenerse que sea una ley más benigna respecto de la "fe de erratas" que la corrige, sin perjuicio, como lo hemos advertido, de los eventuales errores de prohibición que en algunos casos, no tan extremos, pueden presentarse. Por supuesto que cuando con el nombre de "fe de erratas" se oculta una reforma, el criterio de De la Rúa es el que se impone.

Respecto de las *medidas de seguridad post-delictuales*, teniendo en cuenta la forma en que las hemos conceptuado oportunamente, no creemos que quepa hacer ningún distingo respecto de las leyes que las establecen: las medidas de seguridad post-delictuales y las penas no presentan diferencia alguna e implican una carga que afecta los bienes jurídicos del supuestamente "asegurado". No sucedería lo mismo con las medidas de internación para no responsables de delito, que podrían aplicarse retroactivamente, teniendo en cuenta su carácter materialmente no penal. No obstante, creemos que tampoco ello es pertinente, toda vez que conservan un carácter *formalmente* penal. Por supuesto que, a su respecto, quedarían a salvo los derechos de la comunidad y, en su caso, la obligación del juez de tomar las providencias para la internación por vía de la legislación civil o psiquiátrica ordinaria.

Soler parece creer que aún con nuestra ley positiva la medida de seguridad puede aplicarse retroactivamente [56], principio que consagró en el proyecto de 1960, cuyo último párrafo del art. 4º decía: "Para las medidas de

52 FONTÁN BALESTRA, I, 289; SOLER, 210.
53 HURTADO POZO, op. cit., p. 163.
54 SOLER, I, 210; FONTÁN BALESTRA, I, 289.
55 DE LA RÚA, 70; BRUNO, ANÍBAL, I, 218.
56 SOLER, I, 210.

seguridad y educativas se aplicará la ley vigente al momento de la sentencia y las que se dicten durante la ejecución." El mismo criterio fue sostenido por Gómez [57].

La teoría no sólo fue sostenida entre nosotros, sino también en Alemania, donde el Tribunal Federal resolvió que para las medidas de seguridad y mejoramiento se aplica la ley vigente al tiempo de la sentencia, toda vez que estas medidas no se apoyan en la culpabilidad, sino que aseguran a la generalidad contra un peligro presente y futuro. De este modo, entendió que se podía aplicar retroactivamente no sólo la internación de incapaces, sino también cualquier otra medida que tuviese puro carácter asegurativo, tal como el comiso que no tiene en mira el patrimonio del autor, sino la seguridad [58]. Esta interpretación, no obstante, nunca se extendió a las medidas de seguridad privativas de libertad y el StGB vigente consagra en su parágrafo 2 párrafo 6 este principio respecto de esas medidas. El mismo Soler recogió aquí las críticas que se le formularon y excluyó del artículo primitivamente redactados las "medidas para reincidentes y habituales". El parágrafo 1º del nuevo código austríaco somete a las medidas de seguridad a las mismas garantías de legalidad que las penas. Tal es la tendencia contemporánea y no puede ser diferente desde que no tiene hoy sentido la distinción entre pena y medida de seguridad detentiva, al menos si se pretende hacerla negando que esta última tenga carácter aflictivo [59].

No nos cabe duda que esta última es la correcta doctrina al respecto, particularmente si tenemos en cuenta que la otra es la tesis bien autoritaria del positivismo. En efecto, Ferri sostenía que la ley posterior que incrimina un hecho antes no incriminado, no puede aplicarse a la conducta anterior a su vigencia, pero sí puede serlo la ley que sólo agrava las consecuencias del hecho. Se fundaba para ello en que el delincuente no tiene ningún "derecho adquirido" a ese respecto, pues no puede hablarse de "derechos adquiridos" en el derecho público. Semejante tesis demuestra bien a las claras el origen de la pretensión de aplicar retroactivamente "medidas de seguridad", particularmente las referidas a reincidentes [60]. El argumento generalmente empleado es que la medida no retrotrae, porque no se funda en el delito previo, sino en la peligrosidad presente [61]. La falacia del argumento es patente si tenemos en cuenta que esa peligrosidad se valora como una consecuencia jurídica del delito, pues sin delito no puede hacérselo, y el delito debe estar claramente previsto con todas sus consecuencias y no sólo con algunas, permitiendo que otras se añadan luego.

En cuanto a las *leyes temporarias o temporales*, es decir, aquellas que rigen para un cierto tiempo determinado desde su san-

57 GÓMEZ, I, 157.

58 SCHÖNKE-SCHRÖDER, 75.

59 Cfr. FRAGOSO, H., en HUNGRÍA-FRAGOSO, I, 228; HUNGRÍA, NELSON, *Novas teorias e diretrizes do Direito Penal*, ídem, p. 276.

60 V. FERRI, *Principii*, 148-149; igual FLORAN, *Tratatto*, Milano, 1934, I, 207; MACIVER, 149-150; PÉREZ, LUIS CARLOS, *Tratado de derecho penal*, Bogotá, 1967, I, 340.

61 Así, BRUNO, ANÍBAL, I, 273.

ción, es casi unánime la opinión que las exceptúa del principio de retroactividad benigna [62], no siendo correcto afirmar su ultraactividad gravosa, porque no son "ultra-activas", sino que simplemente, escapan sus sucesoras al principio de excepción benigna.

En general, se asimilan a estas leyes, las llamadas "leyes extraordinarias, transitorias o excepcionales" [63]. La diferencia entre ambas fincaría en que "las leyes excepcionales tienen su vigencia determinada por la duración de las circunstancias excepcionales que las originan", "las leyes temporarias por el propio plazo al que expresamente se subordinan" [64]. No creemos que corresponda extraer alguna consecuencia de esta distinción [65], aunque la opinión nacional no es unánime [66].

En realidad, la diferencia entre una ley temporaria y una ley "extraordinaria" no puede ser fundamental, porque para que una ley tenga su vigencia predeterminada, cabe suponer que responde a alguna situación extraordinaria. Si en esta clase de leyes se hiciese lugar a retroactividad de la posterior más benigna, lo cierto es que las mismas, al menos durante el último tiempo de su vigencia, no tendrían prácticamente ninguna autoridad [67]. Es dudoso que en realidad estas leyes constituyan una excepción al principio de retroactividad de la ley más benigna, pero, aún aceptando que lo fueren, no hay problema alguno en admitirlo, puesto que este principio sólo tiene jerarquía legal impuesta por el artículo 2º del código penal, que puede ser derogado por otra ley penal, a diferencia del de irretroactividad del de la ley más gravosa, que emerge del artículo 18 de la constitución.

Es interesante la observación de Rodríguez Devesa, según la cual estas leyes no constituirían una excepción al principio de irretroactividad de la ley más benigna. Afirma este autor —y creemos que con razón— que la ley más benigna se aplica retroactivamente, pero en el entendimiento de que se trata de casos similares, es decir, con igualdad de presupuestos y, consecuentemente, no procede en el caso en que falte esta igualdad o paridad. Así, explica que

62 Cfr. NÚÑEZ, I, 150; SOLER, I, 209; FONTÁN BALESTRA, I, 291; JESCHECK, 100-1; BOCKELMANN, 18; BAUMANN, 71; HELLMUTH MAYER, 1967, 39; SCHULTZ, I, 82; diferente, DE LA RÚA, 69.

63 Sobre la terminología, COUSIÑO-MACIVER, p. 130.

64 SALGADO MARTINS, José, *Direito Penal*, Sao Paulo, 1974, p. 109.

65 Las distingue de las temporarias, SOLER, loc. cit.; no lo hacen FONTÁN BALESTRA ni la doctrina alemana.

66 Una síntesis de las opiniones divergentes, CREUS, 40-41.

67 Cfr. BLEI, p. 47.

encender luces puede *parecer* la misma conducta en tiempo de paz y en tiempo de guerra, pero, en realidad, se trata de presupuestos, esto es, de casos diferentes y, en consecuencia, no puede pretender aplicarse la ley posterior más benigna, esto es, la de tiempo de paz, porque rige un supuesto distinto [68].

No obstante, y aún sin admitir este argumento —que es de considerable peso— dentro de nuestro sistema no hay ninguna norma constitucional que impida excepciones al principio de retroactividad de la ley penal más benigna. El art. 29 de la Constitución Nacional de 1949 prescribía que "siempre se aplicará, y aun con efecto retroactivo, la ley penal permanente más favorable al imputado". Cuando perdió vigencia dicho texto, con él desapareció todo problema constitucional al respecto, tal como lo entendió la Corte Suprema, que resolvió que la aplicación de las leyes "vigentes en ocasión del hecho, no constituyen especial cuestión constitucional, porque no es tal el apartamiento del principio del art. 2º del Código Penal, que es de orden común" [69]. En el mismo sentido resolvió que "el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna no tiene jerarquía constitucional, a diferencia del que proclama la irretroactividad de la ley penal más severa" [70].

100. **El tiempo de comisión del delito.** Los límites temporales máximos que se toman en cuenta en el art. 2º para comparar las leyes en ellos vigentes a efectos de determinar cuál es la más benigna, son los de *comisión del hecho* y de *duración de cualquier efecto de la condena*. Estos son los límites temporales respecto de los cuales se hace necesario saber qué leyes regían ambos momentos y los momentos intermedios. Entendemos que por "duración de la condena" debe abarcarse cualquier tiempo en que subsista cualquier efecto jurídico de la condena o sentencia condenatoria, que abarca, por supuesto, el registro de la misma en el correspondiente organismo estatal, lo que es de especial importancia en los casos de reincidencia, particularmente cuando una ley posterior al cumplimiento de la condena acorta el llamado "plazo de prescripción de la misma" [71]. Así, quien en vigencia de la ley 17.567 hubiese cometido un delito siendo condenado a un año de prisión, no podría haber sido considerado reincidente si hubiese cometido un segundo delito en vigencia de la ley 20.509 después de transcurridos dos años, porque el mínimo de cinco años del art. 50 habrá quedado derogado por la ley 20.509, aún cuando la condena estuviese agotada bajo el régimen de la ley 17.567.

68 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, p. 177.

69 Junio 6 de 1960 (*Fallos*, 247-53/4).

70 *Fallos*, 247-403; igual en *Fallos*, 250-205; 251-45; 253-93.

71 Cfr. COUSIÑO MACIVER, p. 134.

Suele plantearse oscuramente este problema, pues se confunde el tiempo de la comisión del hecho que sirve para determinar cuál es la ley aplicable (art. 2º) con el "momento del hecho" del art. 34, inc. 1º, que debe determinarse conforme a otros principios que rigen la tipicidad y la culpabilidad. Es verdad, como afirman Soler y Fontán Balestra [72], que en el "momento del hecho" se toma en cuenta la conducta y no el resultado, pero de aquí no puede seguirse una identificación de ambos conceptos, porque la conducta, es decir, la comisión, tiene varios "momentos".

A este respecto dice acertadamente Pagliaro que "los estudiosos más recientes han revelado que el problema del *tempus comissi delicti* no está expuesto de modo correcto. Los diversos institutos que se refieren al tiempo del delito tienen distinta disciplina y distintas exigencias. No se puede determinar un tiempo de comisión del delito que sea válido para todos los institutos penales", y agrega: "Aquí, por tanto, conviene limitar la indagación a aquel aspecto del problema del *tempus comissi delicti* que interesa a la sucesión de leyes penales" [73].

Tampoco está vinculado al tiempo de comisión, a los efectos de determinar la ley aplicable, la disposición acerca del momento que debe tomarse en cuenta para comenzar a contar los plazos prescriptivos. El art. 63 del código establece que "la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuere contínuo, en que cesó de cometerse". Esto no es más que una particularidad del cómputo de la prescripción, pero nada dice respecto del "tiempo de comisión" que debe tenerse en cuenta para decidir acerca de la ley que rige el hecho.

Un delito se comete cuando se realiza la conducta típica, es decir, cuando se realiza la actividad voluntaria, y no cuando se produce el resultado de la misma. El delito estará *cometido* desde que se realiza la conducta y, en los casos en que la conducta puede escindirse temporalmente del resultado, se *consumará* con la producción de éste. Inversamente, en los delitos permanentes, el delito ya *consumado* se sigue cometiendo [74]. *De allí que sea menester distinguir comisión de consumación y, consiguientemente, tiempo de la comisión de tiempo de consumación.*

"El hecho está cometido en el tiempo en que el autor o el partícipe ha actuado", dice Bockelmann [75]. Baumann afirma que "en materia de ámbito temporal un hecho está cometido cuando su autor ha actuado" [76]. "El tiempo de comisión del hecho, contrariamente a la regla sobre el ámbito espacial de validez de la ley penal, se determina exclusivamente conforme a la acción,

72 SOLER, I, 211; FONTÁN BALESTRA, I, 294-5; igual, BRUNO, ANÍBAL, I, 273.

73 PAGLIARO, 126-7.

74 V. *infra*, § 552.

75 BOCKELMANN, 17.

76 BAUMANN, 70.

en tanto que el advenimiento del resultado permanece irrelevante" [77]. "Surgiendo la punibilidad al tiempo de la producción del resultado, el autor queda impune" [78]. "El tiempo de comisión del hecho se determina conforme al tiempo de la acción" [79]. La doctrina suiza sigue igual criterio: "La producción del resultado no es significante" [80]. Análogo es el critero seguido por la doctrina italiana [81].

La irrelevancia del resultado la consagra expresamente la ley alemana: "Un hecho se comete al tiempo en que haya actuado el autor o partícipe, o, en caso de omisión, en que hubiere debido actuar. La producción del resultado no es determinante" (parág. 8 del StGB).

No obstante, aún no queda solucionado el problema con la simple afirmación de que "tiempo de comisión" es tiempo de la realización de la conducta, pues la conducta tiene un momento inicial y un momento final, que en el tiempo pueden distanciarse considerablemente. Aún en los delitos instantáneos, la conducta puede conformarse en base a una pluralidad de actos, como puede ser el envenenamiento en pequeñas dosis. Con más razón sucederá esto en los delitos permanentes y en los habituales [82]. Aún en los delitos instantáneos en que no se agota el resultado, como en el incendio, cuando ya producido se sigue arrojando combustible para incrementarlo. ¿Cuál es en estos casos el momento de la comisión del hecho?

Puesto que la norma funciona como imperativo no sólo en el momento inicial, sino también a lo largo de todo el desarrollo de la conducta y hasta el momento en que se cumple el último acto, la lógica que se encuentra en la base del régimen de sucesión de leyes induce a tener, por tiempo de comisión del delito, el tiempo del último acto de la conducta. Sólo aquí cesa para la norma la posibilidad de funcionar como imperativo y por ello, a partir de este momento, el desarrollo ulterior del delito no cuenta a los fines de la sucesión de leyes [83].

El proyecto Gonella de 1968 señalaba la solución expresamente para zanjar cualquier duda: "El hecho se considera cometido en el tiempo en que una ley tiene vigencia siempre que durante el mismo se haya realizado el compor-

77 MEZGER-BLEI, 43; igual, HURTADO POZO, 168.
78 WELZEL, 25.
79 JESCHECK, 98.
80 SCHULTZ, I, 80.
81 BETTIOL, 133; PAGLIARO, 127; ANTOLISEI, 80; FROSALI, RAÚL ALBERTO, *Sistema Penale Italiano*, Torino, I, 1958, p. 292.
82 Cfr. PAGLIARO, loc. cit.
83 PAGLIARO, 128.

tamiento o la última parte del mismo" [84]. El mismo criterio impera en la jurisprudencia alemana: "Aquí el hecho se ha cometido también bajo la vigencia de la ley más severa, de modo que ésta debe aplicarse al mismo" [85]. En Brasil lo explicó con gran claridad Nelson Hungría, refiriéndose al delito continuado: "Es que a cada momento de tal permanencia está presente y militando, por acción u omisión, la voluntad del agente, no importando que ese estado de permanencia se haya iniciado bajo la ley antigua, ni si ésta incriminaba o no el hecho" [86]. Idéntica solución propugna Porte Petit en México y conforme a ella ha entendido la Corte Suprema mexicana que debe aplicarse la ley nueva [87].

La doctrina argentina parece sostener el criterio contrario al que hallamos en la doctrina extranjera y que afirmamos. Fontán Balestra afirma que el principio de ley más favorable "cubre todos los momentos del delito, desde el comienzo de la acción hasta el de la consumación y aún los de la prolongación de la segunda, característica ésta de los delitos permanentes o contínuos" [88]. En el mismo sentido afirma De la Rúa que debe aplicarse la ley más benigna, "pues los límites temporales del art. 2º se inician en el tiempo de la comisión, no de consumación" [89].

No cabe hacer entre nosotros ninguna distinción en este aspecto respecto de los textos legales sobre los que elaboró su criterio en la materia la doctrina italiana ("Si la ley del tiempo en que fue cometida la infracción y las leyes posteriores fueren distintas, se aplicará aquélla cuyas disposiciones sean más favorables al reo...") y la doctrina alemana ("a diferencia de leyes del tiempo de comisión de la acción hasta su juzgamiento, es aplicable la más benigna"), pues sustancialmente, el problema que plantean es el mismo. Actualmente, el texto alemán resuelve expresamente la cuestión en el sentido de la doctrina, pero la elaboración fue hecha sobre un texto similar al nuestro, al igual que el italiano, que no tiene solución legalmente consagrada en forma expresa.

El planteo hecho por Fontán Balestra y De la Rúa —y que compartía Jiménez de Asúa [90]— parte de un entendimiento errado del art. 2º del código. El artículo 2º *no obliga a aplicar la ley más benigna cuando dos o más leyes rijan sucesivamente durante el tiempo que dure la "comisión del hecho", sino que obliga a aplicar la ley más benigna de las que rijan en el tiempo intermedio entre el de comisión y el de extinción de los efectos de la condena.* La circunstancia de que el delito continuo o permanente sea un único delito no obsta a la solución: estamos de acuerdo en que es un único delito, pero el problema es determinar cuál es el tiempo de comisión de ese delito que se comete bajo la vigencia de dos leyes sucesivas, sin que la ley nos dé la solución en forma expresa.

84 BETTIOL, 133.

85 SCHÖNKE-SCHRÖDER, parág. 12, nº 12, con indicación de jurisprudencia del Tribunal Federal.

86 HUNGRÍA, NELSON, I, 136; igual, BRUNO, ANÍBAL, I, 272.

87 PORTE PETIT C., CELESTINO, *La validez temporal en la doctrina y en la legislación penal mexicana*, en RJV, 1969, 1, pp. 7 y ss.

88 FONTÁN BALESTRA, I, 295.

89 DE LA RÚA, 72.

90 JIMÉNEZ DE ASÚA, II, 550.

Los problemas que pueden plantearse serán cuando la ley que rige en la última parte de la conducta sea más gravosa que la que rigió la primera parte, pues en el caso inverso no habría dificultades. Si la ley penal ordena la retroactividad de la ley más benigna para evitar un tratamiento diferente a un hombre que cometió un hecho antes que otro cuando no media más que esa circunstancia, es absurdo que no rija la ley más gravosa en cuya vigencia la acción se estuvo realizando, para tratar más benignamente a uno de dos individuos que estuvieron cometiendo el mismo hecho en el mismo tiempo, por la sola circunstancia de que éste comenzó a cometerlo antes que el otro.

La solución que propugnamos fue sostenida correctamente entre nosotros por Eusebio Gómez, quien dejaba a salvo la impunidad de los actos cometidos en vigencia de la primera ley[91], lo que también hacen Bettiol y Schönke-Schröder[92]. Aclaraba Gómez que no se trata de retroactividad de la ley más gravosa, lo que queda a salvo por la exclusión de la aplicación de la misma a los actos anteriores. Actualmente, la solución correcta es propugnada por Fierro en el estudio más pormenorizado que sobre el particular se ha escrito en nuestra doctrina[93], aunque lo hace con un error en el enunciado del principio. En efecto: dice Fierro que la ley aplicable debe ser la del comienzo de la manifestación de voluntad, lo que le lleva a criticar nuestra formulación. No obstante, de inmediato pasa a ejemplificar su solución en forma plenamente coincidente con nuestros puntos de vista. Es muy ilustrativo el ejemplo que trae referido a la ley 18.701 y le asiste razón en la solución que da al caso: si el secuestro se sigue cometiendo en vigencia de la nueva ley, le es aplicable la nueva ley, con lo que no se viola la irretroactividad de la ley penal ni rige el principio del art. 2º del código, porque la primera ley a tomar en cuenta para hacer jugar la regla de la retroactividad de la ley más benigna es la del tiempo en que se desarrolla la última parte de la conducta. Si, tal como lo sostiene Fierro, fuese la vigente al tiempo de comenzar la manifestación de la voluntad, nunca se podría aplicar la ley que rigió la última parte de la conducta privativa de libertad.

Cuando ejemplificamos con el secuestro[94] y sostuvimos supletoriamente que la solución contraria es violatoria del principio de igualdad ante la ley, estábamos significando claramente que quien comenzó y terminó el secuestro en vigencia de la ley más gravosa sería precisamente quien vería afectado su derecho a ser tratado igual que quien lo comenzó antes y lo terminó (y por consiguiente también lo ejecutó) en vigencia de la misma ley. Violatoria del principio de igualdad ante la ley sería precisamente, la tesis que tanto Fierro como nosotros criticamos.

91 GÓMEZ, I, 153-4.

92 Así, BETTIOL, SCHÖNKE-SCHRÖDER, etc.

93 FIERRO, op. cit., p. 222.

94 V. *Manual*, 1977, p. 143.

En contra de la tesis que sostenemos se alzan varios argumentos, pero el que parece más serio y digno de consideración es el que objeta que la misma fracciona la conducta. Así, se dice que tanto en el delito permanente como en el continuado, la consideración propugnada fracciona los mismos [95].

No obstante, el argumento es más aparente que real, porque lo que se altera o cambia no es la conducta, sino el desvalor jurídico de la conducta. En el delito permanente, la conducta sigue siendo la misma, sólo que aumenta la intensidad del desvalor que recae sobre ella. En el delito continuado, sigue siendo voluntad legal la consideración unitaria de la reiteración fáctica, sólo que cambia el desvalor de la última o últimas reiteraciones. *Fraccionar el juicio valorativo no significa fraccionar la conducta desvalorada, al menos si se sostiene el concepto óntico de conducta.* El argumento sólo tiene validez para los partidarios de un cancepto "jurídico-penal" de la acción humana, creada por el tipo penal, pero no puede tenerlo para quienes partimos de la afirmación de que el tipo no crea ni modifica la conducta, sino únicamente el desvalor de la conducta, sin alterarla en cuanto a su estructura.

En el fondo, quienes comparten nuestra solución, pero sostienen la atipicidad de los actos ejecutivos realizados en vigencia de la ley anterior más benigna, también incurren en el error de confundir la mutación más gravosa del desvalor jurídico con un verdadero fraccionamiento de la conducta. En realidad, del único "fraccionamiento" o solución de continuidad de que es dable hablar es del fraccionamiento del desvalor jurídico. A nuestro parecer, los actos anteriores no tienen por qué ser atípicos —salvo, claro está, que la conducta no haya estado antes incriminada— sino que, dentro de nuestro sistema, la circunstancia de que esos actos ejecutivos anteriores, sean típicos de una ley menos gravosa, proporcionan al delito único un menor contenido de injusto que debe ser tenido en cuenta a los efectos del art. 41.

Puede argumentarse que la solución que propugnamos no sea respetuosa del principio de interpretación restrictiva de la ley penal, pero, como expresamos, si bien sostenemos que este principio tiene vigencia penal, también pensamos que el mismo no tiene carácter absoluto y debe ceder, cuando así lo requiere la racionalidad y la coherencia del orden jurídico.

Sintetizando las conclusiones de lo que hemos expuesto:

a) *Será irrelevante que el resultado sobrevenga durante la vigencia de una ley diferente más gravosa* (A dispara sobre B para matarle, y B muere un mes después a consecuencia de las heridas. Se le juzgará por homicidio conforme a la ley vigente al momento de herirlo, salvo que la posterior fuese más benigna. Si el resultado no sobreviene, se le juzgará como autor de tentativa —acabada— conforme a la ley vigente al tiempo de los disparos, salvo que la posterior sea más benigna).

b) *El que cometa un delito permanente en vigencia de dos leyes sucesivas será penado conforme a la ley que regía al realizar*

[95] Así, HURTADO POZO, op. cit., pp. 169, 172.

el último acto comisivo, aunque fuese más gravosa. (El que priva de libertad a otro y lo mantiene así dos meses, será penado conforme a la ley que rige en el momento en que hace cesar la privasión de libertad, aunque fuese más gravosa).

c) *Lo mismo rige para el caso en que la conducta se integre con pluralidad de actos, siendo más gravosa la ley que rige al tiempo de los últimos.* (El que suministra dosis de veneno a otro durante seis meses será penado conforme a la ley que regía al suministrarle la última dosis, aunque fuese más gravosa).

d) *El que comienza la ejecución y termina la conducta en tiempos diferentes será penado conforme a la ley vigente al terminar la conducta, aunque fuese más gravosa.* (El que abre una puerta y al día siguiente penetra en el recinto y se apodera de las cosas, comete un hurto que se pena conforme a la ley vigente al tiempo del apoderamiento y no a la ley que regía al tiempo de la apertura, aunque la ley vigente para el apoderamiento fuese más gravosa).

e) *En el caso de la tentativa acabada o inacabada que se prolonga en el tiempo y que no llega a consumarse, se aplicará la ley vigente al tiempo de la realización del último acto de tentativa, aunque fuese más gravosa.*

En cuanto al tiempo de la comisión de la conducta típicamente omisiva, conforme al criterio que acerca de la naturaleza de la omisión expresaremos más adelante, el tiempo será el de la realización de la conducta distinta de la debida, que coincidirá con aquél en que debía haberse cumplido la conducta debida: es el tiempo del otro hacer, del *aliud agere*, del hacer distinto de lo preceptuado al tiempo en que se debía hacer lo preceptuado.

101. **Las leyes desincriminadoras anómalas (leyes de amnistía).** La amnistía, en su etimología contiene una clara referencia al olvido. Se dice habitualmente que "borra el delito", y ello es cierto en la medida en que comprendamos que lo que "borra" es la tipicidad de la conducta mediante una desincriminación que opera de forma anómala, puesto que es una desincriminación "temporal". "El Congreso dicta el código penal —art. 67 inc. 11 CN—, lo que importa decir que fija los hechos que considera punibles, y es obvio que esa potestad lleva implícita la de borrar en ciertas circunstancias el carácter delictivo a determinados actos" [96]. De

[96] Cámara Fed. de B. Blanca, en JA, 52-398 (1935).

allí que en el art. 67 inc. 17 CN establezca que corresponde al Congreso "conceder amnistías generales".

Las provincias tienen la facultad de conceder amnistías en la medida en que no han delegado la facultad legislativa penal (art. 32 constitucional) o en que el código nacional no ha hecho uso de la facultad delegada (contravenciones penales). Este principio se deriva de que quien puede incriminar es también quien puede desincriminar, y la amnistía tiene el carácter de una *abolitio publica* [97], dada la necesidad de que sea una ley en sentido formal y material [98].

En este sentido es correcta la expresión que usa Constant: "La amnistía es un acto de soberanía del Poder Legislativo" [99]. Schultz parece reconocerle también este carácter de *abolitio*, aunque no queda del todo claro lo que quiere significar cuando define a la amnistía como "abolición e indulto para un grupo de acciones punibles" [100].

La amnistía es una ley desincriminadora, aunque anómala, pues presenta la particularidad de no eliminar los tipos, sino de interrumpir su vigencia. En este sentido, las leyes de amnistía crean una abolición lacunar de la ley penal, que podría denominarse "tipo de amnistía". Así, por ejemplo, un "tipo" de amnistía sería el siguiente: "los delitos cometidos con ocasión de la insurrección armada del 26 de julio de 1890". Dentro del ámbito de esta individualización cesa cualquier efecto de la tipicidad penal de la conducta.

Nuestra Constitución Nacional se refiere a "amnistía generales". La expresión "general" no se aclara qué implica y tampoco arroja luz a su respecto el debate constituyente. Por "general" creemos que debe entenderse que la amnistía no puede referirse a personas o hechos individualizados, sino a hechos que presenten ciertas características [101]. De allí que pueda decirse que la amnistía tiene carácter "impersonal" [102]. En nuestro país serían inconstitucionales las amnistías "patrióticas" del tipo de la francesa de 1919, en que se amnistiaban los hechos de los ex-combatientes

97 Cfr. PANNAIN, 965.

98 En otros sistemas se discute si la amnistía es ley formal (v. BETTIOL, 732).

99 CONSTANT, JEAN, *Précis de Droit Pénal. Principes généraux du Droit pénal positif belge*, Liège, 1967, p. 575.

100 SCHULTZ, I, 200.

101 Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 251-2.

102 Cfr. PORTO, JESÚS E., *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. Bs. As., 1956, p. 73.

inutilizados para trabajar como consecuencia de hechos de guerra y de las viudas y huérfanos de soldados [103].

La amnistía suele dictarse con referencia a delitos políticos, pero no hay ninguna limitación de esta naturaleza [104]. Es verdad que de hecho nuestras amnistías se han referido regularmente a los delitos políticos y conexos [105], pero ello no impide que la amnistía se extienda a delitos comunes [106], criterio que se comparte en la doctrina extranjera [107]. Entre nuestras últimas leyes de amnistía, la ley 19.216, del 9 de setiembre de 1971, amnistió "los delitos establecidos en los artículos 139 y 393 del código penal que se hubieren cometido mediante falsa inscripción de menores como hijos propios, siendo ellos ajenos, siempre que en la ejecución de los hechos no se hubiere obrado con fin de lucro o con propósito de causar perjuicio".

La amnistía puede dictarse antes, durante o después del procesamiento, a diferencia del indulto, que sólo puede dictarse durante el procesamiento o después de la sentencia [108]. Ello obedece a que el indulto elimina sólo la penalidad impuesta o conminada, en tanto que la amnistía elimina la delictuosidad del hecho (su tipicidad). De allí que conforme al inciso 2º del art. 59, la amnistía extinga "la acción penal", puesto que no puede permanecer la pretensión punitiva por un hecho desincriminado que ha perdido *su tipicidad penal* y que *su inmediata consecuencia procesal sea el* sobreseimiento [109].

Cuando media condena, la amnistía tiene los mismos efectos que la ley desincriminatoria: "la amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción

103 Sobre ellas, MILLÁN, ALBERTO S., *Amnistía penal*, Bs. As., 1958, p. 32.

104 Cfr SOLER, II, 452; NÚÑEZ, *Manual*, 252.

105 Una relación de las amnistías hasta 1958 en MILLÁN, op. cit., pp. 7 y ss.; sobre la oscuridad del concepto de delito "conexo", PRATS CARDONA, JAIME *Delitos comunes conexos con delitos políticos*, en LL, 94-859; COLAUTTI, CARLOS E., *Aspectos constitucionales de la ley de amnistía*, en "Doctrina Jurídica", La Plata, 115, p. 119.

106 La limita a delitos políticos WERNER GOLDSCHMIDT, *¿Qué es y por qué se concede una amnistía?*, en LL, 90-668; la Corte Suprema ha declarado que no hay problema constitucional en amnistiar delitos comunes (*Fallos*, 178-157).

107 Así, DONNEDIEU DE VABRES, H., *Traité de droit criminel et de Législation pénale comparée*, París, 1947, p. 552; sobre las últimas amnistías en Francia, en 1962 para la insurrección argelina, en 1953 y 1956 por conflictos colectivos de trabajo, DECOCQ, ANDRÉ, *Droit Pénal Général*, París, 1971, p. 355.

108 V. *infra*, § 587.

109 Cfr. MAURACH, 947.

de las indemnizaciones debidas a particulares" (art. 61). La excepción establecida en la última parte del art. 61 es explicable, puesto que la amnistía elimina sólo la tipicidad de la conducta, pero no por ello aparta su antijuridicidad, que queda intacta, no correspondiendo hacer distinción alguna entre daño material y moral [110]. Tampoco extingue la responsabilidad administrativa, salvo que la ley respectiva lo disponga expresamente [111] La atipicidad sobreviniente de la conducta hace que a los efectos de la reincidencia no se puedan tomar en cuenta los delitos amnistiados, como expresamente lo consagra el art. 50 del código, párrafo 3º. Tampoco creemos que puedan tomarse en cuenta a los efectos de los arts. 51 y 52, y si la pena impuesta por este último queda sin sustento legal por efecto de la amnistía recaída en alguno de los hechos considerados, debe revisarse esa medida.

La circunstancia de que nuestro código penal se ocupe de la amnistía en los arts. 59 y 61, ha llevado a nuestros autores a tratarla en las "causas de exclusión de la acción" y "de la pena", lo que creemos inconveniente. La amnistía extingue la acción y la pena al igual que cualquier otra ley desincriminatoria y si el código penal se ocupa expresamente de sus efectos, es para que no quede duda acerca de su naturaleza. El problema de la amnistía es el de la retroactividad de la ley desincriminadora y no corresponde su tratamiento como impedimento para la operatividad de la coerción penal —tal como hacen nuestros autores [112]— puesto que, con el mismo criterio, hubiesen debido tratar allí la desincriminación en general. La amnistía opera una suerte de interrupción de la ley penal tipificadora.

Dado su carácter de ley desincriminadora, la amnistía no puede ser rechazada por el beneficiario, sea procesado o condenado, a diferencia del indulto, que puede ser rechazado por el indultado procesado cuando afecta su derecho de defensa en juicio.

Basileu García sostiene que es procedente la revisión judicial con el objeto de probar la inocencia del amnistiado. Esto lo funda, para el derecho brasileño, afirmando que "en nuestro derecho judiciario penal no se la deniega ni hasta para la rehabilitación de la memoria del muerto", agregando que "la analogía procesal es principio jurídico" [113]. No podemos compartir esta opinión, puesto que la ley de amnistía es una ley desincriminatoria, por muy anómala que sea esa desincriminación. Una amnistía implica la eliminación del

110 NÚÑEZ, JOSÉ MANUEL, en "Enc. Jur. Omeba", I, 672, sostiene que extingue la responsabilidad por daño moral.

111 Cfr. CREUS, 174.

112 Así, SOLER, II, 452; NÚÑEZ, *Manual*, 252; FONTÁN BALESTRA, III, 454; CREUS, 173; ARGIBAY MOLINA, II, 445.

113 GARCÍA, BASILEU, *Instituiçoes*, S. Paulo, 1977, p. 674.

desvalor jurídico de la conducta en cuanto al derecho penal respecta y, jurídicamente, no puede admitirse la pretensión de probar en sede penal que no se ha cometido lo que no es delito. El carácter de *abolitio* que la amnistía tiene es incompatible con esa pretensión, que más bien pertenece a un tribunal de honor que a un organismo jurisdiccional.

Da la sensación de que el código penal, al referirse a la amnistía en los artículos 59, 6 y 50, ha querido regular más los efectos retroactivos de la ley desincriminadora anómala que los de la usual, lo que parece una contradicción. No obstane, no es así, sino que ha debido ocuparse de establecer en estas disposiciones los caracteres esenciales de la amnistía, para que la misma no se confunda con otras instituciones y quede claro que se trata de leyes desincriminadoras. De este carácter se derivan todas sus consecuencias.

En ellas, recordemos que no podrá amnistiarse el hecho del autor sin que esa amnistía beneficie la acción del partícipe. La condena por el delito amnistiado no podrá tomarse en cuenta a los efectos del art. 26 del código penal. En cuanto a la parte cumplida, ésta lo habrá sido conforme a la ley hasta la desincriminación, por lo que el autor del delito amnistiado no podrá reclamar la devolución de la parte de multa que haya pagado. Las medidas de internación para sujetos no responsables también cesan, sin perjuicio de que se pueda procurar la continuación de la internación —y el juez puede tener la obligación de hacerlo por la vía civil o psiquiátrica—. El cumplimiento de la pena excluirá la posibilidad de beneficiarse con la amnistía, aunque creemos que el autor puede pedir la eliminación del antecedente para cualquier efecto ulterior. La muerte del autor parecería hacer improcedente la aplicación de la amnistía, pero creemos que los herederos pueden solicitarla cuando demuestren satisfacer con ello algún interés legítimo[114].

En cuanto a las consecuencias civiles, quedó expresado que no extingue la acción civil, pero si la misma se intentó en sede penal, debe acudirse a la civil operando la acción entablada en el proceso penal como interruptiva de la prescripción civil[115].

En nuestra legislación positiva, el código penal se compagina totalmente con la Constitución Nacional; ésta requiere que la amnistía sea una ley, la que no puede tener otra eficacia que una desincriminación, y el código penal le otorga, precisamente, la relevancia de una ley que elimina la tipicidad.

114 Cfr. MILLÁN, 84-5.
115 Idem, 97.

II - EL DERECHO DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL RESPECTO DE PERSONAS QUE DESEMPEÑAN DETERMINADAS FUNCIONES

102. **Concepto.** La ley argentina en materia penal es aplicable dentro de su ámbito espacial y temporal, a todas las personas por igual, en virtud de lo dispuesto por el artículo 16 constitucional y de lo que en consonancia preceptúa el artículo 1º del código civil.

Artículo 16 constitucional: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento. No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles a los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas". Artículo 1º del código civil: "Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes."

Respecto de algunas personas que desempeñan ciertas funciones, la Constitución Nacional establece el cumplimiento de ciertos requisitos procesales para que puedan ser sometidas a los jueces en casos de delitos y lo propio hacen las Constituciones provinciales en sus ámbitos. Se trata de un ante-juicio, es decir, de condiciones extraordinarias para el procesamiento [116], cuyo estudio corresponde al derecho procesal penal. Cabe distinguir, pues, entre *indemnidad* e inmunidad de ciertos funcionarios [117]. La inmunidad es, precisamente, la condición extraordinaria de procedibilidad: el desafuero, el juicio de responsabilidad política, por ejemplo.

En lugar, hay indemnidad cuando los actos de una persona, o ciertos actos de una persona, quedan fuera de la responsabilidad penal. Este segundo aspecto toca directamente al derecho penal, aunque no se trata de normas propiamente penales, sino de limitaciones a la aplicación del derecho penal que provienen de otras ramas del orden jurídico; de allí que sea más propio denominarlas "normas de derecho de aplicación de la ley penal" [118]. A las ramas del derecho de que provienen corresponde precisar en mayor medida su alcance e interpretación. En el ámbito del derecho penal, nos compete determinar su alcance penal.

Dada la terminante disposición del art. 16 constitucional, en la Argentina nadie puede ser excluído de la ley penal en conside-

116 Cfr. SOLER, I, 213.
117 Cfr. JESCHECK, 128.
118 Cfr. MEZGER-BLEI, 26.

ración a su persona, como sucede en las monarquías respecto de la persona del monarca, y tampoco cabe extender las excepciones al principio de igualdad que ellas implican. El carácter procesal de las inmunidades tampoco autoriza su extensión por ley, porque de cualquier manera implican excepciones al principio de igualdad y, consiguientemente, sólo corresponden cuando reconocen su fundamento y consagración en la Constitución. La ley 20.615, que establecía una inmunidad para los dirigentes sindicales, quizá hubiese podido justificarse partiendo de la base de que es necesaria para el ejercicio del derecho de huelga que consagra la Constitución Nacional y limitada, en consecuencia, a ciertos delitos (desobediencia, por ejemplo). En la forma en que este privilegio estaba legislado es obvio que era inconstitucional, especialmente porque el "desafuero" se hallaba en la órbita del Poder Ejecutivo [119].

El emperador y los príncipes confederados estaban excluídos de la ley penal alemana hasta 1918, por disposición constitucional y, parcialmente, por derecho consuetudinario [120]. El art. 4º del Estatuto Albertino declaraba a la persona del rey "sagrada e inviolable", absolutamente incapaz de violaciones a obligaciones penales, al igual que a la reina y al regente [121]. El art. 8º del Tratado de Letrán declara a la persona del Sumo Pontífice "sacra e inviolable" [122]. El art. 63 de la constitución belga considera "inviolable la persona del Rey" [23].

La naturaleza de estas excepciones es discutible. Binding consideraba que "el emperador y los príncipes son incapaces de pena y por ello no son perseguibles judicialmente" [124]. Parecería ser que para Binding se trataba de una causa personal de exclusión de pena, en tanto que para Merkel era un "derecho mayestático" [125], lo que lo acercaría más a una ausencia de injusto.

De todas formas, se trata de supuestos que son totalmente extraños a nuestro derecho.

No obstante, hay dos excepciones de carácter funcional que vienen impuestas por el derecho constitucional y por el derecho internacional. Se trata de la *indemnidad* de que gozan las opiniones parlamentarias y de la *inmunidad de jurisdicción* que para

119 Cfr. NARDILLO, MIGUEL A., *La inmunidad de los dirigentes sindicales en sede penal*, en LL, 11-feb-1976.

120 Cfr. MAURACH, 129.

121 Cfr. PANNAIN, 207; sobre la indemnidad de los reyes en general, CUELLO CALÓN, I, 260.

122 Cfr. BETTIOL, 151; sobre la situación anterior, FLORIAN, I, 227.

123 V. CONSTANT, JEAN, *Précis*, p. 76.

124 BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 668.

125 MERKEL, I, 407.

el derecho penal argentino tienen los ministros, embajadores y jefes de Estados extranjeros.

103 **Indemnidad de las opiniones parlamentarias.** El art. 60 constitucional dispone que "ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador".

Observando atentamente el precepto, se comprueba que no se trata de una indemnidad personal; porque lo que en verdad se halla fuera del alcance de la ley penal son los actos y no el actor por su calidad de tal. No se trata de una inmunidad, puesto que aún cuando el legislador cesare en su mandato, sigue amparado por la indemnidad del acto.

Es tan evidente que lo que queda fuera del alcance del tipo es el acto y no el actor, hasta el punto de que no es relevante la renuncia que éste pueda hacer a la indemnidad [126].

Cabe observar que lo que queda excluído de la ley penal son las acciones de opinar o pronunciar discursos desempeñando el mandato de legislador, es decir, dentro del recinto de la Cámara —de Senadores o de Diputados— en sus comisiones, o fuera del recinto de la Cámara o de las Comisiones, siempre que fuese en el desempeño de ese mandato. La indemnidad se extiende a los actos similares de los convencionales constituyentes.

No nos incumbe aquí determinar con precisión el alcance de esta limitación, tarea que es más propia del derecho constitucional, pero debemos esclarecer sus efectos penales, para lo cual es menester penetrar su naturaleza jurídica, acerca de la cual se han sostenido muy diversas teorías.

A nuestro entender, se trata de una disposición constitucional que acarrea, en nuestro campo, la *atipicidad penal de la conducta*, es decir, que la conducta permanece antijurídica, contraria al derecho, pero no es relevada penalmente como presunción de delito. De la circunstancia de que se mantenga su antijuridicidad, se deduce la admisión de la legítima defensa contra la misma. Por otra parte, ninguna duda cabe de que el legislador que así procede puede causar un perjuicio y, si bien no puede ser citado judicialmente a los efectos civiles, en caso que espontáneamente

126 COUSIÑO MACIVER, 149.

indemnice a la víctima, carecerá del derecho a repetir lo pagado, pues se tratará del cumplimiento de una obligación natural (art. 515 del Código Civil).

Al mismo tiempo, la ausencia de tipicidad de la conducta del legislador impide la incriminación del partícipe, que la doctrina dominante admite, pero que por nuestra parte consideramos que debe ser una consecuencia ineludible de la conducta. Piénsese en lo que quedaría reducida la misma si se admitiese la penalidad de la conducta de quienes cooperan con el legislador, incluso materialmente, o de los organismos partidarios que le recomiendan que pronuncie el discurso o vierta la opinión.

Las opiniones que se han sostenido respecto de la naturaleza jurídica de la indemnidad de los discursos y opiniones parlamentarias son harto divergentes. Para Maggiore, se trata de una exclusión de la obligatoriedad de la ley penal: "se les considera fuera del derecho penal de modo absoluto o parcial. Para ellos la ley penal no es sólo inaplicable, sino que se la considera, respecto a ellos, inexistente, así sea como precepto o como sanción. Se trata, en sustancia, de excepciones al principio de obligatoriedad de la ley penal" [127]. A esto observa con razón Antolisei que, "por su posición elevada están, más que todos los otros, vinculados a la observancia de los dictados de las leyes" [128].

Otra corriente de opinión, de la que participaba Manzini, afirmaba que "las causas que pueden excluir la capacidad de derecho son naturales y políticas", o sea que "un hombre puede tener en sí todos los requisitos naturales exigidos para la capacidad de derecho penal y, no obstante ello, estar privado de la misma por causas políticas" [129]. Con toda razón observa Bettiol que la capacidad de derecho penal no es una mera categoría formal creada por el derecho, sino que debe responder a la naturaleza de las cosas, "so pena de terminar en una fórmula vacía". "El caso del enfermo de la mente, o, mejor, su incapacidad penal, es del todo diferente a la 'incapacidad' del jefe del Estado o de la Iglesia" [130].

También se ha sostenido que el legislador actúa amparado por una causa de justificación [131], lo que no es posible suscribir, porque lleva a negar la posibilidad de la legítima defensa y se concluye en la insostenible afirmación de que el legislador tiene derecho a injuriar, calumniar, desacatar, violar secretos, etc. En caso contrario, es necesario entrar en distinciones acerca del exceso, que es lo que hace Jiménez de Asúa, justamente criticado por Nuñez [132].

En la doctrina nacional la opinión es un tanto oscura. Soler afirma que el acto es ilícito, pero que "está exento de la autoridad de los magistrados,

127 MAGGIORE, I, 186.

128 ANTOLISEI, 107.

129 MANZINI, I, 642-3.

130 BETTIOL, 153; también MAGGIORE, loc. cit.; ANTOLISEI, 108.

131 Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, II, 1070.

132 V. NÚÑEZ, I, 189.

sólo con referencia al que desempeña la función" [133]. Nuñez dice que la pena queda excluída por altos fines políticos, "que no miran la criminalidad de un acto determinado en sí mismo, como sucede con relación a las causas de justificación y de exclusión de la pena regulada por la legislación ordinaria, sino la libertad del ejercicio de la función legislativa, considerada genéricamente, lo que conduce a la inaplicabilidad de la ley penal, cosa que no ocurre respecto de aquellas causas, las cuales suponen esa aplicación, aunque en sentido negativo, mediante el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales de justicia, jurisdicción que no procede frente a la inmunidad del art. 60 de la Constitución, pues los jueces carecen de ella para conocer de causas de esta índole" [134]. El argumento de Nuñez nos parece convincente y bien estructurado, pero creemos que no llega hasta sus últimas consecuencias: no dice qué le falta al hecho para que no sea delito y para que los jueces no puedan intervenir y, la respuesta, a nuestro juicio, no puede ser otra que la ausencia de tipicidad penal.

La teoría extranjera dominante considera que se trata de una causa personal de exclusión de pena [135]. Contra esta opinión puede argumentarse que no es a la persona a la que se excluye de la pena, sino que son ciertos actos de la persona que quedan marginados de la ley penal misma.

Cabe agregar que hay un acto de los legisladores, cometido en el ejercicio de su función, que por expresa disposición constitucional debe ser penado. Se trata de la previsión del art. 29 constitucional: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los Gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria". La previsión penal pertinente se encuentra en el art. 227 del código penal, que remite para la pena al art. 215 del mismo cuerpo.

104. **Inmunidades impuestas por el derecho internacional.** Las relaciones que regula el derecho internacional público entre Estados soberanos, imponen ciertas limitaciones al principio de que el derecho nacional es aplicable a todas las personas que se hallan en el territorio nacional, cualquiera sea su nacionalidad. Las con-

133 SOLER, I, 219.

134 NÚÑEZ, loc. cit.

135 Así, ANTOLISEI, 108; BETTIOL, 154; BAUMANN, 58; JESCHECK, 128; SCHULTZ, I, 92; COUSIÑO MACIVER, 150; BRUNO, ANÍBAL, I, 250.

secuencias que tendría el desconocimiento de estas excepciones serían catastróficas para cualquier aplicación racional de normas jurídicas a la regulación de esas relaciones.

Está hoy abandonada la vieja ficción que consideraba a las sedes de las representaciones extranjeras como territorio del país acreditante, y fórmulas más racionales y acordes con la naturaleza de las cosas, han venido a reemplazarla.

En primer lugar, la costumbre internacional consagra la inmunidad del jefe de Estado extranjero que se halla en territorio nacional, no sólo cuando se trata de una visita oficial —caso en que también se extiende a todos los integrantes del grupo que oficialmente viaja con él— sino aún cuando se hallare en visita privada [136]. Esta inmunidad la garantiza el art. 221 del código penal, que pena al "que violare las inmunidades del jefe de un Estado o del representante de una potencia extranjera".

Análoga inmunidad se reconoce a la fuerza armada que se encuentra en el territorio en tiempo de paz y con acuerdo del gobierno. Estas excepciones se hallan expresamente establecidas en el art. 7º del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1940: "Para el juzgamiento de los delitos cometidos por cualquiera de los funcionarios de una misión diplomática y de sus respectivas familias se observarán los principios señalados por el derecho internacional público. Igual procedimiento se seguirá tratándose de los jefes de Estado y de su séquito y de los miembros de un cuerpo de ejército, cuando el delito haya sido cometido en el perímetro de su sede y tenga relación legal con dicho ejército".

La inmunidad más importante es la consagrada internacionalmente respecto de los representantes de países extranjeros. Los tratados internacionales y la costumbre habían hecho que se respetase esta inmunidad a su respecto, limitándose siempre el Estado receptor, en caso de delito común, a la declaración del autor como persona *non grata*. El art. 100 de la Constitución Nacional establece que "corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de... las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros". El art. 101 constitucional fija la competencia originaria

[136] Cfr. FIERRO, GUILLERMO J., *La ley penal y el derecho internacional*, Bs. As., 1976, p. 115.

de la Corte Suprema en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros. No obstante, la Corte Suprema no se limita a aplicar el código penal, sino que debe resolver conforme lo dispone el derecho internacional, y así lo preceptúa el art. 21 del código de procedimientos penales federal: "La Suprema Corte Nacional conocerá originariamente de las causas criminales concernientes a embajadores, ministros o agentes diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación, a los individuos de su familia o servidumbre, del modo y en los casos en que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho internacional". Se ha entendido que la competencia originaria en materia penal corresponde a la Corte Suprema sólo cuando el diplomático es parte formalmente —como querellante— pero no cuando es simple damnificado [137].

En la actualidad, la inmunidad diplomática se encuentra reglada por la *Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas*, del 18 de abril de 1961, a la que nuestro país ha adherido por decreto-ley 7672 del 13 de setiembre de 1963 [138].

La Convención de Viena reconoce que las "inmunidades y privilegios se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados". Conforme a ello, el art. 29 preceptúa: "La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de retención o arresto. El Estado receptor lo tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad".

A este respecto es menester tener en cuenta la diferencia que media entre inmunidad e "inviolabilidad". En realidad, parecería haber una cierta superposición parcial de ambas, pero lo cierto es que la inmunidad es una prohibición para el Estado receptor de afectar la persona del representante con acciones lícitas, en tanto que la inviolabilidad es un mandato, consistente en garantizar la persona del representante frente a ataques ilícitos [139].

El art. 31 establece claramente que "el agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor".

137 V. "El Derecho", 16-X-76.

138 El depósito del Instrumento de Ratificación fue el 10 de octubre de 1963, y la entrada en vigencia para nuestro país el 24 de abril de 1964.

139 Sobre ello, FIERRO, op. cit., p. 112.

Partiendo de que la inmunidad tiene carácter funcional, los párrafos 5 y 6 del art. 27 la extienden a los correos diplomáticos: "5. El correo diplomático, que debe llevar consigo un documento oficial en el que conste su condición de tal y el número de bultos que constituyan la valija, estará protegido en el desempeño de sus funciones por el Estado receptor. Gozará de inviolabilidad personal y no podrá ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. 6. El Estado acreditante o la misión podrán designar correos diplomáticos *ad hoc*. En tales casos se aplicarán también las disposiciones del párrafo 5 de este artículo, pero las inmunidades en él mencionadas dejarán de ser aplicables cuando dicho correo haya entregado al destinatario la valija diplomática que se le haya encomendado".

La inmunidad se extiende también a la familia del diplomático y a los miembros del personal administrativo y técnico de la representación y su familia y aún al personal de servicio de la representación.

"1. Los miembros de la familia de un agente diplomático que formen parte de su casa gozarán de los privilegios e inmunidades especificados en los artículos 29 a 36, siempre que no sean nacionales del Estado receptor.

2. Los miembros del personal administrativo y técnico de la misión, con los miembros de su familia que formen parte de sus respectivas casas, siempre que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, gozarán de los privilegios e inmunidades mencionados en los artículos 29 a 35, salvo que la inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa del Estado receptor, especificada en el párrafo 1º del art. 31, no se extenderá a los actos realizados fuera del desempeño de sus funciones. Gozarán también de los privilegios especificados en el párrafo 1º del art. 36 respecto de los objetos importados al efectuar su primera instalación.

3. Los miembros del personal de servicio de la misión que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, gozarán de inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones, de exención de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios y de la exención que figura en el art. 33".

El art. 38 exceptúa de la inmunidad el caso en que el diplomático sea nacional o residente permanente en el Estado receptor: "1. Excepto en la medida en que el Estado receptor conceda otros privilegios o inmunidades, el agente diplomático que sea nacional de ese Estado o tenga en él residencia permanente, sólo gozará de inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad por los actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones".

Los arts. 39 y 40 agotan las consecuencias de la funcionalidad de la inmunidad: "*Art.* 39: 1º) Toda persona que tenga derecho a privilegios e inmunidades gozará de ellos desde que penetre en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo o, si se encuentra ya en ese territorio, desde que su nombramiento haya sido comunicado al Ministerio de Relaciones Exte-

riores o al Ministerio que se haya convenido. 2º) Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aún en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión. 3º) En caso de fallecimiento de un miembro de la misión, los miembros de su familia continuarán en el goce de los privilegios e inmunidades que les correspondan hasta la expiración de un plazo razonable en el que puedan abandonar el país. 4º) En caso de fallecimiento de un miembro de la misión que nó sea nacional del Estado receptor ni tenga en él residencia permanente, o de un miembro de su familia que forme parte de su casa, dicho Estado permitirá que se saquen del país los bienes muebles del fallecido, salvo los que hayan sido adquiridos en él y cuya exportación se halle prohibida en el momento del fallecimiento. No serán objeto de impuestos de sucesión los bienes muebles que se hallaren en el Estado receptor por el sólo hecho de haber vivido allí el causante de la sucesión como miembro de la misión o como persona de la familia de un miembro de la misión. *Art. 40*: 1º) Si un agente diplomático atraviesa el territorio de un tercer Estado que le hubiera otorgado el visado del pasaporte si tal visado fuere necesario, o se encuentra en él para ir a tomar posesión de sus funciones, para reintegrarse a su cargo o para volver a su país, el tercer Estado le concederá la inviolabilidad y todas las demás inmunidades necesarias para facilitarle el tránsito o el regreso. Esta regla será igualmente aplicable a los miembros de su familia que gocen de privilegios e inmunidades y acompañen al agente diplomático o viajen separadamente para reunirse con él o regresar a su país. 2º) En circunstancias análogas a las previstas en el párrafo 1º de este artículo, los terceros Estados no habrán de dificultar el paso por su territorio de los miembros del personal administrativo y técnico, del personal de servicio de una misión o de los miembros de sus familias. 3º) Los terceros Estados concederán a la correspondencia oficial y a otras comunicaciones oficiales en tránsito, incluso a los despachos en clave o en cifra, la misma libertad y protección concedida por el Estado receptor. Concederán a los correos diplomáticos a quienes hubieren otorgado el visado del pasaporte si tal visado fuere necesario, así como a las valijas diplomáticas en tránsito, la misma inviolabilidad y protección que se halla obligado a prestar el Estado receptor. 4º) Las obligaciones de los terceros Estados en virtud de los párrafos 1º, 2º y 3º de este artículo serán aplicables a las personas mencionadas respectivamente en esos párrafos, así como a las comunicaciones oficiales y a las valijas diplomáticas, que se hallen en el territorio del tercer Estado a causa de fuerza mayor".

La *naturaleza* de estas *inmunidades* debe ser cuidadosamente distinguida de la que corresponde a las indemnidades parlamentarias. En estos casos se trata sólo de una inmunidad para la jurisdicción del Estado receptor, pero que hasta puede ser renunciada por el Estado acreditante. Así lo dispone expresamente la Convención de Viena, que expresa en su art. 31 párrafo 4º: "La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado

receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante". El art. 32 dispone: "1. El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos y de las personas que gocen de inmunidad conforme al art. 37. 2. La renuncia ha de ser siempre expresa".

Esto viene a confirmar la teoría según la cual se había sostenido que la inmunidad diplomática tenía el carácter de una dilación procesal [140], contra la teoría que la había considerado una causa personal de exclusión de pena [141].

En cuanto a los cónsules, la cuestión está regida actualmente por la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, celebrada el 24 de abril de 1963, que le reconoce ciertas inmunidades, aunque más limitadamente, puesto que se limitan a los delitos leves. El párrafo 1 del art. 41 de la citada convención —que fue ratificada por la Argentina por ley 17.081 del 23 de diciembre de 1966— dispone: "Los funcionarios consulares no podrán ser detenidos sino cuando se trata de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente". El párrafo 2 agrega que "excepto en el caso previsto en el párrafo 1º de este artículo, los funcionarios consulares no podrán ser detenidos ni sometidos a ninguna otra forma de limitación de su libertad personal, sino en virtud de sentencia firme".

No obstante, los funcionarios consulares no están sometidos nunca a la jurisdicción del país receptor cuando se trata de actos realizados en el ejercicio de sus funciones: "Los funcionarios y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares" (art. 43). Al igual que en el caso de los diplomáticos, la inmunidad puede ser renunciada por el Estado acreditante: "El Estado que envía podrá renunciar, respecto de un miembro de la oficina consular, a cualquiera de los privilegios e inmunidades establecidos en los artículos 41, 43 y 44" (art. 45 párrafo 1). "La renuncia habrá de ser siempre expresa, excepto en el caso previsto en el párrafo 3 de este artículo, y habrá de comunicarse por escrito al Estado receptor (art. 45 párrafo 2).

140 Cfr. SOLER, I, 215; BAUMANN, 57; JESCHECK, 128.

141 Así, MAURACH, 130; SCHÖNKE-SCHRÖDER, parág. 3, nº 19.

ÍNDICE

PREFACIO 9
PLAN DE EXPOSICIÓN 13
ABREVIATURAS MÁS USADAS 15

PRIMERA PARTE

TEORÍA DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

TÍTULO PRIMERO

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

1. Plan de exposición 13

CAPÍTULO I

EL HORIZONTE DE PROYECCIÓN O DE TRASCENDENCIA DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL

I - EL DERECHO PENAL

2. La legislación penal y la ciencia del derecho penal 23
3. La denominación 26

4. El horizonte de proyección o de trascendencia de la ciencia del derecho penal 27
5. El derecho penal y la filosofía 30
6. El carácter público del derecho penal y el límite de ingerencia del Estado 32
7. El límite constitucional de ingerencia del Estado en relación con la función constitucional de la pena. 39

II - FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

8. Planteamiento 43
9. ¿Seguridad jurídica o defensa social? 44
10. ¿Tutela de bienes jurídicos o de valores éticos? 48

III - EL COMETIDO ASEGURADOR DEL DERECHO PENAL EN EL MARCO DEL ORDEN JURÍDICO

11. El derecho penal y su carácter diferenciador 54
12. El carácter sancionador del derecho penal y su autonomía 58

IV - LA COERCIÓN PENAL COMO MEDIO DE PROVEER A LA SEGURIDAD JURÍDICA

13. El concepto previo de coerción penal 61
14. La pena en la estructura de la ley penal: su objeto y su medio 64
15. La resocialización como medio preventivo especial 73
16. El concepto doctrinario de pena 77
17. Las llamadas "teorías de la pena" 82
18. Crítica del concepto contemporáneo de "retribución" ... 88

V - LAS "MEDIDAS"

19. Las medidas en nuestro código penal 91
20. Las penas sin delito (o sea, las llamadas "medidas predelictuales") 99
21. Las medidas administrativas para incapaces psíquicos de delito (las llamadas usualmente "medidas de seguridad para inimputables") 102
22. La agravación indeterminada de las penas (las llamadas "medidas de seguridad post-delictuales") 103
23. Conclusiones 121

CAPÍTULO II

LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

I - LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL EN SENTIDO ESTRICTO

24. Precisión de algunos conceptos 123
25. Fuentes de producción y de conocimiento del derecho penal: el principio de legalidad penal 131
26. El destinatario de la norma penal 147

II - EL DERECHO PENAL COMO MATERIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA PENAL

27. Concepto de política penal 149
28. Política penal y legislación penal 153
29. La política penal y la dogmática penal 156
30. La función crítica de la política penal 158
31. Política penal, derecho penal y filosofía 159

III - LAS FUENTES DE INFORMACIÓN SOBRE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

32. Las fuentes de información de la ciencia del derecho penal en la Argentina 160
33. Panorama general sobre las principales fuentes de información de la ciencia del derecho penal en el extranjero .. 164

CAPÍTULO III

EL DERECHO PENAL Y OTRAS DISCIPLINAS: LÍMITES Y RELACIONES

I - EL DERECHO PENAL Y OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

34. Derecho penal y derecho constitucional 183
35. El esquema general de las disciplinas jurídico-penales ... 191
36. Derecho penal y derecho procesal penal 192
37. Derecho penal y derecho de ejecución penal 200

38. Derecho penal y derecho penal militar 209
39. Derecho penal y derecho del menor 220
40. El derecho penal y el derecho administrativo 234
41. El derecho penal y el derecho internacional 250

II - RELACIONES Y DELIMITACIONES DEL DERECHO PENAL RESPECTO DE DISCIPLINAS NO JURÍDICAS

42. Las ciencias de la conducta 264
43. Las "ciencias penales" 274

CAPÍTULO IV

EL MÉTODO DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL

I - EL MÉTODO DE LA CIENCIA JURÍDICA Y DEL DERECHO PENAL

44. La dogmática jurídica 277
45. Exposición de nuestro punto de vista 278
46. Dogmática y positivismo (origen positivista del método) .. 286
47. Dogmática y jurisprudencia de conceptos 288
48. Función de la dogmática 288

II - DOGMÁTICA, REALISMO SOCIAL Y LEGE FERENDA

49. Dogmática y realismo social 290
50. Dogmática y LEGE FERENDA 292
51. Dogmática e ideología 293
52. Las objeciones a la cientificidad del método dogmático .. 294
53. El método comparativo en derecho penal 296
54. Importancia de los antecedentes legislativos en la construcción dogmática 300

III - PRINCIPIOS A LOS QUE DEBE AJUSTARSE TODA TENTATIVA DE COMPRENSIÓN DE LA LEY PENAL

55. Planteamiento general 300
56. Proscripción de la analogía 302
57. La comprensión restrictiva (el *in dubio pro reo*) 310
58. El principio de intrascendencia de la pena 315

CAPÍTULO V

LOS SUCESIVOS HORIZONTES DE PROYECCIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL (LA HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN PENAL)

I - PANORAMA GENERAL

59. Panorama general 317

II - EL DERECHO PENAL ANTIGUO

60. La legislación penal de las culturas lejanas 319
61. El derecho penal greco-romano como punto de laicización de la legislación penal 332
62. El derecho penal romano 336

III - EL DERECHO PENAL MEDIO Y MODERNO

63. Los germanos 341
64. El derecho penal canónico 344
65. El derecho penal árabe 347
66. Los prácticos y los glosadores 348
67. La Carolina 349

IV - LA LEGISLACIÓN PENAL EN ESPAÑA

68. La legislación penal en España 350

V - EL MOVIMIENTO REFORMADOR DEL SIGLO XVIII

69. El movimiento reformador del siglo XVIII 357

VI - LOS PRINCIPALES TEXTOS DEL SIGLO XIX

70. El código Napoleón 366
71. El código bávaro de 1813 369
72. El proyecto de código para Louisiana 371
73. El código criminal del Imperio del Brasil 373

74. El código italiano de 1889 376
75. Otros códigos del siglo XIX 378

VII - LOS CÓDIGOS PENALES CONTEMPORÁNEOS

76. Los códigos penales contemporáneos 385

CAPÍTULO VI

LA CODIFICACIÓN PENAL ARGENTINA

I - LA PRE-CODIFICACIÓN

77. El derecho penal indiano 403
78. El derecho penal patrio 405

II - LA LEGISLACIÓN PENAL DESDE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1853 HASTA EL PRIMER CÓDIGO PENAL FEDERAL

79. El período 1853-1868 409
80. El código Tejedor 410
81. El proyecto Villegas, Ugarriza y García 416
82. El código penal de 1886 417

III - CURSO POSTERIOR HASTA EL CÓDIGO PENAL DE 1921

83. Los proyectos de 1891 y de 1895 421
84. El proceso legislativo hasta la reforma de 1903 424
85. El proyecto de 1906 427
86. La reforma iniciada en 1916: el código de 1921 429

IV - PROYECTOS DE REFORMAS AL CÓDIGO DE 1921

87. Los proyectos de estado peligroso 433
88. El proyecto de 1937 436
89. El proyecto de 1941 438
90. El proyecto de 1951 440
91. El proyecto de 1953 442
92. El proyecto de 1960 444
93. Los proyectos de parte general de 1973 y de 1974/75 446

V - LAS REFORMAS AL CÓDIGO PENAL DE 1921 Y LAS LEYES PENALES ESPECIALES

94. Las reformas al código penal de 1921 450
95. Las leyes penales especiales 455

CAPÍTULO VII

LA LEY PENAL EN RELACIÓN AL TIEMPO Y A PERSONAS QUE REALIZAN DETERMINADAS FUNCIONES

I - LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

96. El principio general 459
97. Retroactividad de la ley más benigna 462
98. El fundamento de la excepción y sus consecuencias 468
99. Casos dudosos 471
100. El tiempo de comisión del delito 475
101. Las leyes desincriminadoras anómalas (leyes de amnistía) . 481

II - EL DERECHO DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL RESPECTO DE PERSONAS QUE DESEMPEÑAN DETERMINADAS FUNCIONES

102. Concepto 486
103. Indemnidad de las opiniones parlamentarias 488
104. Inmunidades impuestas por el derecho internacional 490

Se terminó de imprimir en
los Talleres Gráficos CYAN
Potosí 4471, Buenos Aires, tel. 982-4426
en el mes de abril de 1998.