



## DERECHO PENAL

Lecciones del Profesor Julio Rodríguez de la Torre

De acuerdo al programa oficial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
de la Universidad Nacional de Córdoba. (Curso de 1924)

### I

#### GENERALIDADES

#### SUMARIO

- 1 — Ciencia Penal.
- 2 — Ciencias correlativas y auxiliares.
- 3 — Derecho Penal.
- 4 — Objetivos del derecho penal.
- 5 — División del derecho penal.
- 6 — Dogmas del derecho penal.
- 7 — Concepto o definición de antropología y sociología criminal.
- 8 — Criminología.
- 9 — Penología.
- 10 — Política criminal.
- 11 — Ley penal; sus características. Su interpretación y su aplicación.
- 12 — Imperio de la ley penal con relación a las personas; al tiempo, y al territorio (cosa juzgada y retroactividad), artículos 1 y 2 del código penal.
- 13 — La "revisión", y la aplicación de una nueva ley en materia penal. (artículo 2° del código penal).
- 14 — La jurisprudencia, y la costumbre, en derecho penal.
- 15 — Antecedentes de la legislación penal argentina.

En el plan de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales se lee el enunciado "Derecho Penal", que indica una de las diversas disciplinas a enseñarse en su escuela, y que es precisamente la que está a nuestro cargo.

No obstante la expresión clara y precisa de "derecho penal" con que el plan de estudios denomina esta asignatura, el programa presentado al Consejo directivo y aprobado por éste, para que sirva de base o itinerario al desarrollo metódico e integral del curso que a la materia se refiere, comprende, casi en su totalidad, enunciados de "Ciencia penal".

Por consiguiente nuestros estudios tienden a indagar los problemas fundamentales relativos al delito, a la pena, y a la imputabilidad, sin atingencia a legislación alguna; pero relacionándolos con el articulado del primer libro de nuestro Código, o sea en sus "disposiciones generales", pues su segundo libro, o "parte especial" está como se sabe destinado a los "delitos y sus penas", esto es, a establecer los hechos que legalmente importan la comisión de un delito, y la penalidad con que se les reprime.

Este segundo libro, no es materia de estudio por nuestra parte, porque durante el año escolar no es posible extender a él el análisis e investigación jurídica que sería necesario, máxime cuando el programa mismo es un tanto extenso.

## 1—CIENCIA PENAL

*Ciencia penal*, y derecho penal, representan o significan dos conceptos distintos, que procuraremos individualizar como punto de partida en el estudio de esta materia y como característica de la índole de esos estudios.

No siempre se hace distinción entre lo que debe entenderse por *derecho penal* y *ciencia penal*. No todos los que escriben sobre derecho penal señalan las diferencias que lo distinguen de la *ciencia penal*, en razón de que solo un fin puramente didáctico determina la necesidad de esa distinción.

Nosotros, que nos encontramos en esa situación, porque desde la cátedra universitaria debemos exponer conceptos y expresar todo lo relativo al estudio de esa disciplina, estamos en la necesidad de señalar los elementos necesarios para distinguirlos.

La ciencia penal o criminal abarca, desde luego, un con-

cepto más amplio y más comprensivo que el “derecho penal”, también llamado “derecho criminal”.

La ciencia penal, como tal, debe contener: a) principios que le den orientación precisa y que constituyan su contenido específico, y b) un método propio para realizar las investigaciones que se propone, o que le interesan. Extensivamente debe comprender también todo aquello que tenga relación con los medios en que se base su investigación.

Por eso la ciencia penal consiste en el estudio amplio del *delito*; de la *represión*; del *delincuente* y de su *responsabilidad*: esto es, de las causas individuales (antropología) y sociales (sociología) que producen el delito, y también de aquellas que pueden disminuirlo o aminorarlo (prevención). Las individuales comprenderán la biología o antropología criminal y las sociales todos los factores de orden general, económicos, medio ambiente, etc.

Nuestra concepción de la ciencia penal podrá expresarse diciendo que ella consiste en el estudio:

- a) de la etiología del delito
- b) de los preventivos del delito
- c) del origen y fundamento de la pena
- d) de la forma y objeto de la pena
- e) de la responsabilidad (considerada ante las escuelas, y con relación al libre arbitrio y al fatalismo y terminismo).

Si aspiramos a conocer el delito en sus causas, para prevenirlo, o para disminuirlo, según sean las conclusiones que nos inspire nuestro estudio o nuestras convicciones científicas, es desde luego evidente que necesariamente debemos estudiar *al hombre*, ya que el delito es un producto de su acción, la que ejecutada se convierte en un fenómeno social. Tenemos así una concepción sociológica del delito y a la vez contemplamos la personalidad del criminal.

Indicar como necesario el estudio del hombre ante todo y sobre todo, no es, aceptar una “concepción puramente biológica” del delito, sino significar que entendemos que el estado psico-patológico debe tener prelación a todo otro análisis de observación, en cuanto al delincuente se refiera, y en seguida el de la importancia de todos aquellos factores sociales que corresponde o constituyen la política social, pues que hemos afirmado que el delito es un fenómeno social, ya se le considere aisladamente o en relación a un conjunto de delitos.

Esto no importa tampoco formular una declaración en

pro de una u otra escuela porque ello sería estemporáneo en este momento en que sólo nos ocupamos de señalar, o explicar mejor dicho, lo que entendemos por *ciencia penal* para diferenciarla en su concepto del *derecho penal*.

“Una de las principales misiones del Estado, dice Garroud, es la de garantizar el orden público, luchando contra la criminalidad. A la ciencia penal considerada bajo este aspecto, incumbe dar *la dirección* en la que debe orientarse la legislación positiva. Pero esta dirección supone o implica la exploración anterior de las causas de la criminalidad. Surge entonces la política criminal en estrecha conexión con la *criminología*, esto es con la ciencia de las causas del crimen”, o como la ha definido E. Cuello Calón: “la ciencia que tiene por objeto el estudio de las causas de la criminalidad; indaga las leyes que regulan la marcha de los fenómenos criminosos y examina las formas de aparición del delito”.

En sociología existe una distinción definida entre el ser individual y el ser social. El estudio del individuo, de la reacción de su organismo respecto del ambiente, pertenece al terreno de la psiquiatría y la psicología. El estudio de la persona, producto de la acción recíproca con los demás miembros de la sociedad, pertenecen a la esfera de la sociología.

La investigación científica debe pues extenderse no sólo a las causas del crimen, sino también al hombre, tal como es su *psiquis* y su *organismo*, para poder determinar con acierto su responsabilidad y la pena que le sea necesaria, u otro acto de terapéutica social, o individual, sino se quiere decir pena, o castigo..

Prescindiendo de las ideas extremas o exageraciones en que se pueda incurrir, entendemos que ninguna escuela puede resistir el análisis científico de las causas o motivos que hayan determinado a una persona a obrar en tal o cual sentido; o de las que hayan gravitado o podido gravitar, sobre su libre determinación, para establecer si esta determinación conserva la naturaleza de libre que aparenta tener, o si por el contrario ella no es más que el resultado de una presión ejercida por el ambiente, u otra circunstancia de la que es imposible emanciparse aún a los más fuertes — porque el conocimiento de las causas o motivos determinantes, internos o externos, que resulte del análisis científico ha de dar margen a la ley para declarar su responsabilidad y en su caso, la medida de pena que corresponde aplicar.

¿Podría rechazarse un estudio, previo a la sanción de la

ley, de las exigencias sociales de la seguridad y bienestar social que fuese necesario conocer previamente para declarar delictuosa tal o cual acción?

Un estudio de esa naturaleza y con esa orientación es lógico y es humano. El no puede a título de ningún principio ni convicción científica ser resistido ni desestimado. En nombre de la libertad de elección o resolución, no es posible tomar *el hecho* y prescindir del hombre que lo produce, pues en ello hay la relación del efecto con la causa. No es colocarse en los límites del determinismo ni mucho menos. Es sencillamente encontrar en el eclecticismo un punto medio, una solución humana y lógica a las tendencias extremas: una solución natural desde que el hombre con "inteligencia" y "sentimientos" debe ser el sujeto de todos los derechos y de todos los deberes, pues que en el mundo no hay más que personas y cosas, y los hechos producidos por el hombre que son por lo general "los objetos" del derecho.

Aceptamos pues, y la creemos indispensable, como precursora de la ley, y por lo tanto distinta del derecho penal, la existencia de una ciencia penal, que en su sentido más general y amplio podría definirse: *el estudio del delito, de la responsabilidad y de la pena, en el más amplio sentido de esos enunciados.*

Los extremos de esta definición comprenden a nuestro juicio, todo lo que puede constituir la ciencia penal, ya que como ha dicho un distinguido penalista: la noción del delito, la noción de la pena, la noción de la responsabilidad son los tres fundamentales principios sobre que descansa el derecho penal. Conocer el delito, la pena con que debe ser reprimido y las personas responsables, constituyen la aspiración constante de todas las teorías divulgadas por la ciencia; el fin social de todas las doctrinas por el derecho positivo declaradas; el ideal de los tribunales en la aplicación de las leyes penales.

Casi todos los tratadistas refieren su definición al delito y a la pena; yo incluyo la responsabilidad porque sin ella no se concibe el término "pena". Ambos extremos (responsabilidad y pena) son relativos en el estudio del derecho penal punitivo.

Nuestra definición comprende, pues, el estudio de la penología o ciencia penitenciaria y de todos los demás conocimientos de las ciencias afines y de las auxiliares de la ciencia penal.

Se han dado muchas definiciones de ciencia penal originadas por los diversos criterios con que se juzga esta disci-

plina, y aún también a la controversia relativa a su existencia como entidad científica independiente, (problema de la sustantividad) como así mismo, con respecto a su denominación, debido a la evolución determinada por la nueva orientación de estos estudios.

Pessina expresa que la ciencia del derecho penal no consiste en el conocimiento empírico de las instituciones penales de tal o cual pueblo, sino que bajo el nombre de ciencia se entiende el grado más eminente del conocer, esto es, elevarse el espíritu humano por virtud de sus propias fuerzas a alcanzar la última verdad de las cosas, indagando sus causas fundamentales y sus fines supremos y define en consecuencia la ciencia penal, diciendo que es: "el conjunto de verdades orgánicas y sistemáticamente enlazadas como consecuencia de un solo y único principio relativo al castigo del delito". Agrega que la ciencia penal se divide en tantas partes cuanto son los elementos de que el derecho penal se compone y los aspectos en que debe ser considerada.

Por eso de un lado habrá la doctrina del delito, la de la pena, y la doctrina del castigo; comprendiendo esta última parte la doctrina de la ley penal y la del procedimiento penal.

Según Von Litz, la ciencia del derecho penal tendría por misión pura, desde el punto de vista de la técnica jurídica, estudiar el delito y la pena, como generalidades tangibles, basándose sobre la legislación penal; desarrollar las prescripciones de la ley en un sistema limitado, remontándose a las últimas nociones y a los últimos principios fundamentales. En la parte especial su objetivo es examinar los diversos delitos y las diversas penas marcadas por la ley. En la parte general presentar la noción de la pena y del delito en sí mismo. Como ciencia eminentemente práctica, debe ser y permanecer la ciencia sistemática por excelencia, porque solamente la clasificación de los conocimientos en un sistema garantiza esta posesión segura, y siempre inmanente de todos los detalles, y sin la cual, la práctica del derecho no es más que un diletantismo, expuesto a todos los azares, y a todos los arbitrios.

Por fin, Alimena dice que la ciencia del derecho penal, estudia el delito como fenómeno jurídico, y al delincuente como sujeto activo del delito, y por tanto, las relaciones que derivan del delito como violación del orden público, y de la pena, como reintegración de este orden.

## 2---CIENCIAS CORRELATIVAS Y AUXILIARES PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA, Y DERECHO PENAL.

Para el estudio y solución de los diversos problemas político-sociales que ofrece la ciencia, y el derecho penal, es indispensable el conocimiento de otras ciencias, que directa o indirectamente tienen relación con la penal, o que, por una u otra causa, le sirven de poderoso auxiliar.

Las relaciones directas o indirectas emanan de la naturaleza propia de cada ciencia, o para expresarlo en otra forma, según los objetos y problemas que sean motivo de estudio o investigación en cada ciencia.

Si la ciencia penal, y en su caso, el derecho penal en un sentido amplio, tienen por objeto mediato e inmediato el estudio de las causas del delito, y de sus características como fenómeno social, y a la vez la pena, también bajo su aspecto sociológico, es natural que sea necesario y conveniente recurrir a otros estudios, o sea a los resultados obtenidos de observaciones e investigaciones realizadas en otras ramas del saber humano.

En tal sentido son un auxiliar directo e importantísimo de la ciencia penal, la psicología experimental, la antropología y sociología, la psiquiatría, la psicología, la medicina legal, la filosofía, la moral, la estadística, la historia de los delinquentes, las leyes de educación, la de protección y asistencia social y las ciencias jurídicas y sociales.

Para el derecho penal serían: el derecho constitucional y administrativo, la estadística, la legislación penal comparada, las disciplinas carcelarias y penitenciarias, la historia del derecho penal, los procedimientos penales, la práctica procesal, instituciones de policía de seguridad, y bibliografía penal.

## 3---DERECHO PENAL

Puede decirse que el *derecho penal* es un corolario de la ciencia penal. Recibe sus inspiraciones y las realiza. Es sim-

plemente constructivo por su órgano exclusivo que es la ley. La ciencia estudia los postulados o los hechos, por su método propio, deductivo o inductivo según sea la escuela, y como resultado consagra o proclama un principio, una regla y a veces una simple norma con la que el derecho penal construye su armazón anatómica por medio del elemento que se llama ley.

A la conocida como elogiada frase de Lerminier "*el derecho es la vida*", debe añadirse, dice Groizart, que en esa vida, la ley punitiva es el órgano más esencial.

Dejemos de lado el origen de la matrícula escolar del autor de la frase y de su editor, para contemplar solamente el pensamiento en su figura retórica, de considerar *el derecho* como un organismo, y al derecho penal con su órgano esencial, para tomar nota de la importancia y trascendencia que Groizart le asigna en las relaciones de la vida jurídico-social.

El objetivo y función social del derecho penal por su gravitación en la vida de convivencia, lo caracteriza el mismo penalista diciendo, que "la humanidad penetrada de la unidad, de la universalidad y de la soberanía de la ciencia, diríase que no aspira a otra cosa, al construir el derecho penal positivo que llevar al mundo de la práctica aquellas doctrinas que, depuradas por la controversia y proclamadas como justas por la opinión pública ilustrada, pueden más eficazmente contribuir al mantenimiento del orden jurídico, a la cicatrización de las heridas que en el cuerpo social abren los delitos, y al desenvolvimiento de las condiciones morales, políticas y sociales de los pueblos".

El derecho penal es siempre un exponente de las ideas dominantes y de la cultura social y científica de un país, pues que teniendo él su origen y su antecedente necesario, en la ciencia penal, como ya lo hemos dicho, es natural que la ley revele el grado de adelanto que ha alcanzado esa ciencia procurando hacer práctico sus postulados, y que demuestre a la vez las ideas filosóficas, morales y sociales dominantes y corrientes, según las acciones que la ley erija a la categoría de delito, y la forma en que lo reprima o castigue

De ahí, que el estudio del derecho penal sea siempre de gran importancia y de alto interés social, porque además de estar prácticamente destinado a procurar o determinar las reformas necesarias de la ley, es un índice, más acentuado que ningún otro, en el campo de la técnica legislativa penal

de un pueblo, que revela su grado de progreso social y de adelanto filosófico institucional.

Entre el derecho penal y la ciencia penal existe pues una relación directa de causa a efecto, que se revela en la aceptación de la ley por el pueblo, o lo que es lo mismo, en los prestigios que la opinión favorable le dispensa traducida en las expresiones de carácter general y común como esta: tal código, o tal ley, es de lo más adelantado que hoy existe, pues se inspira en las más modernas teorías de la ciencia.

Varias son las definiciones del derecho penal que se han dado. Consignaremos algunas. El doctor Obarrio, lo define diciendo que “es el conjunto de leyes que emanando de la facultad de castigar, determinan los hechos punibles, los medios de su represión y los medios de hacerla efectiva”. Prins dice que: “el derecho penal es el conjunto de disposiciones legales que regulan el ejercicio del derecho de castigar”. Ganoud expresa: “El derecho criminal o derecho penal comprende el conjunto de leyes que reglamentan en cada país el ejercicio de la represión por el Estado”. Von Litz lo define como “el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado con el fin de ligar al hecho del delito la pena que es consecuencia jurídica”.

Por fin, Alimena contemplando el Derecho Penal desde el campo de la especulación científica, lo define: “La ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y el delincuente como sujeto activo, y, por tanto, las relaciones que derivan del delito como violación del orden jurídico y de la pena como reintegración de este orden”. (Tomo 1°, pág. 21).

Todas estas definiciones creo que podrían simplificarse, y decir, que el derecho penal positivo *es el conjunto de leyes preventivas y represivas de un país, relativas a la conservación del orden social.*

Y así tendríamos que el derecho penal alemán estaría compuesto por el código penal y sus complementos, por las llamadas leyes penales accesorias, y por sus célebres leyes firmadas en blanco (que constituyen una singularidad) en las cuales sólo está determinada por la ley del imperio, la sanción penal, mientras que la calificación de los hechos se deja a otros poderes, ya sea al emperador, al *bundlorat*, a la administración de justicia, a la legislación de los estados confederados o a la policía.

El derecho penal francés consistiría a su vez en el con-

junto de sus leyes penales, compuesto por su código revisado por las leyes de abril de 1832, de mayo de 1863 y otras.

El derecho penal argentino en la actualidad estaría formado por su código penal, con sus leyes de reformas de agosto de 1903 y por las siguientes leyes que están en vigencia y que imponen una pena para su infracción. Ley especial de 1863 sobre los crímenes y delitos cuyo juzgamiento compete a la justicia federal; la de patentes de invención de octubre de 1875; la de correos de 1876; el código de justicia militar de abril de 1898; la de enrolamiento y servicio militar obligatorio; la de impuestos internos en enero de 1900; la de marcas de fáábrica de noviembre de 1900; la de juegos de azar de agosto de 1902; la de policía sanitaria de animales de diciembre de 1902; la que prohíbe el uso de la sacarina u otros edulcorantes artificiales de enero de 1903 con sus reformas de julio de 1905; sobre el ejercicio de la farmacia de setiembre de 1905; la de defensa agrícola de octubre de 1905, y algunas otras leyes de índole puramente civil, comercial o administrativo, que contienen alguna disposición punitoria, como son por ejemplo la del registro civil de las personas, que impone multas por la no inscripción, o inscripción tardía; la de matrimonio civil; las de aduana; la de alcoholes; de ferrocarriles; de contribución territorial; de patentes y algunas otras que, como decía, imponen por lo general, multas por infracción a sus disposiciones o plazos, que ellas establecen para cumplirlas o realizar la oblación respectiva.

Bien entendido es que las leyes de carácter "civil" o "administrativo" a que acabo de referirme sólo se consideran como formando parte del derecho penal exclusivamente en lo relativo a la disposición que contiene alguna pena, y su correspondiente disposición compulsiva, sin que esto importe significar que estas leyes puedan entrar a formar parte de la unificación o codificación del país, porque su propia naturaleza y sus fines no lo permiten, y si las recordamos es sólo para expresar que en la parte que imponga un castigo, quedaría comprendido en nuestra definición; esto es, serían componentes del *conjunto* de leyes punitivas de un país; pero les faltaría la condición de ser "relativas a la conservación del orden social", que esas leyes no tienen.

El concepto de derecho penal que dejamos expuesto puede sugerir una duda y determinar, por consiguiente una interrogación. Si él está formado por la totalidad de las leyes de *un*

*país* que infrigen algún castigo a su inobservancia ¿existe un derecho penal que no sea el de cada nación o país? No.

Sólo la ciencia tiene el carácter de universalidad, porque sus principios son el dominio de todos los hombres y todos los pueblos, de todas las épocas y de todas las latitudes.

La ciencia penal, que es universal, inspira o informa el derecho penal que es particular a cada Estado, o grupo social.

Sucede exactamente lo mismo que en derecho civil: ciertas instituciones como la propiedad, el matrimonio, la hipoteca, la sucesión, son motivo — independientemente de toda disposición positiva — de la ciencia jurídica civil que es la que da vida, o inspira mejor dicho, las leyes de carácter civil, o sea la legislación civil.

Esta constituye el derecho civil que es peculiar a cada pueblo o a cada nación, y por eso vemos que el matrimonio, por ejemplo, está diversamente legislado aún cuando es él una institución jurídica y religiosa en todos los países civilizados. El derecho civil argentino no es igual al derecho civil alemán, por más que ambos legislen las mismas instituciones jurídicas.

Así considerado el derecho civil no puede tener el atributo de generalización que tiene la ciencia, y por consiguiente el de universalidad que le es peculiar a esta.

Por más que las leyes civiles o penales tengan, en parte, su fundamento en la Ciencia, no por ello pueden constituir un derecho civil o penal universal.

#### 4—OBJETIVOS DEL DERECHO PENAL.

A pesar de ser regional el derecho penal (en el sentido que nosotros lo explicamos, para diferenciarlo de lo que hemos entendido por ciencia penal) él tiene objetivos comunes que persiguen todas las legislaciones de esa índole.

El derecho penal ha sido creado con un objeto muy primordial a la vitalidad de la suma de todos los intereses humanos y con directa e íntima relación al fundamento filosófico y sociológico del derecho de castigar.

Su objeto es pues la conservación del orden social el cual es indispensable para la convivencia, pues como dice Georges Vidal, la sociedad es un estado natural y necesario al hombre que reducido a sus recursos individuales se encontraría en la imposibilidad de atender, por sí mismo, a sus diversas necesidades físicas, materiales, intelectuales y morales.

Y así, según el mismo Vidal, el derecho penal tiene por objeto restablecer la tranquilidad en los espíritus y asegurar lo más enérgicamente posible el respeto de aquellos derechos esenciales.

El doctor Obarrio dice también que el objeto primordial y directo del derecho penal es la conservación del orden y del bienestar común; pero que ese objeto abraza a su vez propósitos y efectos particulares que deben tenerse siempre en cuenta cuando se trata de la recta determinación de las penas, tales como hacer cesar la alarma que produce el delito, mantener la seguridad pública, conjurar el mal de las reincidencias de parte de los mismos delinquentes, y la imitación respecto a los que sienten en su espíritu las tendencias del delito.

Sin duda que el derecho penal tiene por objeto combatir la reincidencia, asegurar la paz y la tranquilidad pública, y otros muchos objetos o propósitos que entran en su economía general; pero estos son simples resortes de otra finalidad más grande, más amplia y más comprensiva de una mayor suma de intereses.

Para establecer cuál es el objeto del derecho penal en su finalidad única de interés social y orden público, es necesario contemplarlo en un plano superior, comprensivo de toda su acción, desde la simple profilaxis hasta la acción terapéutica o del remedio con que se procure enervar o aniquilar el mal.

Es indispensable tomarlo completo, en su acción preventiva y represiva, desde las leyes que obligan a inculcar en el niño escolar la noción fundamental del deber moral que le enseñe a respetar el derecho ajeno en toda su integridad, hasta la última norma carcelaria que contribuye a caracterizar la pena, como un elemento social de reforma y de justicia, más que como un resorte aflictivo.

Así considerado el derecho penal encontraremos que el objeto que le asigna Geoges Vidal es de *unificación*, porque en "la conservación del orden social" se encuentran condensados o comprendidos todos los demás intereses y objetos que particularmente realiza aquel derecho".

Se puede decir entonces, con propiedad, que el derecho penal, en su más amplio concepto, tiene por objeto primordial la conservación del orden social, y a la vez, como objetos singulares, que contribuyen a aquel y que se comprenden dentro del mismo; el imperio de la justicia; la seguridad y la confianza pública; el mantenimiento del orden jurídico, y hasta cierto límite, la conservación de la moral social, puesto que

el derecho penal tutela especialmente determinados estados y derechos, prohibiendo y castigando, por ejemplo, el doble matrimonio, sin previa disolución del primero, los perjurios, la difamación algunos otros contra el pudor, etc., etc.

### 5—DIVISION DEL DERECHO PENAL.

Como consecuencia de los objetivos jurídicos y sociales que persigue el derecho penal y que modernamente han llegado a condensarse en la fórmula "Defensa social", que expresa con entera exactitud el fundamento, y razón de ser de la represión, pues como dice el profesor Giménez de Asúa: la sociedad, como todo lo que existe, tiende a defenderse de los enemigos exteriores (naciones rivales) y de los interiores (delinquentes): de los primeros, por medio de la *defensa militar*, y de los segundos por la *defensa penal*, llamada también *defensa social*, — el derecho penal se divide en preventivo y punitivo.

La teoría de la defensa social, surge hoy con nueva vida, dice el citado profesor en su obra "Derecho Penal", 2ª edición 1920—pero no puede decirse que sea creación de los tiempos actuales, pues que tiene sus precedentes en el utilitarismo de Bentham, en la prevención y *Controspinta criminosa* de Romagnosi, y en la coacción psíquica y la ejemplaridad de Feuerbach.

La prevención consistiría en todos aquellos actos o medidas precaucionales, anteriores al delito, tendentes a evitar, o hacer menos frecuente su comisión. La pena misma es esencialmente preventiva.

Al lado de las penas, para los delincuentes ordinarios, cuyo principal fin será intimidar, dice Asúa en su obra citada, surgen las medidas de seguridad para *corregir civilmente* (no es necesario que sea siempre moralmente) a los delincuentes susceptibles de enmienda, para curar a los *patológicos* e *inocuizar* a los incorregibles.

Luis Giménez de Asúa divide también el derecho penal en subjetivo y objetivo. Según él, el derecho penal en sentido objetivo, que también se llama derecho criminal, es el conjunto de reglas o normas que definen los delitos y establecen las penas. En sentido subjetivo es la facultad de castigar, el *jus puniendi*.

El derecho penal subjetivo no es ilimitado, pues el Estado, en el ejercicio del poder de castigar, tiene que limitarse

a sí mismo, fijando el supuesto y el contenido de su actuación (el crimen y la pena).

La limitación del derecho penal subjetivo está formado por el derecho penal en su sentido objetivo. Según Manzini, un derecho penal subjetivo, en sentido propio no existe, puesto que la potestad de imputar y de penar, es un atributo de la soberanía del Estado, y no un simple derecho. (obra cit., págs. 7 y 8. Ed. 1920).

Los dogmas del derecho penal son, a mi juicio, la razón y fundamento más expreso y directo de la limitación del llamado derecho penal subjetivo — o para expresarlo en otra forma — esos dogmas importan una reglamentación al atributo de la soberanía en materia penal, porque el poder público no puede erigir en delito otras acciones que aquellas que la convivencia exigen que tengan tal carácter para la conservación del orden jurídico y social, y no puede imponer otras sanciones o penas que aquellas que la civilización y la humanidad acepten como conducentes, justas y necesarias.

#### 6—DOGMAS DEL DERECHO PENAL.

El profesor Giménez de Asúa en su libro *Derecho penal* que acabo de citar, expresa que: El derecho penal está fundado en tres dogmas: a) dogma de la infracción, “no hay infracción donde no hay ley” (*ub non est lex nec prevaricatio*); b) dogma de la imputación, “no hay delito sin ley” (*nullum delictum sine lege*). La acción penal se basa en la ley; c) dogma de la punición “no hay pena sin ley” *nulla poena sine lege*. El arbitrio judicial tiene por límite la ley. Von Liszt, (trad. de Asúa) tomo 2°, p. 132.

La ley, pues, tiene la exclusiva de la vida penal. Obra cit., p. 11).

#### 7—CONCEPTO O DEFINICION DE ANTROPOLOGIA Y SOCIOLOGIA CRIMINAL.

Los principales rasgos de la doctrina lombrosiana, son: *existencia de un tipo criminal*, es decir, de un organismo especial sujeto a inclinación criminal innata e incurable; *origen atavístico del tipo criminal*, y afinidad de este tipo con el del

*loco moral y del epiléptico; irresponsabilidad del criminal nato.*

Para el estudio de esos postulados se formó la “Antropología Criminal” que es una ciencia particular que estudia al delincuente desde el punto de vista biológico y que puede definirse como “la ciencia que estudia al delincuente como ser viviente bajo todos sus aspectos”.

El profesor Ferri dice que según De Quatrefates, la antropología criminal, es la historia natural del hombre, así como la zoología es la historia natural de los animales; la antropología criminal, es el estudio de una variedad humana, de un tipo singular; de manera que puede concebírsela como *la historia natural del hombre delincuente*. (Nuevos horizontes, p. 126).

El postulado de que parte la sociología criminal en contraposición a la antropología cuyos principales representantes más eminentes son Tarde y Lacassagne, es el siguiente: “No es el atavismo, sino el medio social el que hace al criminal”, lo que motivó los estudios de la sociología criminal, que tiene por objeto el estudio de todos los factores de orden social que puedan ser causa o motivos predisponentes para el delito, tales como la mala educación, la miseria, el alcoholismo, los malos libros, los espectáculos públicos.

En resumen, la antropología criminal atribuye las causas del delito a factores puramente orgánicos, o constitutivos del hombre, como ser humano; mientras que la sociología estudia el medio ambiente en que la persona social del hombre se desarrolla, para investigar hasta qué grado pueden los actos, acontecimientos y costumbres del medio ser motivos o causas estimulantes del delito.

La sociología y la antropología criminal, por una parte, y el derecho penal por otra, constituyen por tanto ciencias diversas, autónomas; sin que ello obste a que estén íntimamente unidas y coordinadas, por lo menos, para el fin último a que se dirige su actividad teórico que es el estudio del delito y del delincuente, y para la suprema finalidad a que se dirige su actividad práctica: la defensa social.

## 8—CRIMINOLOGIA.

El concepto de criminología es contemporáneo, y puede decirse que casi se confunde con el de “ciencia penal”, pues

que una y otra se contraen al estudio de cuestiones básicas del Derecho Penal.

El diccionario de Espasa la define como “el conjunto de estudios y observaciones referentes al delito y al delincuente”, y hace notar que ese nombre no está conforme con las leyes del lenguaje, pues se compone de una palabra latina y otra griega: *Crime, inis* (latín) *logos* (griego).

Von Liszt define la criminología como la “etiología de la criminalidad”, o sea el estudio causal y explicado de la teoría del crimen. “La criminología está constituida por conocimientos que pertenecen, unos a la antropología, y otros a la sociología, y dentro de ésta, unos al derecho penal, otros al administrativo. Es, pues, un *complexus* de materias, ligadas todas por su objeto (el delito y el delincuente). Cuales sean esas materias no está perfectamente definido”.

Vargha cree que la criminología debe comprender la antropología criminal, que estudiaría el delito como un fenómeno natural y social, y al delincuente como ser natural y social también; el derecho penal que estudiaría los medios de defensa jurídica, ya preventivo, o represivos, adoptados por el Estado contra el delito; y por último la *Política criminal*, que estudiaría la manera de determinar qué acciones deberían considerarse como delitos, y qué medios de defennsa se emplearían contra ellos.

Rafael Garófalo intitula una de sus obras “La criminología”. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad. Este subtítulo de ese libro explica por sí el concepto de criminología, y deja ver cómo es más limitado que el de “ciencia penal”, pues que se le circunscribe al estudio de la naturaleza del crimen, y de la penalidad.

El libro de Garófalo nos da también un antecedente relativo a la época en que la palabra *criminología* fué introducida en el léxico de esta materia, pues la obra referida apareció en Turín en 1885, según se expresa en el “Avant-Propos” de la edición en francés de 1888.

## 9—PENOLOGIA.

La penología, o ciencia penitenciaria, tiene por objeto el estudio de las funciones que la pena debe llenar en las sociedades modernas, y de organizar prácticamente la adaptación de la pena a esas funciones. Definición de Paul Cuche

en su *Traité de Science et de législation pénitentiaires*. Cap. 1°, N° 1.

La penología, dice Cuello Calón, no puede hoy integrarse solamente con el estudio de las prisiones (ciencia penitenciaria en un sentido estricto), sino con el de todas las diversas penas. Actualmente, junto a estos medios de defensa social contra los criminales, aparecen otros distintos de las penas, y de no menor importancia que ellas, son las *medidas de seguridad*.

Las penas y medidas de seguridad procuran generalmente alcanzar los fines de defensa social, mediante la reforma y la readaptación del delincuente a la sociedad; y como dicha readaptación no es posible obtenerla, sino mediante la existencia de instituciones u organismos destinados a amparar y a proteger a los libertos a su salida de los establecimientos o instituciones (prisiones, reformatorios, casas e trabajo, etc., etc.) donde se hayan encontrado reclusos, a consolidar en la vida libre la obra de reformas que se realizó dentro de aquéllos, resulta que esta actuación post-carcelaria, y post-asilar, forma parte integrante del tratamiento aplicado en la prisión o en el asilo. Por esta razón, el estudio de la organización del patronato, y de las cuestiones relativas a éste, deben formar también parte integrante de la penología. (Cuello Calón, *Las penas y medidas de seguridad*. Su ejecución. Tomo único, págs. 8 y 9).

## 10—POLITICA CRIMINAL.

Afirma P. Dorado en sus "Bases para un nuevo Derecho Penal" que la política criminal, aún cuando no deja de tener sus precedentes históricos, puede decirse que es moderna, o contemporánea, y que de ella nos hablan los autores alemanes, que son los que le han dado nombre, y que se define "el conjunto sistemático de principios con arreglo a los cuales deben organizar el Estado y la Sociedad la lucha acontra el delito" . (Ob. cit., p. 130).

Von Liszt en su tratado de derecho penal, 20ª edición alemana, traducida por Giménez de Asúa, contiene la siguiente definición de política criminal: "el contenido sistemático de principios—garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena — según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecución. (Ob. cit., tom. 2º, p. 56).

Gautier la define “el arte de escoger los mejores medios preventivos y represivos para la defensa contra el crimen”.

Garraud dice que “no es otra cosa que el arte de adoptar las instituciones sociales al fin que se quiere alcanzar, o sea, la disminución de la criminalidad”.

Battaglini “la doctrina (arte) que dicta los mejores medios, por la cual, el Estado puede alcanzar, mediante la legislación, el propósito de disminuir la delincuencia”.

Saldaña dice que la política criminal consiste en “orientar la legislación en una lucha constante contra el delito, y en especial, pero no exclusivamente, por la pena y por medidas análogas”. (Definiciones tomadas del libro del Dr. Peco, p. 85).

Este autor, en su nota “Nociones de política criminal y de política social”, que se contiene en la p. 84, atribuye el origen de la política criminal y social al naufragio de los postulados básicos de la escuela clásica, y escribe: “Surgen así la política criminal y la política social. A la primera interesa el estudio de las causas individuales de la criminalidad; a la segunda el estudio de las causas sociales. Esta propicia reformas en el seno de la sociedad, aquella del individuo. La política social preconiza los substitutivos penales de Ferri, la política criminal aduna a las penas el sistema de las medidas de seguridad.

La plataforma de la política criminal es vasta. Abraza el estudio de las formas de la criminalidad, la variedad de delincuentes, los medios de defensa social: las penas, y por ende la política carcelaria; las medidas de seguridad y por ello la política sobre reformatorios, asilos para bebedores, casas de trabajo; así como todas las instituciones de prevención inmediata de la delincuencia, condena condicional, libertad condicional, sentencia indeterminada, perdón judicial; y aún el estudio del albedrío judicial, ya que el juez es el órgano más caracterizado de la defensa social”.

El gran lema *lucha contra el delito*, es pues, la esencia de lo que hoy se llama política criminal, destinada a dar nuevo y definitivos rumbos al derecho penal, y que ha empezado ya tomar carta de ciudadanía en algunas legislaciones modernas.

## 11—LEY PENAL; SUS CARACTERISTICAS, SU INTERPRETACION Y APLICACION.

Portalis ha escrito que “la ley es una declaración solemne de la voluntad del soberano sobre un objeto de interés común”.

La *declaración*, es una manifestación o norma, que manda hacer una cosa, o realizar un acto; que lo prohíbe, o que se limita a dar una facultad para proceder. De manera que la ley es preceptiva, prohibitiva, o potestativa.—*Solemne*, son las formas internas y externas que debe tener la ley.—*Voluntad del soberano*, es el poder legislativo a quien por la Constitución corresponde dictar la ley.—*Objeto de interés común*, es toda acción, o acto, que produzca una relación de derecho entre las personas, o con relación al poder público (derecho privado y derecho público). Tal es la definición, o concepto general de *Ley*.

Por lo que respecta a la definición de *ley penal*, recordaré algunas consignadas por Pessina en su obra *Elementos de Derecho Penal*, edición de 1913, pág. 209.

Declaración del poder soberano por medio de la cual da a conocer cuáles son los actos que prohíbe, y cuáles los que ordena, amenazando a los contraventores con un mal que se llama pena (Rossi).

La declaración, legalmente hecha por autoridad legítima, de aquellas acciones u omisiones que lesionan la seguridad pública y de las penas con que ha de castigarse al autor de ellas (Crivellari).

La voluntad del Estado, expresada según la Constitución, respecto al tratamiento de los delitos (Berner).

La fórmula autorizada en que se precisa el contenido presente de la penal según la conciencia pública (Pessina, ob. cit.)

Según el ex profesor de esta cátedra, la ley penal es una regla política obligatoria, contra cuya violación se ha impuesto una pena o sufrimiento. (Moyano Gacitúa, *Curso de Ciencia Criminal*, pág. 41).

Prescindamos del examen crítico de estas definiciones para limitarnos a expresar:

Que así como el derecho penal tiene un objeto propio, especialísimo, como lo dije antes, así también la ley penal que es su fuente principal, tiene una finalidad en armonía con los derechos y altos intereses que protege. La ley necesaria-

mente ha de participar de la naturaleza del derecho que ella informa.

La ley penal es una ley de excepción, que difiere de la ley común, civil o comercial, o de cualquier otro carácter, en sus fines, en sus atributos, y en sus modalidades.

Téngase presente que la ley penal codificada no “prohíbe” expresamente ninguna acción u omisión. La declaración de voluntad del legislador en la ley a que nos referimos se limita a establecer, o a autorizar un castigo, para el caso en que se lleve a cabo un determinado acto: para cuando una acción se haya ejecutado o dejado de ejecutar. Y si bien es cierto que indirectamente prohíbe el acto, pues que lo castiga cuando se comete, no lo es menos, que la ley penal *no contiene* en su *expresión externa*, y gráfica, ningún *precepto* de ejecución o de abstención. De manera que no es preceptiva, prohibitiva, ni facultativa; es decir, no tiene ninguno de los caracteres que corresponden en general a la ley. los que si faltasen a las civiles, perderían su carácter de tales.

La ley penal no es, por ejemplo, como la del decálogo, que contiene *preceptos* expresos y directos: “honra a tus padres”, “no mates”, “no hurtes”, “no des testimonio falso”; y si lo dieres, y si matares, serás castigado.

No es tampoco como otras leyes penales de índole político-social, como la que declara que todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria; la que ordena el enrolamiento o matrícula a los efectos del servicio militar obligatorio; la que manda votar, etc., etc., todo bajo la sanción respectiva para el caso de incumplimiento o desobediencia al *precepto* legal que manda ejecutar un acto; o como las penales administrativas que ordenan pagar el impuesto (patente, contribución territorial, derechos de aduana) en determinada época y forma, bajo la conminación de la pena de multa, o de un doble pago.

De manera que la ley penal en general, o más concretamente, el Código Penal, es, en su redacción o *expresión externa* de la voluntad del legislador, “*sui generis*”, pues que se limita a establecer una pena para el caso en que se ejecute un determinado acto previsto por la ley.

Quizás por eso y con sobrada razón y fundamento, algunos de los antiguos códigos establecieron en su primer artículo una definición o concepto externo del delito, diciendo “es delito o falta toda acción u omisión penada por la ley”; o, “son

delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley”, etc., etc.. .

Y otros en que se dice “Nadie podrá ser castigado por hechos que no estén expresamente previstos por la ley como delitos, ni con penas que no se hallen por ella establecidas”. (art. 1º, Código Italino): de acuerdo con los dogmas “*nullam crimen sine lege*” — *nulla poena sine lege*”.

En presencia de todos estos antecedentes, creo que podría darse un concepto claro e inconfundible de la ley penal definiéndola:

*Una disposición emanada de autoridad competente, por la que se establece una pena para el caso de que se ejecute conscientemente, la acción o el hecho, que la misma disposición declara punible.*

Así la definición comprendería el precepto constitucional de que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

La característica más saliente de la ley penal, es que es una ley político-social, de “orden público”, esto es, dada o sancionada en mira al interés colectivo, como son, por ejemplo, las leyes referentes a la capacidad e incapacidad de las personas, al régimen del matrimonio, a la jurisdicción de los jueces, y otras, que interesan directamente al “orden social” y respecto a las cuales no es permitido trazar, esto es, dejarlas sin efecto, o modificar sus consecuencias, ni desistir de la acción una vez entablada.

La interpretación de la ley penal, es muchísimo menos frecuente que la interpretación de la ley civil o comercial, en razón de que el hecho definido como el delito por aquélla está siempre expresado con toda claridad, y de tal manera individualizado, que no es posible confundirlo con otro hecho, ni semejante, ni análogo. La pena misma que contiene la expresión legal es igualmente caracterizada, clara y precisa.

Por consiguiente, puede decirse que las leyes penales no deben ser interpretadas, sino “entendidas y aplicadas como están escritas”.

Mas, como excepcionalmente puede suceder que la ley penal se encuentre redactada, en una forma ambigua, o en términos equívocos, entonces procedería interpretarla, a base de que toda interpretación debe ser científica, razonable, en armonía con el grupo o conjunto de las demás disposiciones legales, y en todo caso restrictiva, y tratando de suavizar y dul-

cificar sus consecuencias para que su aplicación sea lo más benigna posible, sin detrimento para la justicia.

La ley penal se aplica por medio de las "Acciones", que son los resortes o medios legales para hacer efectivo un derecho; y en lo penal, para pedir la aplicación de la ley, estos es, el castigo que ella establece.

La "acción de oficio" resulta cuando el juez procede a la formación de proceso sin un petitorio previo. El ministerio fiscal puede también requerir al juez para que proceda. El juicio o proceso criminal puede iniciarse por acción deducida por el damnificado por el delito o sus herederos y aún por una "denuncia" de cualquier persona, lo que tiene el nombre de "acción popular".

La ley penal se aplica siempre en el sentido estricto del significado de sus términos escritos, para el caso expresamente legislado, sin que proceda aplicarse a otros hechos, o casos análogos.

De manera que por más antijurídico o alarmante que sea un hecho, si él no está de antemano penado por ley expresa al hecho mismo, no podrá dar motivo a la formación de proceso, aún cuando otro hecho castigado por la ley, fuera casi idéntico.

La ley civil es también una disposición emanada de autoridad competente, destinada a reglar las relaciones privadas de las personas en sus diversas y múltiples manifestaciones o formas de la convivencia, y que se diferencia de la penal, en su carácter de orden privado, en sus fines, en que no se aplica de oficio sino a requerimiento de interesado, en que las personas pueden convenir que no tenga aplicación, salvo el caso de disposiciones fundadas en el orden público; en que instaurada la acción se puede desistir de ella, en que se puede transigir sobre su aplicación, en que se aplica por analogía y se interpreta jurídicamente y por el sentido de otras disposiciones y a veces de las leyes extranjeras y por los principios fundamentales de la doctrina, y que los principios no deben ser más que una generalización mental de observaciones y enseñanzas de hecho, discretamente formuladas, y con todos sus elementos básicos.

## 12—IMPERIO DE LA LEY PENAL CON RELACION A LAS PERSONAS, AL TIEMPO, Y AL TERRITORIO.

Con relación a las personas, la ley penal impera sobre todas las que en cualquier forma y por cualquier motivo se encuentran en el territorio de la nación. El código civil, en su artículo primero, establece en general que “las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la república, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeuntes”.

El principio general y a la vez universal que consagra esa disposición tiene una ligera excepción, que como dice Moyano Gacitúa, es de mero trámite más que fundamental. Según el art. 61 de la constitución de la nación, ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado, salvo el caso de ser sorprendido *infraganti* delicto, Y el 62 agrega, que cuando se forme querrela por escrito contra algún senador o diputado, la Cámara a que pertenezca, examinando el mérito del sumario en juicio público, podrá suspenderlo en sus funciones y poner al acusado a disposición del juez competente. Disposiciones constitucionales tendentes a garantizar la más absoluta independencia del poder legislativo.

En ninguna rama del derecho es de más estricta aplicación el principio de la no retroactividad de la ley, que en materia penal, con la excepción que señalaré.

El art. 3° del código civil establece que las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos. La cláusula 18ª de nuestra constitución nacional, establece como una de las primordiales garantías, la declaración de que “ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en *ley anterior al hecho del proceso*”.

Mas, el código penal en su 2° artículo dice textualmente: “Sin la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que existía al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho”.

Esa disposición rompe el principio de la no retroactividad y desconoce la máxima de Modestino *res iudicata pro veritate habetur* para los casos de que se dicte una ley más benigna con

relación al hecho criminoso, ya sea durante el juicio, o después del fallo.

Ese temperamento, de aplicar siempre la ley más benigna, no se adopta para crear una situación “más favorable” al procesado, o al penado, sino a mérito de que los fines de la defensa social, se consideran cumplidos con la aplicación de la pena más leve, ya sea que ésta proceda de una ley anterior, o posterior a la comisión del delito, o anterior, o posterior a la imposición de la pena.

El *res judicata pro veritate habetur*, es absoluto en materia civil, de manera que por ninguna causa ni motivo, puede volverse sobre una sentencia o fallo definitivo pasado en “autoridad de cosa juzgada”; pero en lo penal, la excepción al principio de *res judicata*, bis a bis a la inocencia, a un error, o a circunstancias graves que afectan la justicia misma del fallo, es igualmente absoluta.

Este principio en materia penal (el de la retroactividad de la ley) dice Fiore, y el que autoriza a rever aquello que ha sido definitivamente decidido, son tan liberales y de excepción a los fundamentos y reglas generales, y tan conformes a principios de reglas de moral y de justicia, e inspirados en sentimientos humanitarios y sociales que — la cosa juzgada — es *incommovible* cuando el reo la invoca en su favor, (*el non bis in idem*); y de precaria estabilidad, de ninguna firmeza, cuando una ley posterior a la sentencia, viene a volver más afligente la situación del penado.

La cosa juzgada extingue la acción pública, *invocada como excepción* por el acusado, y tiene más fuerza que la verdad misma, dice el mismo Fiore.

Hablemos ahora de la aplicación territorial de la ley penal.

El artículo primero del código penal, se encuentra concebido en los siguientes términos:

“Este Código se aplicará:

“1° Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la nación argentina o en lugares sometidos a su jurisdicción;

“2° Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o “empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo”.

El imperio de la ley, dentro del mismo *territorio* de la nación que la da o dicta, es un principio indiscutido con relación a las leyes civiles, comerciales, penales, etc., ya sean las unas y las otras de fondo o de forma.

Pero la dificultad resuelta por el derecho de gentes, de determinar el concepto jurídico del territorio en sus relaciones con la soberanía, producen algunas dudas con respecto a la autoridad territorial de la ley penal.

El territorio por una ficción del derecho, indispensable a la vida autónoma de los estados, no está constituido únicamente por la parte geográfica o limitada de la tierra, ocupada por una nación, sino también por otros sitios, lugares, o personas, donde la soberanía ejerce su *dominio*, su *autoridad*, y su *jurisdicción*.

Es algo así como la ficción del derecho, con carácter meramente jurisdiccional, que existe dentro de nuestro país, a los efectos de que el poder federal mantenga y ejerza su autoridad en determinados lugares y sitios, que se encuentran en el territorio de alguna de las provincias, como son las universidades, colegios, cuarteles, casas tribunalicias, etc., en donde la jurisdicción nacional o de excepción, impera, con exclusión de la llamada común, aún para los delitos de este fuero, apesar de la soberanía territorial de la provincia.

Por lo tanto, aceptando ese concepto jurídico de la soberanía, ninguna dificultad puede ofrecer la extensión territorial de la ley penal a todas aquellas cosas, lugares o sitios, que por derecho sean considerados como una parte del territorio material.

El concepto jurídico del territorio es más amplio que el concepto real del territorio meramente geográfico, y permite por lo tanto aceptar el imperio de la ley a los puntos afines al territorio.

¿Pero sucederá lo mismo cuando se trata de delitos concluidos en territorio perteneciente a otra jurisdicción?

La cuestión pertenece al derecho penal internacional, que la trata intensamente. Nosotros habremos de limitarnos a recordar los sistemas o teorías escogitados para solucionarla.

Ellas son: la de la justicia absoluta, que sostiene la facultad de todos los países para castigar todo delito que viole la ley natural, pues deben considerarse como un ataque a la humanidad: la de la personalidad de la ley penal; la de la territorialidad sostenida por Story; la de Haus, que considera a la ley penal, personal respecto al ciudadano, y territorial respecto al extranjero, y la de Fiore, que sostiene que debe prescindirse de las personas para atender a la sola naturaleza de los actos.

Este último dice a ese respecto: "Es evidente que está

fuera de duda que si en un país extraño se comete un crimen contra la seguridad del Estado, o contra su crédito público, el Estado directamente atacado en su existencia, o en su crédito, por tales delitos, debe tener el derecho de perseguir y castigar al autor, sea éste nacional o extranjero”.

Se ve, pues, que las reglas del derecho penal internacional, establecen, fuera de toda controversia, la más franca y completa extraterritorialidad de la ley penal, para ciertos delitos, tales son los cometidos contra la seguridad del estado y la falsificación de sus papeles de crédito a que se refiere Fiore.

Es así mismo principio inconcuso, que la ley penal se extiende a los delitos cometidos en territorio extraño, cuando, omnímodamente, esos actos, no están fuera del territorio propio, por tener en éste su principio o su término. Un ejemplo de este caso sería la prescripción de uno de los artículos del código penal de Chile que castiga al que desde Chile envía a periódicos extranjeros artículos injuriosos o calumniosos.

Por fin, el derecho penal internacional, acepta también la extraterritorialidad de la ley para que un país pueda juzgar a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero; no solo para el caso de que el delito concluido en país extraño tenga su elemento objetivo en el país perjudicado, sino también para otros casos como lo veremos.

Así como un país tiene derecho para aplicar su ley penal a los que en el extranjero falsifiquen su moneda legal corriente, u otros papeles del crédito nacional; así también, la ley punitiva de un estado, puede hacerse efectiva en las personas que ejerciendo un cargo público en el extranjero, en su representación o comisión, se hicieran culpables de prevaricato, o también, a los que después de contratar con la administración pública de un estado, emplearan fraude para sustrarse a sus compromisos, o a los que instigaran o auxiliaran a otros para cometer delitos en otro país, o en fin, a aquellos que, con el único propósito de cometer un delito se trasladan a un país extraño, tal sería el caso de duelo, porque entonces, dice Fiore “el vencedor no podrá volver en medio de nosotros cubierto de la sangre de su adversario y gozar de la impunidad” y por fin, a los delitos contra el orden de la familia, por ser leyes que siguen al ciudadano a todas partes, según el Dr. Obarrio, por ejemplo, el de una persona casada en la república, según el mismo autor, que viviendo su consorte, contrae matrimonio en el extranjero, puede ser condenado por nuestras autorida-

des, porque este delito viola deberes impuestos por las leyes que rigen el matrimonio.

Disentimos en una de estas soluciones con el distinguido publicista a que acabo de referirme, en lo relativo al castigo del duelo realizado en país extranjero, porque, si bien el duelo es un acto que el legislador debe incriminar como contrario a la moral y perturbador por consiguiente del orden jurídico y del orden social, estimo, que realizado en país extranjero, aún cuando los protagonistas hayan buscado intencionalmente ese lugar, dicho acto así ejecutado, no tiene todos los caracteres necesarios para ser considerado como una violación punible — desde que las intenciones no se castigan — porque no puede ser comprendido en la ley del estatuto personal y porque él ha sido principiado y concluído en extraña soberanía, sin que el elemento objetivo del delito se encuentre en la soberanía que incrimina el acto realizado.

### 13—LA «REVISION», Y «LA APLICACION DE UNA NUEVA LEY» EN MATERIA PENAL.

Antes de pasar a ocuparme de otro de los enunciados del programa, relativos a la bolilla que expongo, conviene hacer una ligera referencia a la “revisión” y “aplicación de pleno derecho” de la ley más benigna, para contribuir en lo posible a evitar confusiones que se han producido en la práctica con alguna generalidad y mucha frecuencia.

La “revisión”, y “aplicación de la ley más benigna”, cualquiera que sea la época en que se dicte, tienen relación directa y positiva con los postulados de la “retroactividad” y “cosa juzgada” de que ya nos hemos ocupado.

Fijando con claridad y sencillez el concepto de lo que importa la revisión, surge, también con claridad, el verdadero significado y sentido de la frase contenida en el último acápite del artículo 2° del Código penal, que dice: “*los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho*”.

La “revisión” forma parte de la institución de los “recursos” en materia procesal, consagrados como medios para procurar el acierto en las resoluciones de los jueces, o sea, para asegurar, en lo humano, el imperio de la justicia, y es por consiguiente ajeno a la ley de fondo.

La revisión es un recurso como el de apelación, nulidad, o casación, pero difiere grandemente de ellos. Primero, en que se acuerda contra las sentencias pasadas en autoridad de "cosa juzgada"; porque tiene por objeto inmediato reparar un error *de hecho* de la condena, y segunda, en que todo el motivo y fundamento del recurso puede comprenderse en la alta finalidad ética "de declarar la inocencia *del condenado*"; mientras que los otros recursos, de "apelación", o de "casación", tienen por objeto salvar errores *de derecho* de sentencias *en trámite*, y se acuerdan con limitación de tiempo, cinco, diez o quince días, consecutivos a la noticia oficial de la sentencia; mientras que la revisión puede pedirse en cualquier época, aún después de meses y años de notificada la sentencia del último tribunal legalmente habilitado para pronunciarla.

El recurso de revisión puede ser entablado, aún después de cumplida la pena, es decir, cuando *el penado* ha dejado de serlo. Mas aún, puede entablarse después del fallecimiento del penado, o del ex penado, por su esposa o por sus hijos; porque su fundamento ético-social es como lo dijimos antes "declarar la inocencia del penado o rehabilitar su memoria.

La revisión es una institución altamente humana y justa.

Otra característica de este recurso excepcional es que permite, o autoriza, mejor dicho, la reapertura del proceso, es decir, que vuelve a abrirse el debate judicial y a recibirse nuevas pruebas, todas tendentes a los fines jurídicos-sociales del recurso mismo.

Todas esas circunstancias y fines del recurso de revisión en lo penal lo individualizan, y lo distinguen nítidamente del de revisión en "materia civil", el cual existe también en las leyes de procedimiento respectivas, como un *tercer* recurso, después del de apelación, y como éste, para los asuntos *no fenecidos*, en trámite, y contra las sentencias que aún no han sido motivo de ejecutoria.

El recurso de revisión civil en la justicia federal, fué establecido por el Art. 7° de la ley de 16 de octubre de 1862, para los siguientes casos: a) cuando la sentencia hubiere recaído sobre cosas no pedidas por las partes; b) cuando se ha omitido resolver sobre alguno de los capítulos de la demanda; c) cuando se encuentren nuevos documentos, en las condiciones que la ley lo establece; d) cuando la sentencia se hubiera fundado en el testimonio de personas que fuesen declarados falsarios en sus declaraciones; e) o en virtud de documentos reconocidos, o declarados falsos".

En código de procedimientos en lo criminal para los tribunales de la capital, establece en su artículo 551 los casos de revisión en materia penal, en la siguiente forma:

“1° Cuando consta de un modo indudable que el delito “fué cometido por una sola persona, y habiendo sido juzgado “por dos o más jueces, aparecen como reos, en las diversas “sentencias ejecutoriadas, diversas personas. 2° Cuando se haya “condenado a alguno como autor, cómplice o encubridor del “homicidio de otro cuya existencia se acredite después de la “sentencia. 3° Cuando se haya condenado a alguno por resolución cuyo fundamento haya sido un documento que después “se ha declarado falso por sentencia ejecutoriada en causa criminal; o cuando el condenado hallase, o cobrase documentos “decisivos ignorados, extraviados o detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte acusadora. 4° Cuando una ley posterior haya declarado que no es punible el acto que antes se “declaraba como tal o haya disminuido su penalidad”.

El inciso 4° transcripto consagra una cláusula de revisión contraria a la razón y objeto fundamental de ese recurso, que es, como hemos dicho “devolver la inocencia al penado” porque aplicar *menos* pena, no es anular la sentencia, como lo estatuye el art. 554 de la misma ley, sino “disminuir la pena según corresponda”. (Inc. 2° del art. 554).

Pero tal disposición ha quedado de hecho y de derecho derogada por el acápite tercero del artículo 2° del Código penal, que prescribe que, “los efectos de la nueva ley (la más benigna) *se operarán de pleno derecho*”.

De manera que la ley de fondo, derogatoria de la procesal, no quiere ni autoriza *la revisión* en el caso de una “ley más benigna”, y preceptúa que los efectos de ésta se operen de pleno derecho, quiere decir, sin la discusión, sin las pruebas, sin la anulación de sentencias, sin *reabrir el proceso*, en una palabra, pues que en todo ello consiste la revisión en lo penal.

“*Los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho* (inc. 3°, art. 2°, C. P.), quiere decir, que *ministerio legis*, se aplicará esa ley: que por el precepto legal queda *transformada* la pena más grave, en pena menos grave; ya sea impuesta o a imponerse.

La *revisión* es pues sustancialmente distinta en sus formas, en su fundamento y en su objeto, a los casos de “aplicación de la ley más benigna”, en que de derecho queda ella aplicada—*ministerio legis*.

Tal es el significado y sentido jurídico de la disposición del Código respecto a la ley más benigna.

El artículo 2° del código penal, a que acabó de referirme, dice textualmente: ‘‘Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fué distinta de la que existía al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley.

En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho’.

Esta disposición no menciona, ni contiene, como se ve, ninguno de los casos de revisión a que se refiere la ley procesal, ni da lugar a que se confunda el uno con lo otro.

#### 14—LA JURISPRUDENCIA Y LA COSTUMBRE EN DERECHO PENAL.

En la era filosófica de los jurisconsultos romanos, dice Ortolan, la ‘‘jurisprudencia’’ se definía diciendo que ‘‘es el conocimiento de las cosas divinas y humanas con la ciencia de lo justo y de lo injusto’’. La descomposición de la palabra nos manifiesta también su significado: *juris prudencia*, conocimiento del derecho. Pero jurisprudencia tiene otra acepción o sentido, que es al que vamos a referirnos. ‘‘Es el hábito que se tiene de juzgar de tal o cual manera una misma cuestión; y la serie de juicios o sentencias uniformes que forman uso o costumbre sobre un mismo punto de derecho’’. Escriche verbo jurisprudencia.

Según este concepto, los extremos que caracterizan a la jurisprudencia, son: una ‘‘idéntica cuestión’’, sobre ‘‘un mismo punto de derecho’’.

El doctor Rivarola dice que la jurisprudencia se forma con repetición constante de la aplicación de la ley en el mismo sentido, por los tribunales superiores.

En presencia de estas ideas podemos preguntar, si puede haber jurisprudencia en materia penal, y cuál sería, en su caso, su valor legal.

En lo penal es muy difícil que se produzcan ‘‘cuestiones idénticas’’, pues que, lo que se discute son hechos relativos a la persona, para llegar a la finalidad de toda sentencia en lo criminal que se reduce a declarar si es imputable al inculcado

el hecho de que se le acusa, y en su caso, qué pena corresponde aplicar.

La responsabilidad y la pena son dos actos personalísimos, pues que la intención o motivos del crimen, como sus formas y consecuencias, pueden variar, y de seguro que varían en cada caso, en cada delincuente.

En el delito no hay más que un solo *hecho* el cual no puede ser materia de discusión, de diversa apreciación, ni de interpretación. Si hay un muerto habrá homicidio; si una desarropiación de lo ajeno, será un robo, un hurto, una defraudación, una extorsión. Habrá siempre un *hecho* definido por la ley como delito, e indiscutido, como tal. Todo lo demás será personalísimo al autor del hecho y por lo tanto variable hasta el infinito, de manera que jamás podrá llegarse a tener "identidad de casos" para que puedan quedar comprendidos en juzgamientos anteriores.

Rivarola presenta como un irónico ejemplo de jurisprudencia el siguiente: "El homicidio en riña, con una circunstancia atenuante, es castigado con cuatro años de presidio (art. 96, inciso 3°, C. Penal, derogado).

Es realmente un curioso caso de jurisprudencia, pues la circunstancia atenuante podría variar, ser objetiva o subjetiva; y además, las condiciones personales de los que riñen, como las causas y motivos de la riña, ser muy distintas y difícil de producirse en "idénticas" condiciones, desde que es imposible encontrar dos personas con iguales sentimientos, ideas, educación y causas de obrar.

Todos los problemas del derecho penal son de carácter subjetivo.

El estudio de la etiología del delito así lo demuestra.

La Penología y las funciones de la pena con relación a la persona y la sociedad, también lo confirman.

De manera que puede llegarse a la conclusión de que en materia penal, la *jurisprudencia*, en el sentido de que hemos hablado, es sino imposible, de muy difícil aplicación.

En lo penal ya sabemos que la ley no se aplica por analogía, y que un acto, para que pueda ser declarado delito, es indispensable que esté calificado como tal por ley expresa anterior al hecho, y que ninguna pena puede infringirse sino a base de que se encuentre igualmente expresada en la ley, siendo toda pena de carácter eminentemente personal.

La ley es pues todo en lo penal.

*Ubi non est lex nec prevaricatio.*

*Nullum delictum sine lege.*

*Nulla poene sine lege.*

En lo Civil no sucede lo mismo, pues en esa rama del derecho, o sea en lo relativo a las relaciones privadas de los ciudadanos, “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, pues 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”. (artículos 15 y 16 del código civil).

La costumbre es más ajena, aún si cabe, al derecho penal, que la jurisprudencia. Y si ésta es imposible, porque ninguna ley le autoriza y por los principios y razones expresadas, mayormente habrá de serlo la *costumbre* que no crea derechos; ni puede invocarse como antecedente ni obligatoria en ningún caso.

## 15—ANTECEDENTES DE LA LEGISLACION PENAL ARGENTINA.

La primera ley nacional, con caracteres exclusivos de ley penal, es la de 25 de agosto de 1863 designando los crímenes cuyo juzgamiento es de competencia de los tribunales nacionales, y estableciendo su penalidad.

Es una ley especial, porque no forma parte de ninguna codificación, porque su sanción ha sido independiente y única, con determinados fines o propósitos y limitada en su fondo, a una cierta y determinada delincuencia, y en su carácter jurisdiccional, a crear una competencia de excepción, llamada del fuero federal.

En el mismo año 1863 en que el congreso sancionaba aquella ley, dictábase otra, autorizando al poder ejecutivo, para nombrar comisiones encargadas de redactar los códigos que según la constitución debe dictar el congreso, esto es, para proyectar los códigos civil, comercial, de minas y penal, y fué en ejecución de esta ley que se designó al Dr. D. Carlos Tejedor para redactar el proyecto del código penal.

El Dr. Tejedor demoró un poco más de dos años en presentar su proyecto al gobierno, lo que hizo en dos partes; la

primera a fines de 1865 y la segunda en el primer semestre de 1867.

Una ley de setiembre de 1868 autorizó al poder ejecutivo para nombrar una comisión para que “examinara prolijamente el proyecto” del Dr. Tejedor. La comisión debía componerse de tres abogados según lo establecía la misma ley. En su ejecución, el gobierno nombró la comisión en ese mismo año, la que no llenó su cometido por fallecimiento o renuncia de algunos de sus miembros; sucediéndose así una serie de nombramientos, hasta que en 1877, o sea diez años después de dictada la ley, la comisión quedó definitivamente constituida por los doctores Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García.

La comisión así compuesta presentó su trabajo al ministerio de justicia en los primeros días del año 1881, acompañado de un memorial en el que expresaba: “La comisión encargada de revisar el proyecto de código penal, tiene el honor de presentar a V. E. en el *proyecto* que acompaña, el resultado de sus trabajos”. Y termina con el siguiente párrafo: “Al elevar a V. S. el nuevo proyecto redactado en *sustitución* del presentado por el Dr. Tejedor, saludamos al Señor Ministro con nuestra más distinguida consideración”.

De manera que la comisión de tres abogados que autorizaba la ley de setiembre de 1868 para “que se ocupe de examinar prolijamente el proyecto de código penal redactado por el Dr. Don Carlos Tejedor”, consideró que los términos de dicha ley, no la inhibían para presentar otro proyecto en reemplazo del que se le encargaba “examinar prolijamente”, y así lo hizo, como acabo de expresarlo.

El congreso de la nación tenía pues, a su estudio dos proyectos de código. El de Tejedor, desde 1868, y el de la Comisión revisora desde 1883.

A fines de 1886 recién se pronuncia y sanciona la ley N° 1920 declarando que “desde el primero 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”.

De manera que el código Tejedor, que fué el primero en el país, ha regido treinta y cinco años con las modificaciones parciales que sucesivamente se han operado a mérito de las leyes 2755 de Octubre de 1890 sobre sustitución de penas corporales en caso de excarcelación bajo fianza, y que fué dero-

gada por el artículo 12 de la reforma que realizó la ley N° 3335 de diciembre de 1895 referente a la pena de los reincidentes — de la ley 3900 de enero de 1900 modificando los artículos 190 y 191 del código referentes al robo calificado — de la ley 3972 de noviembre del mismo año 1900 sobre falsificación y circulación de monedas, y por fin de la ley 4189 de agosto de 1903 que ya he recordado, y por lo que se reforma *in extenso*, por decirlo así, la ley 1920, o sea el código penal, y que era conocida y citada con el nombre de “ley de reformas”.

Además del expresado código, existían varias otras leyes, aisladas, independientes del código, y de carácter penal dictadas por el congreso en diversas épocas y por distintos motivos.

Esas leyes eran: la de impuesto a los alcoholes; de impuestos internos; de telégrafos, en la parte que enuncia delitos y faltas; de correos, también en lo relativo a ciertos actos, como son la falsificación de estampillas, tarjetas postales, sellos, etc.; de elecciones; de juegos de azar; prohibiendo el uso de la sacarina u otros edulcorantes artificiales; sobre ejercicio de la farmacia; defensa agrícola; policía sanitaria de animales; patentes de invención; marcas de fábrica; trata de blancas; giros en descubiertos; y el código de justicia militar, ley especial y de excepción, que comprende los delitos y faltas esencialmente militares, o sea de aquellos actos que afectan la institución militar, y los actos que importen un delito común pero cometidos por militares en servicio o en lugares de ocupación militar. Algunas de ellas han sido incorporadas al nuevo código.

Conviene recordar que con anterioridad a la sanción legislativa del antiguo código penal, regían entre nosotros las leyes españolas, algunas de ellas ya derogadas en aquella nación, y para tomar un punto de partida ya que no es posible hacer referencias de otra índole, diremos que esas leyes imperaron con las excepciones del caso, desde la revolución de Mayo, hasta que se convirtió en ley el proyecto Tejedor con las reformas que aconsejó la comisión de la cámara de diputados. (1° de marzo de 1887).

En esos setenta y dos años se producen en el país algunas reglas políticas obligatorias de carácter penal, que las encontramos en la asamblea del año 13, en el reglamento de 1817, y en las constituciones de 1819, 1826 y 1853.

(Rivarola, Derecho Penal Argentino, 8, p. 13).

Estos antecedentes demuestran que los hombres que actuaron en la obra de la organización y cultura del país, con los medios de que entonces podían disponer, tuvieron el sentimiento y orientación de un derecho penal propio, nacional.

---