

**TEORIA DE
LA LEY PENAL**

Edición actualizada año 2007

Dra. María de las Mercedes Suárez

INDICE GENERAL

PARAGRAFO 1°: LA LEY PENAL

I. Principios generales

A. Requisitos formales: a) Iniciativa; b) Discusión parlamentaria; c) Sanción; d) Promulgación; e) Publicación.

B. La ley como única fuente del derecho penal

C. El federalismo y la ley penal

D. Ley y norma penal

II. Principio de legalidad

A. Concepto y base constitucional

B. Consecuencias: 1. Indelegabilidad de la facultad legislativa penal; 1.a. Las llamadas leyes penales en blanco; 1.b. La legislación penal de facto; 1.c. Los decretos de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo; 1.d. Contenido y límites de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

III. Principio de reserva penal

A. Concepto y base constitucional

B. Presupuestos: 1. Determinación de los hechos punibles. 2. Determinación legal de la pena. 3. Prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía. Analogía legal y analogía jurídica. 4. Irretroactividad de la ley penal.

PARAGRAFO 2°: INTERPRETACION Y APLICACION DE LA LEY PENAL

I. Interpretación de la ley: Principios generales

A. Objeto.

B. Escuelas y teorías: 1. Escuela de la exégesis; 2. Escuela del derecho libre; 3. Teoría pura del derecho; 4. Teoría egológica del derecho.

C. Tipologías de la interpretación: 1. Interpretación legislativa; 2. Interpretación doctrinaria; 3. Interpretación judicial.

D. Métodos: 1. Método exegético o gramatical; 2. Método histórico; 3. Método teleológico; 4. Método sistemático

E. Implicancias de la utilización de los métodos de interpretación de la ley. Limitaciones.

II. Aplicación de la ley penal

A. Validez espacial de la ley penal

A.1. Principio territorial

A.1.a. Concepto de territorio.

A.1.b. Jurisdicción territorial sobre el mar: A.1.b.1. Mar Territorial; A.1.b.2. Zona contigua; A.1.b.3. Zona económica exclusiva; A.1.b.4. Plataforma continental; A.1.b.5. Territorio flotante.

A.1.c.1. Espacio aéreo; A.1.c.2. Espacio etéreo.

A.1.d. Lugar de la comisión del delito:

Teorías: a. Teoría de la manifestación de la voluntad; b. Teoría del resultado; c. Teoría de la ubicuidad.

- A.2. Lugares sometidos a la jurisdicción argentina
- A.3. Principio real, de protección o de defensa
- A.4. Principio personal o de la nacionalidad: a. Principio de la personalidad activa; b. Principio de la personalidad pasiva
- A.5. Principio universal
- A.6. Extradición: Condiciones: 1. Referentes a la existencia de determinadas relaciones entre los estados; 2. Referentes a la calidad del hecho y a su punibilidad; 3. Referentes a la calidad de la persona reclamada.
- A.6. Aplicación de la ley penal extranjera.
- B. Validez temporal de la ley penal
 - 1. Principios generales. 2. Ley penal más benigna
- C. Validez personal de la ley penal
 - Principio de igualdad ante la ley. Limitaciones: a. Surgidas del derecho internacional; b. Surgidas del derecho interno.

PARAGRAFO 3°: LEY Y DERECHO PENAL

I. Nociones preliminares: A. Denominación. B. Concepto

II. El Derecho Penal como parte del ordenamiento jurídico

A. Caracteres: 1. Derecho Público; 2. Regulador de actos externos; 3. Valorativo; 4. Finalista; 5. Sólo aplicable judicialmente; 6. Sancionatorio.

B. Relaciones del Derecho Penal con las restantes ramas del ordenamiento jurídico: 1. Con el Derecho Constitucional; 2. Con el Derecho Civil; 3. Con el Derecho Administrativo; 4. Con el Derecho Comercial; 5. Con el Derecho Internacional

C. División: 1. De acuerdo a su función, se distingue entre derecho penal objetivo, el derecho penal subjetivo (adjetivo, de procedimiento o de forma) y el derecho de ejecución penal. 2. De acuerdo a su contenido el Derecho Penal se divide en: a. Derecho Penal común, cuyas características responden íntegramente a las que hemos asignado al derecho penal sustantivo, objetivo o material; b. Derecho Penal administrativo o contravencional; c. Derecho penal disciplinario.

III. Organización del Derecho penal común

A. Principios generales

B. El derecho común no codificado: B.1. Leyes nacionales; B.2. Leyes complementarias.

C. Naturaleza jurídica de la legislación penal especial.

D. El artículo 4 del C. Penal y el sistema represivo.

IV. El Derecho Penal como disciplina normativa

A. Objeto.

B. Método

C. Relaciones del Derecho Penal con disciplinas no normativas

a. El Derecho penal en el estudio del delito como fenómeno individual. a.1. La Antropología criminal; a.2. La Medicina legal; a.3. La Psiquiatría forense; a.4. La Criminalística

b. El Derecho penal en el estudio del delito como *fenómeno social*. b.1. La *Criminología*; b.2. La *Sociología criminal*; b.3. La *Política criminal*.

INDICE ALFABETICO DE AUTORES CITADOS

AARNIO, Aulis “Lo racional como razonable” Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.

AFTALION, Enrique; **GARCIA OLANO**, F. y **VILANOVA**, José “Introducción al Derecho”, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1999.

CABALLERO, José Severo “La legislación penal de facto y el significado sistemático de la Ley 20.509”, Cuaderno del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

CARRIO, Alejandro “La Corte Suprema y su Independencia”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1996.

CLARIA OLMEDO, Jorge A. “Leyes especiales de la nación” Enciclopedia Jurídica Omeba –Bibliográfica Omeba-.

COSSIO, Carlos, “Panorama de la teoría egológica del Derecho”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), Buenos Aires, año IV, número 13, 1949.

CREUS, Carlos “Derecho Penal – Parte General- 2da. Edición, actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires 1990.

CURY URZUA, Enrique “Derecho Penal – Parte General-”, Segunda Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1992.

DIEZ DE VELAZCO VALLEJO, Manuel “Instituciones de Derecho Internacional Público” Undécima Edición, Ed. Tecnos, Madrid 1997.

FIERRO, Guillermo J. “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, publicación especial con motivo del 75° aniversario del Código Penal argentino, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

FIERRO, Guillermo J. “La ley penal y el derecho internacional”, Depalma – Buenos Aires, 1977.

FIERRO, Guillermo J. “La Ley penal y el derecho transitorio”, Depalma - Buenos Aires 1978.

FIERRO, Guillermo J. “La ley y el tiempo en el pensamiento de Soler” en “Reflexiones jurídico penales” (de Francesco Carrara a Günther Jakobs) Libro in memoriam de Sebastián Soler, Foro de Córdoba, Advocatus 2006.

FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal Introducción y Parte General” actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998.

FULLER, Lohn L. “El caso de los exploradores de cavernas” –Colección nueva teoría- Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1993.

GUALDA, Raúl Alejandro, “Juicio por Jurados. Fundamentación y motivación de la sentencia”, Semanario Jurídico Tomo 90, 2004 “B”.

GELLI, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina – Comentada y concordada-”, 2ª Ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires 2003.

JIMENEZ DE ASUA, Luis “Principios de Derecho Penal –La ley y el delito-”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1989.

KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, traducción de Moisés Nilve, Eudeba, 13ª Edición, Buenos Aires 1975.

LAJE ANAYA-GAVIER “Notas al Código Penal” Ed. Lerner Córdoba 1ra. Reimpresión 1996.

NUÑEZ, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal” Lerner Córdoba-Buenos Aires 1976.

NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal –Parte General” 4ta. Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Lerner Córdoba 1999.

NUÑEZ, Ricardo C. “Parte General y Parte Especial del Derecho Penal. Sus sistematizaciones”, Cuadernos de los Instituto de la Univ. Nac. De Cba., Fac. de Derecho y Ciencias Sociales n° 63.

NUÑEZ, Ricardo C. “Las Disposiciones generales del Código Penal” Lerner-Córdoba 1988.

NUÑEZ, Ricardo C. “La cuestión de los delitos y contravenciones. Su base constitucional”, Opúsculos de derecho penal y criminología n° 6, Lerner-Córdoba.

ORGAZ, Alfredo “La ilicitud –extracontractual-”, Lerner Buenos Aires-Córdoba, 1974.

ROMERO BASALDUA, Luis “Delitos aeronáuticos”, Lerner Córdoba 1982.

SABSAY, Daniel A. y **ONAINDIA**, José María “La Constitución de los argentinos”, Arrepar, Buenos Aires 1997.

SOLER, Sebastián “Bases ideológicas para la reforma penal” –colección ensayos- Eudeba, Buenos Aires, año 1966.

SOLER, Sebastián “Derecho Penal Argentino” 5ta. Edición actualizada por Guillermo J. Fierro, Tea, Buenos Aires 1987.

SOLER, Sebastián “Fe en el derecho y otros ensayos”, TEA Buenos Aires 1956.

SOLER, Sebastián “Las palabras de la ley”, Fondo de Cultura Económica, México, año 1969.

SUAREZ, María de las Mercedes “Teoría del delito”, Soluciones Gráficas Córdoba, año 2006.

SUAREZ, María de las Mercedes y **LASCANO**, Carlos J. (h) “El impedimento de contacto de los hijos menores con padres no convivientes - Ley n° 24.270, Lerner Córdoba, 1994.

VIDAL, Humberto S.; “Delitos de prensa” -trabajo de tesis-, Cuaderno de los Institutos de la Univ. Nac. de Cba., Fac. de Der. y Ciencias Sociales N° 97.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Constitución y teoría general de la interpretación jurídica”, Cuadernos Civitas, Madrid 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl “Tratado de Derecho Penal –Parte general” Ediar 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl “Manual de Derecho Penal –Parte general-” Ediar 1979.

PARAGRAFO 1°

LA LEY PENAL

I. Principios generales

A. Requisitos formales

En el sistema jurídico argentino, una ley para ser tal, debe transitar los caminos preestablecidos por la Constitución Nacional al efecto. Ellos son: a) Iniciativa; b) Discusión parlamentaria; c) Sanción; d) Promulgación y e) Publicación. Una norma que no reúna los requisitos citados, no será una ley en sentido formal.

a) Iniciativa

Con arreglo a lo establecido en el art. 77 de la Constitución Nacional, las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras del Congreso¹, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamientos de tropas que corresponde exclusivamente a la Cámara de Diputados (art. 52 de la Constitución Nacional).

Aquella que ha sido elegida para la introducción del proyecto, se la conoce con el nombre de Cámara iniciadora o de origen, mientras que la otra se la denomina Cámara revisora².

En relación al tratamiento de una ley, la Constitución establece dos alternativas posibles: Una prevista por el art. 78 según el cual “aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, para al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley”. Este es el derrotero *normal* por el que

¹ La Constitución de Córdoba, reformada el 14 de septiembre de 2001, adoptó el sistema unicameral (art. 77), en cuya virtud el art. 105 de la citada norma fundamental dispone: Las leyes tienen origen en la legislatura por proyectos presentados por uno más de sus miembros, por el Poder Ejecutivo, o por iniciativa popular en los casos que determine esta Constitución o la ley. El Tribunal Superior de Justicia, por intermedio del Poder Ejecutivo, también puede elevar proyectos de ley sobre organización y funcionamiento del Poder Judicial (art. 166 inc. 5°).

² **SABSAY**, Daniel A. y **ONAINDIA**, José M. “La Constitución de los argentinos” Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994, 3ª Ed. Actualizada y ampliada, Errepar, Buenos Aires, 1997, Pág. 264.

transita un proyecto de ley siempre que no se produzca ninguna de las vicisitudes que los siguientes artículos prevén³.

La otra alternativa es la prevista por el art. 79, en virtud del cual cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. La Cámara podrá, con igual número de votos, dejar sin efecto la delegación y retomar el trámite ordinario. La aprobación en comisión requerirá el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. Una vez aprobado el proyecto en comisión, se seguirá el trámite ordinario.

Los analistas de la reforma de 1994, sostienen sobre las implicancias de la norma en cuestión: Se fortalecen las facultades de las comisiones internas que de acuerdo con lo establecido en sus respectivos reglamentos posee cada una de las Cámaras. Ellas permiten que el trabajo legislativo se divida por temas a fin de crear una especialización en el trabajo parlamentario. Los legisladores, en función de sus especialidades o intereses, integrarán una o más comisiones. Los aspectos procedimentales que hacen al funcionamiento, al número y a la incorporación de miembros están determinados en los reglamentos de las Cámaras. En la realidad es en el interior de los bloques partidarios donde se decide en qué comisión actuará cada uno de sus integrantes, como asimismo, quiénes se desempeñarán en calidad de autoridades de ellas⁴.

En el ámbito local como modalidad general todo proyecto, sea presentado por un legislador o remitido por el Poder Ejecutivo, será enunciado por Secretaría Legislativa y pasado sin más trámite a la comisión correspondiente, la cual lo someterá a estudio (Art. 113 Reglamento interno de la Legislatura). Este hecho es lo que usualmente se conoce con el nombre de “*pase a comisión*”.

El resultado de las discusiones producidas en el seno de las diferentes comisiones se materializa en un informe del cual surge el denominado Despacho de comisión⁵. La Secretaría Legislativa comunica al Presidente de la Cámara las

³ SABSAY, Daniel A. y ONAINDIA, José M. “La Constitución de los argentinos”, cit. Pág. 266.

⁴ SABSAY, Daniel A. y ONAINDIA, José M. “La Constitución de los argentinos”, cit. Pág. 267.

⁵ Es la opinión o juicio realizado por una o varias Comisiones internas, en el que se realizan sugerencias al Cuerpo legislativo sobre los aspectos que han sido objeto de su trabajo interno.

conclusiones arribadas en el trabajo en Comisión. Éste a su vez procede a su inclusión entre los asuntos entrados en el orden de día, que serán objeto de consideración en la próxima sesión. El despacho de comisión puede derivar de un acuerdo unánime respecto a los fundamentos del proyecto, o bien pueden producirse despachos discordantes o disidencias parciales o totales (Artículos 98, 99 y 100 Reglamento interno de la Legislatura).

b) Discusión parlamentaria

Una vez incluido el proyecto con el respectivo Despacho de la Comisión en el orden del día de la Cámara denominada *de origen* (art. 78 de la Constitución Nacional), tiene lugar el debate.

La discusión parlamentaria de una ley reviste fundamental importancia, en relación a uno de los principios básicos del sistema republicano según el cual, el pueblo no delibera ni gobierna, sino a través de sus representantes (C.N. art. 22). Este tramo del nacimiento de las leyes es, a nuestro juicio, decisivo al momento de la *interpretación* -denominada auténtica- y de la *aplicación* de una ley. El Diario de Sesiones de las respectivas Cámaras, es el único documento válido a tales fines. Allí se plasman las observaciones, objeciones, consideraciones etcétera, que a los señores legisladores les merezca el proyecto sometido a consideración; los aplausos, llamados de atención, la actitud del público presente en las galerías, en síntesis, todo lo ocurrido en el recinto durante cada sesión, tarea que corresponde en primer término a los taquígrafos.

Técnicamente es un *acta*, en la cual consta el número de expediente que dio apertura al trámite en cada Cámara (de origen y revisora, respectivamente), la Comisión a la que fue girado para su estudio; el dictamen producido con la individualización del miembro informante y el mensaje de elevación dirigido al Presidente, con exposición de las reformas, modificaciones y observaciones formuladas al Proyecto de ley. Consta también la nómina de los legisladores presentes y el nombre de la persona que ocupa la Presidencia, no de la Cámara, sino de la sesión, pudiendo coincidir en la misma persona, ambas circunstancias.

También es el medio mediante el cual se comunica lo resuelto por la Comisión en nombre de la Cámara, cuando a aquélla se le encargó la decisión sobre un asunto.

No obstante y sin desmerecer las virtudes que son propias del sistema republicano, la experiencia de las democracias europeas enseña que existen distintas formas de bastardearlo, quedando apartados de toda consideración los intereses del soberano, asumiendo preeminencia los de los *grupos de poder*, que congregados en sectores económicos, políticos, religiosos o de cualquier otra índole, ejercen presión a la hora de tomar decisiones vertebrales que como tales, interesan a la sociedad en su conjunto. Sostiene Aarnio al respecto: El modelo de Constitución de las democracias occidentales está basado en *un ideal de acuerdo* con el cual leyes generales y abstractas, guían la sociedad... Este ideal está basado en el hecho de que el contenido de las leyes se forma en un proceso especial de argumentación. Esto se lleva a cabo parcialmente en el sistema de representación parlamentaria entre los diversos grupos de poder y, parcialmente, en la vida fuera del Parlamento... En general este modelo, sostiene el citado autor, puede funcionar sólo si es posible distinguir entre Estado y sociedad. La funcionalidad de este modelo se debilita cuando el Estado interfiere en las funciones de la sociedad. El estado legislativo corre peligro si la sociedad es conducida en creciente medida por el Estado⁶.

La sociedad se ha ido convirtiendo cada vez más en una sociedad corporativista. Los grupos, afirma Aarnio, acuerdan con el gobierno compromisos basados en sus propios intereses... Estos formulan normas en nombre de acuerdos colectivos, que son legalmente obligatorias, también para aquellas partes que no integran estos grupos... El Parlamento, por lo tanto, puede ser llevado a una posición de acepción, quiéralo o no; el acuerdo tiene que ser aceptado para que todo el sistema no se rompa en pedazos⁷.

Esto significa, expresa el citado autor, que el ideal originario de un Estado legislativo europeo, se ha convertido en una fachada hueca. En realidad, los partidos no son grupos que sigan las sanas reglas del juego, sino coaliciones de poder, que persiguen intereses económico-sociales. A su vez, la publicidad fuera del Parlamento

⁶AARNIO, Aulis "Lo racional como razonable" Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, Pág. 35 y ss. Lo destacado es nuestro. Aarnio identifica Estado con el Poder Ejecutivo.

⁷AARNIO, Aulis "Lo racional..." cit., Pág. 38.

(garantía constitucional) es manipulada por el Estado y los medios de información. En esta publicidad, ya no se realiza el ideal de una sana interacción de opiniones⁸.

Contrariamente la publicidad de la actividad parlamentaria, llevada a cabo por una prensa cómplice, cuando no oficial, funciona como mecanismo de justificación de las decisiones tomadas en el proceso legislativo así desarrollado.

Ya en oportunidad de comentar la ley n° 24.270 de “Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes”, denunciarnos la existencia de *lobbies* en el Congreso de la Nación, representados en aquel tiempo y entre otros, por la APADESHI (Movimiento en defensa de los Hijos del Divorcio o, Asociación de Padres Separados de sus hijos)⁹, y sentimos la necesidad de reafirmar que “las leyes se dictan para todos y que cada diputado (o senador en su caso) carga sobre sí la responsabilidad de no defraudar a quienes con su voto, le confiaron la más honrosa misión de la vida republicana, esto es, la de armonizar normativamente la convivencia social en miras del bien común”¹⁰.

Kaarlo Tuori, sostiene Aarnio, ha señalado que la toma de decisiones no está basada en un consenso al que se llega con el razonamiento racional sino en compromisos basados en intereses y en compromisos que descansan en cálculos de poder. El foro de la actual toma de decisiones, afirma, no son las sesiones plenarias oficiales sino las negociaciones secretas entre los partidos. La satisfacción de intereses particulares se ha vuelto más importante que los fines generales y esenciales del desarrollo social. Las discusiones en las sesiones plenarias oficiales son meras fachadas que ocultan la toma real de decisiones¹¹.

Más aún si tomamos en consideración que el acceso al poder supone, asumir obligaciones de antemano, en el ámbito nacional e internacional, que no siempre están en concierto con el bien común o los fines particulares de una sociedad determinada. Los compromisos políticos y económicos asumidos a cambio del soporte propagandístico (que implica a su vez un desembolso importante en el orden monetario), llevan el sello de la pérdida de disponibilidad de las acciones de

⁸ AARNIO, Aulis “Lo racional...”, Pág. Cit.

⁹ SUAREZ, María de las Mercedes y LASCANO, Carlos J. (h) "El impedimento de contacto de los hijos menores con padres no convivientes - Ley n° 24.270, Lerner Córdoba, 1994.

¹⁰ SUAREZ, María de las Mercedes y LASCANO, Carlos J. (h) "El impedimento de contacto..." cit. Pág. 42.

¹¹ Autor especialmente citado por Aarnio, ob. Cit. Pág. 38.

gobierno. El ciudadano sin saberlo, al momento de emitir su voto, está convalidando acuerdos que afectan intereses primordiales de su vida individual y social.

Sin embargo, Tuori, señala Aarnio, basándose en Niklas Luhmann, señala que este drama, que sigue los procedimientos establecidos (orden de sanción), conduce a un tipo de confianza general en el sistema. Los ciudadanos –señala- aceptan pasivamente las soluciones legislativas. Ya no sopesan racionalmente las diferentes soluciones, tal como lo exigía el ideal originario. Su aceptación podría ser descrita como una lealtad general frente al sistema. La aceptabilidad del derecho y la credibilidad de los sistemas están basadas únicamente en el cumplimiento de las *formas* legales por parte de la legislación. Así, toda disposición formalmente correcta está respaldada por la confianza general en el sistema¹².

De esta manera, una gran parte de la legislación recibe una aceptación pasiva. Ya la mera gran cantidad de normas hace que a los ciudadanos les sea imposible seguir activamente la labor legislativa. Como consecuencia de ello, la mayor parte de la legitimidad (autorización, aceptabilidad) de las leyes se basa únicamente en la confianza general en el sistema. Sin embargo, sostiene el citado autor, este tipo de legitimidad basada en la aceptación pasiva y manipulada, trae aparejados no pocos problemas¹³.

Pero, este tipo de legitimidad basada en la aceptación pasiva y manipulada, trae aparejados no pocos problemas. Uno de ellos es el de la aceptación del derecho, de su legitimidad, desde el punto de vista del ciudadano común. Se puede hablar hasta de tendencias de crisis del derecho¹⁴.

Kaarlo Tuori distingue tres tendencias de este tipo: Crisis de racionalidad interna del derecho; Crisis de racionalidad objetiva del derecho y Crisis de legitimación.

1) La *crisis de racionalidad interna* se produce cuando aumenta el número de normas y crece la complejidad de sus disposiciones. Existe el peligro de que se derrumbe la sistemática interna de las disposiciones jurídicas. La regulación se descompone en una casuística referida a casos individuales y grupos de casos. Se

¹² AARNIO, Aulis, ob. cit. Pág. 39.

¹³ AARNIO, Aulis, ob. cit. Pág. Cit.

¹⁴ Conf. AARNIO, Aulis, ob. Cit. Pág. 41.

pierde la visión general del derecho. Los sistemas jurídicos flexibles y abiertos, al igual que diversos sistemas de reforma, tienen efectos paralelos. Nace así una especie de paradoja: Una regulación por una parte, desmesurada y, por otra demasiado abierta, quiebra la racionalidad interna del derecho. Se pone en peligro la coherencia interna del derecho, es decir, su conexión sistémica interna¹⁵.

Concordantemente enseñaba Soler en 1956: Llegamos así a un momento en el cual puede hablarse de crisis del derecho en un doble sentido. En primer lugar, como disminución muy considerable de la esfera libremente dispositiva de los sujetos (derechos subjetivos, esfera de autonomía de la voluntad) y en el sentido de disminución del valor del derecho objetivo, interpretado como mero producto de los cambiantes caprichos de la autoridad. Frente al individuo como sujeto de derechos, encontramos al Estado inmiscuido en todas las relaciones y frente al derecho como regulación objetiva, encontramos la exaltación de la autoridad creadora de actos obligatorios aun cuando despojados de naturaleza general e indeterminada¹⁶.

2) Existe *crisis de racionalidad objetiva*, cuando los medios de regulación no son adecuados para constituir una respuesta eficiente a una situación problemática prevaeciente en la sociedad¹⁷.

Eso fue lo que ocurrió con la sanción de la Ley 24.270, cuyas disposiciones llevaron al ámbito del Derecho Penal, conflictos propios del fuero de Familia, determinando que la aplicación de sus normas, lejos de normalizar el conflicto, generara mayores tensiones sociales¹⁸. La respuesta del sistema no fue adecuada ni eficiente, su regulación no satisfizo la racionalidad objetiva del conflicto y fue irracional el encauzamiento normativo del problema.

Dice Soler al respecto: Comenzando en el terreno del derecho privado, hemos visto cómo la creciente demanda de protección jurídica ha ido haciendo crecer la regulación y abarcando tratos que anteriormente se consideraban librados a la autonomía de la voluntad. Esta corriente no solamente impugna la teoría tradicional del derecho privado e intenta la construcción de nuevas estructuras, sino que va

¹⁵ Conf. AARNIO, Aulis, ob. Cit. Pág. 41.

¹⁶ SOLER, Sebastián "Fe en el derecho y otros ensayos", TEA Buenos Aires 1956, Pág. 117.

¹⁷ Conf. AARNIO, Aulis ob. cit. Pág. 41.

¹⁸ SUAREZ, Maria de las Mercedes y LASCANO, Carlos J. (h) "El impedimento de contacto" cit.

transformando toda esa esfera en derecho público por la creciente intervención reguladora del Estado, que concluye en la necesidad de garantizar el cumplimiento de sus disposiciones mediante la amenaza de sanciones penales. La frecuente apelación, sin embargo, a ese medio jurídico extremo, en definitiva, pone en descubierto los límites naturales de todo sistema normativo, la eficacia de cuyas sanciones se funda socialmente en el voluntario acatamiento de los ciudadanos, disposición espiritual que desaparece cuando el derecho pretende un grado exorbitante de sumisión. Este desequilibrio entre el derecho y el medio social al cual se aplica, destaca el maestro, determina un aumento de desobediencia y la consiguiente necesidad de reforzar el poder de la autoridad, como tal¹⁹.

3) En relación a la *crisis de legitimación* señala Aarnio que, el significado básico de la palabra “legitimación” es “autorización”. Las normas están autorizadas en la sociedad si los destinatarios de la regulación pueden aceptarlas. Desde este especial punto de vista, sostiene el citado autor, *legitimidad* es lo mismo que *aceptabilidad*.²⁰ Las formas modernas del derecho y las nuevas vías de legitimación del derecho, la confianza en el sistema, ejemplifica el citado autor, no han eliminado el valor de la cuestión originaria acerca de la aceptabilidad de las disposiciones jurídicas. Entre otras cosas, este problema es muy notable desde el punto de vista de la jurisdicción. En una comunidad democrática, quienes ejercen la jurisdicción y la administración tienen que gozar de la confianza de los ciudadanos. Si la confianza se tambalea o desaparece, ello se refleja muy pronto, por ejemplo, en el derrumbe de la obediencia a la ley²¹.

Durante el desarrollo del Congreso internacional llevado a cabo en la Universidad de Buenos Aires (agosto de 1997), con motivo de conmemorarse el 75° aniversario del Código Penal argentino y bajo el título “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, Fierro se pronunció sobre el particular, en los siguientes términos: Es posible constatar en la actualidad un notable incremento de normas penales especiales dictadas al solo fin de castigar incumplimientos a

¹⁹ SOLER, Sebastián “Fe en el derecho” cit. Pág. Cit.

²⁰ AARNIO, Aulis ob. cit. Pág. 42. Lo destacado es nuestro.

²¹ AARNIO, Aulis ob. cit. Pág. 42.

situaciones muy puntuales, propias de una coyuntura o de una determinada política económica, la mayoría de las cuales tratan de aportar vanamente soluciones punitivas a lo que -en un sentido amplio- se ha dado en llamar los “discursos de emergencia”. Hay empero, señaló el citado autor, otras situaciones en que si bien ellas importan un aumento considerable del catálogo de disposiciones penales actualmente vigentes en nuestro Derecho, su incorporación se encuentra plenamente justificada.

Entre las primeras, destacó Fierro, esto es, aquellas que encuadran perfectamente dentro del esquema enunciado como la creciente legislación penal y los discursos de emergencia, necesariamente contingentes, podemos señalar -sin pretensión de formular una enunciación exhaustiva y circunscribiéndonos al último lustro- a las recientes disposiciones penales dictadas con relación a la violencia en los espectáculos deportivos, las que se vinculan con los trasplantes de órganos, con el sistema integrado de jubilaciones y pensiones, con el contacto de menores con sus padres no convivientes, con la protección contra la violencia familiar, con la ley de cheques, con los riesgos del trabajo, con la ley nacional de alcoholes, con la factura de crédito, con el régimen penal tributario, etcétera²².

Con relación a esa proliferación legislativa, Fierro enfatizó: Nuestro punto de vista intenta mostrar, desde adentro del sistema normativo, el grosero error conceptual que anida en la creencia que de cuanto más se regule la actividad humana, que cuando más se discipline el quehacer de los ciudadanos para obligarlos a que hagan o dejen de hacer acciones contrarias a su propia voluntad, que cuanto más se restrinja y coarte su desenvolvimiento espontáneo, mejores resultados se obtendrán en orden a lograr una adecuada convivencia social. Pero ese proceso regulativo creciente -como lo enseñó Soler- bien pronto mostrará al legislador mandón e impaciente, una comprobación sorprendente, esto es, le mostrará cuáles son las limitaciones propias que tiene el Derecho y le mostrará también, cuál es la magnitud de la impotencia legislativa.

Ese legislador ignorante y autoritario, no comprende, dijo el autor citado, que para que la ley cumpla con eficacia su cometido, tiene que contar con la buena

²² **FIERRO**, Guillermo J. "La creciente legislación penal y los discursos de emergencia", publicación especial con motivo del 75° aniversario del Código Penal argentino, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, Pág. 622.

voluntad de sus destinatarios en una medida mucho mayor que lo que él cree, porque si no cuenta con su asentimiento, no hay manera alguna de lograr el resultado buscado. El fin mismo del Derecho consiste en suscitar el libre cumplimiento de los deberes y no se satisface con el mero castigo por no haberse ejecutado lo ordenado. Pero como dicho legislador no entiende cuál es la verdadera función del Derecho, cree que el incumplimiento a sus mandatos se soluciona con nuevas y más extensas regulaciones y no advierte que el acatamiento espontáneo a la ley -testimonio inequívoco de la salud de una sociedad- se halla gravemente perturbado frente al fenómeno de crecimiento del Derecho y ello así, por la sencilla y primaria razón de que esa proliferación de normas impide conocerlas a todas para poder acatarlas²³.

Ya en el transcurso del año 2006 y con motivo de la insistente actividad del “Ingeniero” Blumberg en demanda de mayor severidad en la legislación penal, sostuvo el citado autor evocando a Soler: La sanción de una ley está determinada por una situación social interpretada y entendida de acuerdo a cierta tabla de valores. Pues bien, tales valoraciones y necesidades son, forzosamente variables y contingentes, circunstancia ésta que imprime a la ley una característica de historicidad. Ello no implica, por cierto, que la mutabilidad de las leyes sea tal que transforme al ordenamiento jurídico en una alocada carrera tratando de seguir los vertiginosos cambios sociales, económicos, políticos, etc. en una secuencia simultánea. La perdurabilidad de gran parte de nuestros principios jurídicos, que en el campo del derecho privado, ahondan sus raíces en el derecho romano, nos pone claramente de relieve la sabiduría y grandeza que reposan en esas construcciones milenarias que todavía gozan de fresca vitalidad y siguen, como antaño, regulando la vida humana ajustándose a las nuevas condiciones. Tal circunstancia nos habla también, agrega Fierro, de la ingente obra de jueces y juristas en una imponente tarea de interpretación, adecuación y enriquecimiento de preceptos que si bien fueron proyectados para disciplinar otras situaciones fácticas muy disímiles a las actuales, el acierto insito en ellos ha permitido que sigan siendo, pese al correr de los siglos, el

²³ **FIERRO**, Guillermo J. "La creciente legislación penal..."Pág. 624.

punto de apoyo de toda una estructura jurídica de la mayoría de los países del mundo occidental²⁴.

Por otra parte una sana labor legislativa, requiere muchos más requisitos de los establecidos por los arts. 48 y 55 de la Constitución Nacional, (según se trate de diputados o senadores, respectivamente); requiere honestidad, habilidad e imaginación, como así también templanza para sobrellevar las convulsiones sociales, pero fundamentalmente sensibilidad para captar sus dificultades, sabiduría para descubrir sus raíces, oportunidad y pericia para sanar sus males.

En el ámbito de la Provincia de Córdoba que, como se señalara oportunamente la Constitución ha adoptado el sistema unicameral, el proceso de deliberación posee un tratamiento especial denominado de *dobles lecturas* para determinados proyectos de ley, que son a saber: 1) ley de declaración de necesidad de la reforma de la constitución; 2) ley de presupuesto; 3) código tributario; 4) leyes impositivas y 5) el de las leyes que versen sobre empréstitos, con mayorías especiales para cada caso (Constitución provincial artículos 104 inc. 33º y 106 y 117 del Reglamento de la Legislatura).

Entre la primera y segunda lectura debe mediar como máximo un plazo de quince días corridos (Const. Cba., art. 106).

c) Sanción

Etimológicamente, sanción significa dar fuerza de ley a una disposición, pero es evidente que en nuestro derecho público y constitucional existe gran confusión y obvias discrepancias respecto del significado y alcances precisos de los conceptos de sanción, aprobación y promulgación, confusión que en el derecho público argentino se agrava por el uso promiscuo que hace la Constitución de tales expresiones²⁵.

El proceso legislativo mediante el cual se expresa la voluntad afirmativa del Congreso y por él se da existencia provisoria a la ley, se llama sanción, pues resulta a

²⁴ **FIERRO**, Guillermo J. "La ley y el tiempo en el pensamiento de Soler" en "Reflexiones jurídico penales" (de Francesco Carrara a Günther Jakobs) Libro in memoriam de Sebastián Soler, Foro de Córdoba, Advocatus 2006, Pág. 307.

²⁵ **FIERRO**, Guillermo J. "La ley penal y el derecho transitorio" Depalma, Buenos Aires, 1978, Pág. 54.

toda luz innegable que, existiendo acuerdo entre ambas cámaras, con la última votación aprobatoria del texto legal, se sanciona²⁶ la ley.

Antes de la reforma constitucional de 1994, para nuestro sistema constitucional la sanción era un acto complejo del cual también participaba, aunque no con igual intensidad, el Poder Ejecutivo en su carácter de poder colegislador, y ello estaba así expresamente dispuesto por el art. 86, inc. 4^o²⁷.

El vigente art. 99 inc. 3^o de la Constitución Nacional excluye al Poder Ejecutivo de la etapa de la sanción de la ley, cuando dispone: “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y las hace publicar”.

El sentido de la reforma constitucional aludida, confirma el acierto del autor que comentamos, quien cita a Bidart Campos cuando este último afirma: Lo que el Congreso sanciona en la etapa constitutiva de formación de la ley, en rigor, es un “proyecto” de ley. O sea, no es todavía una ley. Para que haya ley debe añadirse la etapa de eficacia, configurada por la promulgación que hace el poder ejecutivo²⁸.

Concordantemente, se pronunciaron algunos estudiosos de la mencionada reforma al decir: El primer párrafo (del inc. 3^o del art. 99) establece el marco pensado inicialmente por el constituyente para el ejercicio de la denominada función co-legislativa del Presidente. Pero se ha modificado el texto de manera positiva, pues antes decía “sanciona y promulga”, redacción que se prestaba a confusión, pues es el Congreso el que sanciona. Además, no se habla de la etapa de publicación que es ordenada por el Ejecutivo. En la actualidad el nuevo texto se sincera con la realidad y suprime la voz sanciona, al tiempo que hace referencia a la publicación²⁹.

Esta porción de competencia propia a otro Poder, sostienen Sabsay y Onaindia, el Ejecutivo la recibe a fin de cumplir con el objetivo de control del órgano legislativo al cual le debería corresponder con carácter exclusivo, si tomamos en cuenta la naturaleza de la misma. Esta particular atribución de facultades guarda un equilibrio con otras que también les son concedidas a los otros poderes y que si bien

²⁶ No se decreta como erróneamente expresa el art. 84 de la Constitución nacional.

²⁷ El texto anterior decía: "Art. 86: El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ...4. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las sanciona y promulga".

²⁸ **FIERRO**, Guillermo J. "La ley penal y el derecho transitorio", cit. Pág. 58 y nota n° 29.

²⁹ **SABSAY**, Daniel A. y **ONAINDIA**, José María "La Constitución de los argentinos", cit. Pág. 321.

por su naturaleza no deberían entrar dentro de su esfera de competencia, también en esos casos, la asignación de potestades persigue una finalidad de control, al igual que las que en este punto se analizan³⁰.

En el orden local la Constitución prevé solo la fórmula que se deberá usar: “*La Legislatura de la Provincia de Córdoba sanciona con fuerza de ley*” (Artículo 108 de la Constitución y 116 del Reglamento de la Legislatura).

d) Promulgación

La promulgación es un acto formal y solemne, mediante el cual el Poder Ejecutivo, en cumplimiento de su cargo y de las obligaciones inherentes a él, atestigua la existencia de la ley sancionada, reconoce la autenticidad y regularidad de su trámite y proclama el apoyo de la fuerza pública para su efectivo cumplimiento. Se trata de un acto de sumisión y reconocimiento a esa voluntad objetiva y general³¹.

La Reforma Constitucional de 1994, en este sentido se hizo eco de la opinión de la mayor parte de la doctrina nacional, que siguiendo la línea que tan claramente expusieron los publicistas clásicos del derecho civil francés -quienes a su vez recogieron el concepto de la expresa distinción efectuada en el decreto del 9 de noviembre de 1789- diferencia perfectamente ambas etapas del proceso de la formación de las leyes, pues para esta teoría, la promulgación, es tan sólo una “decisión” del Poder Legislativo que adquiere su vida efectiva mediante la formalización del acto del Poder Ejecutivo, esto es, mediante la promulgación, pues es el Ejecutivo quien tiene real y efectivamente el poder de mando, el *imperium*³².

No perdemos de vista la posibilidad de una promulgación parcial incorporada al texto del art. 80 de la Constitución por medio de la Reforma de 1994, cuya legitimidad como así también de las nuevas facultades conferidas al Poder Ejecutivo en lo que a legislación se refiere, analizaremos al momento de estudiar la indelegabilidad de la facultad legislativa en materia penal.

e) Publicación

³⁰ SABSAY, Daniel A. y ONAINDIA, José María "La Constitución de los argentinos" cit., Pág. 322.

³¹ FIERRO, Guillermo J. "La ley penal y el derecho transitorio", cit. Pág. 68.

³² Conf. FIERRO, Guillermo J. "La ley penal y el derecho transitorio", cit. Pág. 65 y ss.

La necesidad de la publicación de las leyes no se halla considerada expresamente en la Constitución Nacional. La disposición que lo contempla es el art. 2 del Código Civil³³.

Sin embargo existe una corriente doctrinaria que sostiene que la necesidad de la publicación de las leyes se halla implícitamente en la Constitución, en cuanto ésta adopta la forma republicana de gobierno, constituyendo, por tanto, una de las garantías no enumeradas por la Constitución (art. 33 de la Constitución Nacional), sosteniéndose concordantemente que la norma del art. 2 del Código Civil, es una consecuencia directa de lo prescripto en el art. 67, inc. 28, de la Carta Magna (actual 75, inciso 32°)³⁴.

Si bien en opinión de Eduardo B. Busso y algunos otros autores, desde un punto de vista teórico y general, no relacionado específicamente con la materia penal, sostienen que no es exacto que la obligatoriedad de las leyes dependa de la ficción de su publicación, sino que deriva esencialmente de la necesidad social de que ellas tengan una aplicación general e incondicional, lo cierto es, sin embargo, que en materia penal el requisito de su publicación previa resulta absolutamente imprescindible para establecer la obligatoriedad de la ley con relación a sus destinatarios. Tan enfática afirmación encuentra su soporte constitucional en lo dispuesto por el art. 19 de la Carta Magna, cuando en su última parte expresa que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe y, además, en lo establecido en su natural complemento el art. 18 del citado ordenamiento constitucional, que requiere la existencia de una ley anterior al hecho del proceso³⁵.

El régimen de la publicación de las leyes tiene su antecedente inmediato más reciente en el Decreto N° 1649 del año 1958, que establece la obligatoriedad de la publicación de las leyes oficiales en el “Boletín Oficial”³⁶ y en la Ley n° 16.504 que

³³ El que reza: Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial (T.O. según Ley n° 16.504).

³⁴ **FIERRO**, Guillermo J. "La ley penal y el derecho transitorio", cit. Pág. 71.

³⁵ **FIERRO**, Guillermo J. "La ley penal y el derecho transitorio", cit." Pág. 74.

³⁶ Institución que tuvo origen en el art. 2 de la Ley n° 438, cuyo texto dice: Las leyes, decretos y los demás actos nacionales destinados a producir sus efectos, en relación a los derechos y obligaciones de los habitantes de la República, no tendrán autenticidad ni vigor, sino se publican en el “Boletín Oficial”.

modificó el texto del artículo 2 del Código Civil, quedando redactado como vio oportunamente³⁷.

Se observa entonces que no existe un sistema sacramental y único que pudo haber sido establecido por una norma constitucional. De modo que lo que acabamos de señalar como sistema vigente puede ser modificado por cualquier otro que se estime más adecuado, conforme la modalidad que impongan los tiempos.

B. La ley como única fuente del derecho penal

Una vez cumplidos los requisitos formales a los cuales hicimos referencia precedentemente, se transforma en fuente, única fuente del derecho penal común.

El concepto de fuente del derecho penal tiene distintas acepciones. En primer lugar, es posible hablar de fuente sustancial y de fuente en sentido formal del Derecho Penal. La fuente en sentido sustancial (*ratio esendi*) se refiere al origen de los preceptos represivos. Estos, en lo que atañe al derecho penal común, tienen su origen legítimo en las lesiones o posibles agresiones a intereses sociales valiosos, en tanto que las penalidades contravencionales y las disciplinarias la tienen, respectivamente, en la protección al orden de la actividad administrativa y en la protección al orden disciplinario estatal.

Asimismo al concepto de fuente del derecho penal en sentido formal (*ratio conocendi*) se le atribuye comúnmente un doble significado: Por un lado el de fuente de manifestación o de conocimiento del Derecho Penal y por otro, el de fuente de producción del derecho penal. En nuestro derecho positivo, la primera está representada por la ley penal y la segunda por el Poder Legislativo en sus tres instancias, vale decir, al Poder Legislativo Nacional (Congreso de la Nación) le corresponde con arreglo al art. 75 inc. 12° de la Constitución Nacional dictar el Código Penal y las leyes generales de la Nación, sin que altere la jurisdicción local de la provincia quien se reserva todo el poder no delegado al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación (art. 104, actual 121 de la Constitución Nacional)³⁸.

³⁷ Ver nota 18.

³⁸ Lo subrayado es nuestro. NUÑEZ, Ricardo C. "Manual de Derecho Penal –Parte General" 4ta. Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Lerner Córdoba 1999, Pág. 61.

De la ley surge, sostiene Jiménez de Asúa, la pretensión punitiva del Estado a reprimir los actos catalogados en su texto como delitos, con la pena conminada y por eso, la ley es, a la vez, fuente y medida del derecho de penar. En consecuencia afirma el citado autor: El Estado no puede castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes, ni imponer pena que no esté en ellas establecida para el correspondiente delito. Al mismo tiempo, agrega, emana de la ley penal una pretensión subjetiva para el delincuente, que no podrá ser penado más que por las acciones y omisiones que la ley establezca, ni sufrir otra pena que la que esté señalada en las leyes para cada infracción. Por eso ha dicho Frans Von Liszt que el Código Penal es la *Charta Magna* del delincuente, afirmación exacta desde el punto de vista político, aunque la combata Von Hippel. Por tanto, la ley penal es garantía de libertad para todos³⁹.

Debemos sin embargo destacar la existencia de una excepción en materia de Derecho Penal común que es la establecida por el art. 32 de la Constitución Nacional respecto de los delitos cometidos por medio de la prensa (también denominados delitos de imprenta) que establece: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

El texto fue incorporado a la Constitución de 1853 por la reforma introducida por la Convención de 1960, debatido y fundamentado por la Convención de la Provincia de Buenos Aires de enero de 1860. Jurídicamente la modificación encuentra su razón capital, en la necesidad de que la reglamentación de los abusos o delitos cometidos por medio de la prensa, fuera privativa de la soberanía provincial; es decir, de la sociedad donde aquellos se cometieren. Pero la causa inmediata de la enmienda consistió en el fundado temor de que se repitieran en el futuro, por parte del gobierno central, la conminación que poco tiempo antes había dirigido el Presidente de la Confederación General Don Justo José de Urquiza al Gobernador de Córdoba, para que reprimiera la violenta crítica de un diario de esa Provincia. Por su parte Vélez Sarsfield, miembro informante de la Comisión examinadora de la Constitución Federal aclaró con nuevas palabras las motivaciones del artículo: “La imprenta debe estar sujeta a las leyes del pueblo en que se use de ellos. Un abuso en la libertad de imprenta nunca puede ser un delito nacional. El Congreso dando leyes

³⁹ **JIMENEZ DE ASUA**, Luis “Principios de Derecho Penal –La ley y el delito–”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1989, Pág. 92.

de imprenta sujetará el juicio a los Tribunales federales, sacando el delito de su fuero natural”.

La incorporación del art. 32 a la Constitución nacional suscitó pluralidad de opiniones sobre distintos aspectos, cuyas cuestiones principales podemos sintetizar en los siguientes términos: ¿Pertenece absolutamente a las provincias la facultad legislativa en delitos de prensa ó bien es materia concurrente entre Nación y Provincia? Por otra parte ¿Qué se debe entender por delito de imprenta? ¿Tienen ese carácter sólo los delitos de Calumnias e Injurias (criterio que podemos denominar restringido) o bien deben igualmente considerarse tales, todos aquellos cuya ejecución pueda realizarse a través de la prensa? (criterio amplio).

En primer lugar es necesario afirmar que la *ratio* excepcional del art. 32 de la Constitución Nacional surge del juego armónico de esta norma con la de los arts. 67 inc. 11° y 100 (actuales 75 inc. 12° y 116) de la misma Carta Magna. Pero lo definitivo es que el Código Penal sancionado en 1921, responde en materia de prensa a la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema, dictada hasta el año 1932; que reconoció la absoluta jurisdicción provincial en materia de delitos de imprenta. De acuerdo con esa posición, el Código Penal ha establecido una regla mediante la cual, expresamente limita las sanciones de las *calumnias* e *injurias* por medio de la prensa, a los hechos cometidos en la Capital Federal y Territorios Nacionales⁴⁰. Por consiguiente, fuera de esas jurisdicciones, el Código Penal no rige en materia de delitos de injuria y calumnias por la prensa. Cada provincia deberá establecer en materia de delitos contra el honor sus propias figuras delictivas⁴¹.

Actualmente tal interpretación no encuentra actuación práctica⁴² en razón de que, el perímetro correspondiente a la Capital Federal, desde la reforma

⁴⁰ En sentido contrario la Excma. Cámara de Apelaciones de Mendoza en autos “Ortiz, Marcial”, Sentencia de fecha 31 de agosto de 1937, expresó: No procede enjuiciar criminalmente en las provincias a los autores de delitos de imprenta, aplicando las normas del Código Penal, no habiendo ley local que fije sanciones para los mismos. El art. 32 de la Constitución Nacional entendió reservar a las provincias la represión de los delitos de imprenta, inhibiendo al Congreso de dictar leyes penales sobre la materia para toda la Nación, aunque se consigne en los códigos que el Congreso podría sancionar. Publicada en La Ley, tomo 8, Pág. 736.

⁴¹ VIDAL, Humberto S.; "Delitos de prensa" -trabajo de tesis-, Cuaderno de los Institutos de la Univ. Nac. de Cba., Fac. de Der. y Ciencias Sociales n° 97, Pág. 52.

⁴² A excepción de la Justicia federal y de provincias como la de Córdoba cuya Constitución sancionada el 26-04-87 en su séptima Disposición Transitoria dispone que hasta tanto la Legislatura

constitucional de 1994, pasó a formar parte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El art. 129 del citado cuerpo normativo establece: “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad”.

Por otra parte los territorios nacionales integran ahora la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur creada por Ley 23775⁴³.

Lo establecido expresamente para las Calumnias⁴⁴ e Injurias⁴⁵, sostiene Vidal, debe considerárselo como regla general implícita para la interpretación del restante articulado del Código Penal referente a la prensa⁴⁶. De ese modo, el citado autor, extiende el concepto de delitos cometidos por la prensa -criterio que compartimos-, a todos aquellos cuya materialidad lo permita y cita como ejemplos el delito de Apología del crimen (art. 213 C. Penal); los que comprometen la paz y la dignidad de la Nación (art. 219, 3º párrafo, derogado por Ley 17.567)⁴⁷, a los cuales nosotros

sancione la Ley sobre Delitos de Imprenta, rigen en la materia las disposiciones pertinentes del Código Penal argentino.

⁴³ (B.O. 15/05/90).

⁴⁴ Art. 109 C. Penal.

⁴⁵ Art. 110 C. Penal.

⁴⁶ VIDAL, Humberto S.; "Delitos de prensa", cit. Pág. 7 y ss.

⁴⁷ VIDAL, Humberto S.; “Delitos de prensa”, cit. Pág. 27. Concordantemente la Corte expresó: Si la publicación es de carácter perjudicial, y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión y sedición, se desacata a las autoridades nacionales o provinciales, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa... Es una cuestión de hecho que apreciarán los jueces en cada caso (Fallos t. 167, p. 138) y que “este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Cód. Penal” (Fallos, t. 269, p. 195, cons. 5º Rev. La Ley, t. 130, p. 809). En igual sentido ver Fallos, t. 119, ps. 231 y 248, donde el Alto Tribunal sostiene: “...Aun en el sentir de los que interpretan la primera parte de nuestro art. 32, atribuyéndole el alcance de que la prohibición de restringir la libertad de imprenta comprende algo más que la censura anticipada de las publicaciones, no pueden quedar impunes las que consistan en la discusión de los intereses y asuntos generales, y son, por el contrario, dañosas a la moral y seguridad públicas, como las tendientes a excitar la rebelión y la guerra civil, o afectan la reputación de los particulares (Cooley Principles of Const. Law, p. 301, Const. Limit. p. 603 y sigts., 7ª ed.)...”. Ver también Fallos, t. 155, ps. 57 y 59: “...el principio de la libertad del pensamiento y de la prensa previa, pero en manera alguna exime de responsabilidad el abuso y el delito en que se incurra por este medio, esto es, mediante publicaciones en las que la palabra impresa no se detiene en el uso legítimo de aquel derecho, incurriendo en excesos que las leyes definen como contrarios al mismo principio de libertad referido, al orden y al interés social...”; Fallos, t. 269, ps. 189 y 193, consid. 4º, t. 269 y ps. 195 y 197, consid. 5º: “...preciso resulta advertir que la verdadera esencia de este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto, sin el

agregamos el de instigación a cometer delitos (art. 209); la revelación de secretos (art. 222 C.P.); la amenaza de cometer un alzamiento armado (art. 226 bis C.P.) y el de propiciar sanciones políticas y económicas contra la nación (art. 1, Ley 14.034⁴⁸), precisamente porque la historia que dio lugar a la sanción de esta ley que consideramos una *ley especial*, fue un hecho difundido por medio de la prensa: Walter Beveraggi Allende conspicuo opositor al gobierno peronista anterior a la Revolución Libertadora de 1955, mantuvo desde el Uruguay una conferencia radiotelefónica durante la cual habría propiciado sanciones económicas contra el Estado argentino –privación para la Nación de materiales críticos- que fuera publicada en la prensa de la ciudad de Boston en sus ediciones de los días 8 y 9 de junio del año 1951, a raíz de lo cual el gobierno argentino sancionó la ley 14.031⁴⁹, que en dos sumarios artículos privó de la ciudadanía argentina a Walter Beveraggi Allende⁵⁰.

Dejamos fuera del contexto de los delitos cometidos por medio la prensa el de publicación de imágenes pornográficas (art. 128 C.P.), en razón de que la materialidad del tipo delictivo descrito en tal figura, prevé como actividad central del autor material el hecho de su *publicación* y en tal sentido no cabe otra posibilidad que llevarlo a cabo mediante la utilización de un medio gráfico. Una interpretación

previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir, pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal...”.

⁴⁸ B.O. 26-06-51. Art. 1. Será reprimido con prisión de cinco a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua, el argentino que por cualquier medio propiciare la aplicación de sanciones políticas o económicas contra el Estado argentino. Art. 2. La aplicación de la presente ley estará a cargo de la justicia nacional. La prescripción de la acción no correrá mientras el autor del delito esté fuera de la jurisdicción nacional. Art. 3. Comuníquese.

⁴⁹ Sancionada el 4 de julio de 1951, promulgada el 6 de julio de 1951 (B.O. 11/7/1951). Antecedentes parlamentarios: D.S.D. 1951 Págs. 865 y ss. D.S.S. 1951, Págs. 382/383.

⁵⁰ En el debate producido durante la discusión parlamentaria de la citada ley, el Diputado López Serrot, entre otras consideraciones manifestó: La Cámara de Diputados al privar de la ciudadanía a Allende está aplicando una sanción y vulnerando por lo tanto el art. 29 de la Constitución en sus tres aspectos..... No hay juicio previo..... No hay ley anterior al hecho del proceso. Tales expresiones fueron replicadas por el Diputado Visca, quien sostuvo: Los representantes del radicalismo, que defienden situaciones como las que se debate, de campañas desde el exterior contra el país, sostienen muy angélicamente que están dirigidas contra el partido oficial y contra el presidente de la República, no contra los intereses de la Nación. En otra parte de su alocución dijo también: Tan amalgamados están los que, como Allende, hacen la propaganda en el extranjero y los que la hacen dentro del país, que se sostiene en forma irrefutable que no sería una cuestión fácil salir de esta crisis ¿Porqué piensan así? Porque entienden que desgraciadamente no se saldrá de ella por la vía electoral, es decir, que no habrá solución comicial en la Argentina. De modo que hay quienes sostienen, dentro de la Unión Cívica Radical, lo contrario a lo dicho por el Diputado por Córdoba, de que ellos no propician una revolución por medios directos o indirectos desde el exterior.

en sentido contrario importaría veladamente la violación del principio *non bis in idem*.

Resulta rigurosamente didáctico para ilustrar el modo de dirimir el aparente conflicto entre la libertad de prensa -como derecho a la libre expresión de las ideas- (art. 14 C.N.) y el resto de los derechos individuales y sociales, el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en autos “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida, S.A.” de fecha 11 de diciembre de 1984, cuyos aspectos medulares, citamos a continuación⁵¹:

Del voto de los Dres. Caballero y Belluscio: “La protección del ámbito de intimidad de las personas tutelado por la legislación común no afecta la libertad de expresión garantizada por la Constitución ni cede ante la preeminencia de ésta; máxime cuando el art. 1071 bis del Cód. Civil es consecuencia de otro derecho inscripto en la propia constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad, consagrado en el art. 19 de la Carta Magna, así como también el art. 11, incs. 2 y 3, del ya mencionado Pacto de San José de Costa Rica, según los cuales nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, y toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.... Las personas célebres, los hombres públicos, tienen, como todo habitante, el amparo constitucional para su vida privada. Según lo juzga acertadamente el a quo, el interés público existente en la información sobre el estado de salud del doctor Ricardo Balbín en su última enfermedad, no exigía ni justificaba una invasión a su más sagrada esfera de privacidad, como ocurrió con la publicación de la fotografía que da fundamento al litigio, cuya innoble brutalidad conspira contra la responsabilidad, la corrección, el decoro, y otras estimables posibilidades de la labor informativa, y la libertad que se ha tomado la demandada para publicarla ha excedido la que defiende, que no es la que la Constitución protege y la que los jueces están obligados a hacer respetar”.

Del voto del Dr. Petracchi: La doctrina de este Tribunal según la cual la garantía constitucional de la libertad de imprenta radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas

⁵¹ El hecho objeto de la litis consistió en la publicación en la tapa de la Revista “Gente y la actualidad”, Editorial Atlántida S.A., correspondiente al número 842 del 10 de septiembre de 1981, propiedad de Carlos y Aníbal Vigil, de una fotografía de Ricardo Balbín, fallecido el 9 de septiembre de 1981, cuando se encontraba internado en la sala de terapia intensiva de la Clínica Ipena de la Ciudad de La Plata, juntamente con otras ampliadas en el interior de la revista. Dicha publicación provocó el sufrimiento y mortificación de la familia del doctor Balbín y la desaprobación de la violación a su intimidad por parte de autoridades nacionales, provinciales, municipales, eclesiásticas y científicas. Los demandados reconocieron la autenticidad de los ejemplares y las fotografías publicadas en ella, admitieron que la foto de tapa no ha sido del agrado de mucha gente y alegaron en su defensa el ejercicio sin fines sensacionalistas, crueles o morbosos, del derecho de información, sosteniendo que se intentó documentar una realidad; y que la vida del doctor Balbín, como hombre público, tiene carácter histórico, perteneciendo a la comunidad nacional, no habiendo intentado infringir reglas morales, buenas costumbres o ética periodística.

por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir, pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal⁵², encuentra su fundamento en la clásica exposición efectuada por Blackstone⁵³, según la cual "...la libertad de prensa es por cierto esencial a la naturaleza de un estado libre; pero consiste en no establecer restricciones previas sobre las publicaciones y no en la libertad respecto a la censura de escritos de carácter criminal después de publicados. Cada hombre tiene un indiscutible derecho de exponer ante el público los sentimientos que le plazcan; prohibir esto sería destruir la libertad de prensa; pero si se publica lo que es impropio, malicioso, o ilegal, debe cargar con las consecuencias de su temeridad. Sujetar a la prensa al poder restrictivo de un censor, como se hacía anteriormente, tanto antes como después de la revolución, es someter toda la libertad de sentimiento a los prejuicios de un hombre y convertir a éste en el juez arbitrario e infalible de todas las cuestiones controvertidas en materia de ciencia, religión y gobierno. Pero castigar (como lo hace la ley actual) cualquier escrito peligroso u ofensivo que, una vez publicado, se juzgue de tendencia perniciosa en un proceso justo e imparcial, es necesario para la preservación de la paz y del buen orden, del gobierno y de la religión, el único fundamento sólido de la libertad civil. De este modo, la decisión de los individuos es todavía libre; sólo el abuso de esa libre decisión es objeto de castigo legal. No se impone ninguna restricción a la libertad de pensamiento privado; la diseminación o publicidad de malos sentimientos destructores de los fines de la sociedad, es el delito que la sociedad corrige..."; "...en la doctrina de Blackstone, la posibilidad de sancionar los abusos está enunciada sin condiciones que excluyan la aplicación de criterios arbitrarios, sin advertir que las sanciones a posteriori pueden servir tanto como la censura previa para una política de supresión de la libertad de expresión..."⁵⁴. "En la jurisprudencia del tribunal se halla apenas esbozada la idea, tan desarrollada en la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos, según la cual, en el campo de la manifestación de opiniones, sobre todo sociales y políticas, la libertad de expresión debe ser sopesada con los valores relativos a la seguridad e incolumidad de las instituciones constitucionales (balancing test). La pauta aceptada para llegar al punto de equilibrio es la del peligro claro y actual, complementado por el de la inminencia del daño"⁵⁵.

El desarrollo teórico del presente tema, impone fijar el concepto de delito de imprenta, de prensa o cometido por medio de la prensa, según sea la denominación que se prefiera emplear.

⁵² Fallos, t. 169, p. 195, Sentencia del 30 de octubre de 1967, Autos: "Calcagno, Rosario R. (a) Caiki s: inf. art. 244 del Cód. Penal" consid. 5º, publicada en Rev. La Ley, t. 130, p. 809.

⁵³ Blackstone, William "Commentaries on the laws of England", t. IV, ps. 151 y 152, 13ª ed., Londres, 1800.

⁵⁴ Pero es resulta plenamente válida en la medida de que tales hechos estén previamente tipificados como delitos.

⁵⁵ Lo que equivale a aceptar la aplicación de los principios del estado de necesidad, al ámbito de los derechos difusos de la sociedad. En materia de derechos difusos ver: Ernst, Carlos

El delito de prensa, como todo delito, es un concepto jurídico que comprende *todas las formas de manifestación del pensamiento*⁵⁶. La prensa para ser tal, requiere necesariamente, un contenido ideológico dotado de intención y dirección, que representa la condición para la existencia de los delitos de prensa⁵⁷. Ese contenido ideológico es de capital importancia, toda vez que fija la base psicológica sobre la cual el reproche de la culpabilidad se funda.

Luego, si en el ámbito provincial se dispusiera legislar en materia de delitos de imprenta, para lo cual sería necesario aludir a las figuras de la legislación penal común, sin perjuicio de describir algunas aún no previstas, la escala penal a aplicar a tales delincuencias no debe, a nuestro juicio, ser idéntica a la de la figura base, sino ligeramente superior en atención al *medio empleado* para cometer el delito que se trate. Así por ejemplo si se considera delito de prensa la instigación a cometer delitos (art. 209 C.P.) reprimido con prisión de dos a seis años, la pena local no debe ser igual sino superior a ésta, por las razones que hemos expresado.

C. El federalismo y la ley penal

Para comprender las implicancias del sistema federal en la ley penal, es necesario recurrir a las enseñanzas de la historia cuyos trazos perfilan el presente.

En este tema puntualmente debemos comenzar el análisis mucho antes de la Constitución de 1853. En el proceso de colonización la primera célula institucional que España instala en el nuevo mundo es el municipio. La creación de las intendencias fue una de las reformas más características del régimen borbónico. Esta institución procuró dotar a los dominios de ultramar de una administración gubernamental subordinada directamente a la corona. A partir de 1782, fecha de promulgación de la Real Ordenanza de Intendentes de Carlos III, los vastos territorios de los virreinos, capitanías generales y demás territorios jurisdiccionales, quedaban divididos en nuevas entidades políticas denominadas *Intendencias*.

A través del régimen de intendencias se efectivizó una mayor centralización administrativa. Los intendentes nombrados directamente por el rey, constituían el

⁵⁶ En contra VIDAL, Humberto S.; "Delitos de prensa", cit. Pág. 26, para quien la prensa constituye una especie o forma específica de expresión no identificable con la palabra oral, radial, televisiva, etc.; que son, a su vez, distintas formas de expresión de las ideas.

⁵⁷ Conf. VIDAL, Humberto S.; "Delitos de prensa", cit. Pág. 27.

nexo de unión entre los organismos de gobierno residentes en España y los intereses de las intendencias.

Lo que después constituiría el territorio de nuestro país estaba integrado por: La Intendencia de Buenos Aires; la de Córdoba del Tucumán; la de Salta del Tucumán y la Intendencia del Paraguay. Con el tiempo se transformarían en cuatro provincias: Tucumán, Buenos Aires, Paraguay y Cuyo e integrarían el Virreinato del Río de la Plata.

Al subdividirse administrativamente el virreinato del Río de la Plata, conforme a la Real Ordenanza de Intendentes del 28 de enero de 1782, tal como lo señaláramos precedentemente, la actual provincia de Córdoba quedó ubicada dentro de la Gobernación Intendencia de San Miguel de Tucumán. La Real Cédula del 5 de agosto de 1783, suprimió la Gobernación Intendencia del Tucumán, con lo cual Tucumán junto con Catamarca, Santiago del Estero, Jujuy, Salta, Tarija y la Puna de Atacama, pasaron a integrar la nueva Gobernación Intendencia de Salta del Tucumán, con sede gubernativa en Salta (desde 1792). Mientras el resto del territorio formó la *Gobernación Intendencia de Córdoba del Tucumán* que incluía a Córdoba, San Luis, Mendoza, San Juan, La Rioja y pequeños sectores occidentales de la actual provincia de Santa Fe.

Esta evolución descrita así muy sucintamente fue delineando el perfil de una mentalidad localista con intereses propios. Más aún, después de 1810 el localismo se tradujo en guerras intestinas lideradas por los caudillos que, según se los considere bárbaros, ladrones semi-salvajes o verdaderos señores feudales de las pampas americanas, condicionaban los gobiernos de cada región.

Las disputas entre provincias, tanto como las luchas enconadas entre los partidos políticos y la puja de ideologías entre unitarios y federales, no borraron en ningún momento el anhelo de la unión nacional. De allí que constituyen un valioso antecedente constitucional los Pactos celebrados entre las provincias en los que se ratificaba solemnemente el deseo de constituir una sola Nación Argentina. Podemos señalar como algunos de los más importantes al Tratado de Pilar, celebrado entre Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos el 23 de febrero de 1820; el Tratado del Cuadrilátero celebrado entre las Provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes entre el 5 y el 25 de enero y el 7 de abril de 1822; el denominado Pacto

Federal, celebrado entre las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos entre el 4 de enero al 15 de febrero de 1831; el Acuerdo de San Nicolás, suscripto por los gobernadores y capitanes generales de todas las provincias el 31 de mayo de 1852 y el Pacto de Unión, celebrado en San José de Flores entre la Confederación Argentina y la Provincia de Buenos Aires el 11 de noviembre de 1859 por el cual esta última volvió a unirse a la Confederación.

A esos Pactos hace referencia la Constitución Nacional cuando en su Preámbulo refiere: “Nos los representantes del pueblo de la Nación argentina, reunidos en Congreso General constituyente, por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de *pactos preexistentes*.....”⁵⁸.

De modo que al consolidarse la unidad nacional, hay un reconocimiento expreso en la Carta Magna, de la preexistencia de soberanías provinciales, de donde proviene el poder constituyente.

Sintetizando podemos decir que en relación a las instituciones que fueron surgiendo cronológicamente lo primero fueron los municipios, luego las provincias y por último la nación. Son las provincias, como se ha dicho, las que delegan ciertos poderes que la nación ha de efectivizar y se reserva otros de ejercicio discrecional.

El sistema federal establecido por la Constitución Nacional en su artículo uno, implica tres órdenes de gobierno: a) El gobierno Federal, con jurisdicción en todo el territorio de la Nación sobre las materias que las provincias le han delegado por medio de la Constitución nacional; b) los gobiernos provinciales, con jurisdicción en sus respectivos territorios, sobre las materias no delegadas; c) los gobiernos municipales sobre las materias de esta índole que le han delegado las constituciones y las leyes locales.

Esa es la raíz histórica e institucional de la división de la legislación penal en tres instancias independientes e inconexas, derivada del sistema federal de estado y de la forma republicana de gobierno. Distinguimos entonces:

a) En el orden nacional, *corresponde al Congreso dictar*, en forma exclusiva y excluyente: 1) El *Código Penal*, sin alterar las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las

⁵⁸ Lo destacado es nuestro.

cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones⁵⁹. Se consagra de este modo una legislación común a todo el país, por ser materia delegada por las Provincias a la Nación, en virtud de la cual impera uniformidad de concepto respecto del elenco de los delitos y sus respectivas penas, en toda la extensión de su territorio.

Concordantemente se ha dicho: El art. 75 inc. 12º, diferencia la atribución para dictar normas de derecho común y de derecho federal –a cargo del Poder Legislativo- de la atribución jurisdiccional para resolver conflictos sobre la primera de esas materias, a cargo, en principio, de los estados locales. Dicho de otro modo y en concordancia con lo dispuesto en los arts. 5, 116 y 112 de la Constitución Nacional, las provincias se reservaron la aplicación de la ley común por sus respectivos tribunales locales y, por interpretación extensiva, la sanción de sus códigos de *forma*, a fin de regular el pertinente procedimiento judicial. La reserva mencionada proviene de la reforma constitucional de 1860, que acrecentó las atribuciones expresamente preservadas para sí por las provincias⁶⁰.

2) La *legislación nacional* en materia penal, dentro de la cual podemos distinguir: 2.a. Aquella que describe conductas y establece penas sobre materias *no contenidas en el Código Penal* y que puede ser de aplicación provincial⁶¹ o federal⁶², en razón de la materia, de las personas o el lugar de los hechos. 2.b. La *legislación complementaria* destinada a perfeccionar el espectro de la materia represiva del Código Penal o sus disposiciones generales, también de aplicación provincial o federal, según sea el caso⁶³. 2.c. La *legislación especial* de aplicación exclusivamente federal en razón de la característica propia de sus normas, tendientes a garantizar la

⁵⁹ Ley 48 (R.N. 1863 – 69, Pág. 49) y sus modificatorias; art. 116 Const. Nac.

⁶⁰ GELLI, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina –Comentada y concordada-”, 2ª Ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires 2003, Pág. 562.

⁶¹ Como por ejemplo la Ley n° 11.723 de propiedad científica, literaria y artística; 12.331 sobre Profilaxis antivenérea; 13.944 de Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; 14.346 Actos de maltrato y de crueldad con los animales; 22.421 Conservación de la fauna silvestre; 24.270 Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes, entre otras.

⁶² Como por ejemplo la ya citada Ley n° 14.034 de Represión para quienes propicien sanciones contra el estado argentino; 20.680 de Abastecimiento; 22.415 Delitos aduaneros; 23.544 de Defensa nacional; 23.592 de Discriminación y persecución racial y religiosa; 23.737 sobre Estupefacientes; 24.051 sobre Residuos peligrosos; 24.827 de Adulteración de productos alimenticios; 25.520 Inteligencia nacional, entre otras.

⁶³ Como por ejemplo la Ley 21.268 sobre Tenencia y uso de armas y explosivos; 22.117 del Registro Nacional de Reincidencias; 22.278 sobre Régimen penal de la minoridad; 24.660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad; 25.938 Registro nacional de armas de fuego y materiales controlados, secuestrados o incautados, entre otras.

soberanía nacional, el sistema de gobierno y la seguridad política y económica de la nación, de las cuales nos ocuparemos oportunamente.

b) En el ámbito provincial *corresponde a la legislatura local dictar:*

1) Los códigos y leyes procesales (Constitución de Córdoba, art. 104, inc. 24);

2) Todas las leyes que sean necesarias para hacer efectivos los derechos, deberes y garantías consagrados por la Constitución sin alterar su espíritu (Constitución de Córdoba, art. 104 inc. 1º), particularmente las destinadas a proteger la vida desde la concepción, la salud, integridad psicofísica y moral y la seguridad personal (Constitución de Córdoba, art. 19, inc. 1º), resguardar y proteger los intereses y el patrimonio cultural y material de la Nación, de la Provincia y de los Municipios (Constitución de Córdoba., art. 38, inc. 4º) evitar la contaminación ambiental, participar en la defensa ecológica (Constitución de Córdoba., art. 38, inc. 8º) y cuidar la salud como bien social (Constitución de Córdoba, art. 38, inc. 9º). En este orden el Código de Faltas de la Provincia⁶⁴ reprime las infracciones a la decencia pública (Título I); a la seguridad y tranquilidad públicas (Título II); a la caza y pesca (Título III) y al patrimonio cultural (Título IV).

3) Reglamentar el poder de policía en materia de autorización y represión de juegos de azar, cuyo ejercicio compete en forma exclusiva a la Provincia, a través de los organismos que ella determina (Constitución de Córdoba., art. 104, inc. 39º)⁶⁵.

c) En el orden municipal *corresponde al Consejo Deliberante* dictar el Código de Faltas municipal (art. 64 inc. 24º, Carta Orgánica municipal⁶⁶), creado mediante Ordenanza municipal n° 10.969 del 24 de noviembre de 2005. Se trata de una delegación a favor del Municipio de una cuota del poder provincial, establecida en la Constitución local como atribución de la Legislatura (Constitución de Córdoba, art. 104, inc. 10º).

D. Ley y norma penal

⁶⁴ T.O. según Ley 8431 (B.O. 19/12/94) y sus modificatorias.

⁶⁵ Ley provincial n° 6393 (B.O. 17/04/80) y sus modificatorias, represiva de los juegos de azar y apuestas prohibidas.

⁶⁶ Sancionada el 06/11/95, Publicada 08/11/95, Boletín Municipal: 1979 Página: 3-52.

El análisis de toda disposición penal destaca inmediatamente en ella dos partes: El precepto y la sanción. El precepto es, ordinariamente, la descripción sintética de un modo de conducta; la sanción es la pena que ese modo de conducta acarrea consigo.

¿Qué es lo que transgrede el delincuente con su acción? No es la ley penal, pues la acción del infractor no hace sino coincidir con lo que ella expresa, sino que vulnera algo que fundamenta la existencia de la ley, esto es, la norma. Esas normas, como por ejemplo: “no matarás”, “no robarás”, “auxiliarás a quien se halle en peligro de muerte”, etcétera, provienen de otras ramas del Derecho y dan origen y nacimiento a la ley penal, que no hace otra cosa que dirigirse al Estado conminándolo a que actúe aplicando la sanción previamente establecida a quien realice la acción también previamente descrita en el precepto legal. Tanto de una como de la otra fluyen derechos subjetivos. De la ley penal nace un derecho-deber que impone ineludiblemente al Estado la obligación de aplicar la consecuencia jurídica amenazada a quien realice la acción definida en su texto. Mientras que la norma, a su vez, es concebida como un precepto objetivo autónomo que atribuye al Estado un derecho subjetivo consistente en exigir obediencia al imperativo contenido en dicha norma.

Estos conceptos se refuerzan si recordamos la regla del federalismo que surge de la “Exposición de Motivos” de la Comisión redactora del Proyecto de Código Penal de 1891 cuando dice: La potestad de legislar implica la de hacer efectivas con sanciones penales ciertas disposiciones legales para cuyo cumplimiento no hay otro medio coercitivo.

Las normas son auténticos preceptos jurídicos que están implícitos en la ley penal, siendo perfectamente posible inferirlos mediante un adecuado proceso de interpretación sistemática.

Para advertir esto, es necesario referirse a la estructura lógica de la norma y a la construcción “elíptica” de la ley penal. En efecto, por razones de técnica legislativa la ley penal no está formulada como imperativo categórico: “no robar”; “no matar”; “cumplir los contratos”, etcétera, sino que enuncia la infracción mediante la formulación de supuestos de hecho (hipotéticos). Una vez definida la

acción cuya prohibición se establece, determina la pena a aplicar en caso de materializarse la hipótesis prevista.

Recordamos que elipsis gramatical es una figura de construcción que consiste en omitir en la oración una o más palabras, necesarias para la recta construcción gramatical, pero no para que resulte claro el sentido.

Esta elipsis gramatical que utiliza la ley penal puede ser interpretada del siguiente modo: Todo sujeto “A” debe observar la conducta “X” (precepto no incluido en el texto de la norma); El que desarrollare el comportamiento “L” (que afecta el precepto de la norma) será reprimido con determinada pena.

Esta omisión deliberada de principios previstos en la totalidad del sistema, atiende fundamentalmente a la economía que supone una descripción discreta – aunque completa- de las conductas posibles, realizables en el mundo del ser

El análisis de este esquema formal de una norma jurídica muestra distintos aspectos que es menester destacar. Ya se ha visto que si bien es cierto norma y ley penal no son términos idénticos en toda su extensión, la norma está contenida dentro de la ley, aún cuando por razones que se han explicado, se omite su afirmación explícita en razón de que ella queda sobreentendida y mediante un lógico proceso de interpretación sistemática puede ser desentrañada sin mayores dificultades. En el esquema que analizamos, el primer término de la relación es aquél que estatuye el deber jurídico de naturaleza penal, que tanto puede ser formulado de modo imperativo como en forma prohibitiva, y cuyo destinatario obvio es el conjunto de los habitantes. Esta parte, también llamada por algunos autores como “norma primaria”, es la que pretende regular los modos de conducta que deberán observarse y que corresponde a la norma que Binding ubicaba fuera de la ley penal.

Cierto es que el material con el cual está construida no proviene exclusivamente del derecho penal, ya que esta rama del derecho, como se sabe, no es constitutiva de sus propias ilicitudes, sino que las extrae de la totalidad del ordenamiento jurídico. Cabría agregar que conforme a la naturaleza normativa que le es propia, se trata de un juicio hipotético, carácter específico de las proposiciones de esta índole.

II. Principio de legalidad

A. Concepto y base constitucional

El principio está consagrado como garantía por la siguiente cláusula constitucional: Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” (art. 18 de la Constitución Nacional). La Constitución establece así la garantía propia del derecho penal liberal del *nullum crimen nulla poena sine preavia lege poenali*⁶⁷. La citada garantía significa que la configuración de una infracción, por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del Poder Legislativo y escapa a la órbita de las facultades ejecutivas y judiciales.

De él nace en primer lugar, la necesidad de que exista una ley que, configurando la infracción, mande o prohíba algo, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido.

Pero, según el mismo precepto, para que al violador de esa norma se le pueda aplicar una sanción penal, es preciso, además que al lado de la infracción configurada, exista al mismo tiempo una sanción destinada para el violador.

Como garantía política, el principio de legalidad nació históricamente con el sentido de un resguardo individual que encontró su efectividad en la teoría de la división de los poderes de gobierno. El principio, proclamado por el antiguo derecho inglés y norteamericano y recibido por la Revolución Francesa, traduce la idea de los filósofos del Siglo XVIII de que la seguridad fundamental de los individuos no consiste en hacer todo lo que ellos quieran, ni en hacer lo que quiera el jefe del estado, sino en hacer lo que les permite la ley, no dictada ni por los unos ni por los otros, sino por el Parlamento. La garantía de legalidad se asienta así, de manera firme en la distinción y separación entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. La separación de estos poderes es un principio fundamental del derecho público y representa el carácter más saliente que distingue los gobiernos libres de los gobiernos despóticos. La libertad no existe en un pueblo donde el poder que ejecuta la ley tiene el derecho de transformar en ley todas sus voluntades y esa libertad está amenazada si el poder que hace la ley está encargado de aplicarla.

⁶⁷ Ver también Constitución de Córdoba arts. 39 y 40; C.P.P.Cba., art. 1.

Así entendido y lealmente practicado el principio de legalidad, en lo que al origen de la ley respecta, toma el sentido propio que le corresponde como garantía primordial de la seguridad del individuo frente a la acción del Poder Ejecutivo del Estado. Las garantías individuales no nacieron como resguardos de los derechos e intereses subjetivos contra las acciones ilegales de los particulares. Bajo este aspecto, su protección ha estado siempre a cargo de la legislación general y del poder de policía del Estado.

Las garantías individuales fueron otorgadas en el curso de la historia como seguridades contra la acción de los poderes del gobierno, especialmente de la del Poder Ejecutivo. En virtud de la exigencia de la legalidad del ejercicio de la facultad represiva estatal, el Poder Ejecutivo se vio despojado de la potestad, que históricamente le representó un arma poderosa frente a los gobernados, de crear a voluntad según las circunstancias y su criterio de utilidad, las infracciones y las penas, antes o después del hecho justiciable.

La garantía de la legalidad represiva aspira principalmente a que la potestad penal del Estado se desenvuelva totalmente al margen de la acción y del arbitrio circunstancial del Poder Ejecutivo. La determinación general del alcance de esa potestad es facultad del Poder Legislativo, que es independiente del Ejecutivo; y su efectivización en los casos concretos queda a cargo del Poder Judicial, independiente a su vez de ambos. Este poder vio por su parte, como consecuencia de la garantía de legalidad, excluida a su respecto la posibilidad de castigar con arreglo a su propio arbitrio o de ampliar la aplicabilidad de la ley penal por retroactividad o analogía. Su facultad legítima quedó reducida a la aplicación en los casos concretos de las leyes penales dictadas por el Poder Legislativo, dentro del ámbito establecido por ésta y por la Constitución, la cual puede ampliarlo o restringirlo por benignidad. El temor al arbitrio hizo, incluso, pensar que entre las facultades de los jueces no estaba la de interpretar la ley penal.

Se ha pretendido modernamente desconocer la necesidad de ese principio; pero ello sucede cuando se quiere emplear la punción como medio de lucha social o política, pues éste no puede surgir sino como juicio de relación entre una conducta y una valoración social normativa, en la que, como en todo juicio de relación, sus términos son presupuestos formalmente necesarios. Uno de esos términos, es pues, la

norma transgredida, sin cuya preexistencia no puede haber jurídicamente transgresión, ello es, delito. La pretensión de captar “*in fieri*” la ilicitud, es decir, en el momento del proceso a posteriori del hecho examinado, no es pues, una manera “normativa” de proceder; no es, por ello, una forma propiamente jurídica, sino más bien una forma de lucha del que declara la ilicitud contra el que soporta las consecuencias de esa declaración.

B. Consecuencias

De la garantía de la legalidad de la represión, propia de la forma republicana de gobierno (Constitución Nacional art, 1), derivan como consecuencias, la indelegabilidad de la facultad legislativa penal, el principio de reserva penal con sus presupuestos (la tipicidad del hecho punible, la prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía y la irretroactividad de la ley penal) y la predeterminación legal de la pena aplicable.

1. Indelegabilidad de la facultad legislativa penal

El Poder Legislativo nacional, provincial o municipal, no puede delegar sus propias facultades, pues siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas, pues el uso concurrente o común de ellas haría desaparecer necesariamente la línea de separación entre los tres altos poderes políticos y destruiría la base de nuestra forma de gobierno. Por lo tanto, para que la delegación sea válida, lo primero que se exige es que el ejercicio de la atribución no sea privativo o exclusivo de la autoridad que delega, pues entonces la delegación es nula por inconstitucional.

1.a. Las llamadas leyes penales en blanco

Las leyes penales en blanco establecen de manera precisa la sanción, mientras describen sólo genéricamente la conducta prohibida a la cual corresponde dicho castigo, completando luego su integración descriptiva con reglamentos o decisiones del Poder Ejecutivo de naturaleza generalmente futura.

Según se ha visto al estudiar el principio de legalidad, esta técnica legislativa puede resultar no adecuada del todo a las exigencias constitucionales, pues todo depende de hasta qué extremo la ley en sentido material (reglamentos o disposiciones generales de la autoridad administrativa) crea y define la acción punible, actividad, como sabemos, que está vedada al Poder Ejecutivo, sea porque éste unilateralmente se arrogue esa facultad, o sea porque medie una delegación del Poder Ejecutivo, el cual, por su parte, tampoco tiene potestad para alterar el régimen constitucional de la división de los poderes. La razón que explica la tolerancia doctrinal y jurisprudencial a esta impropia delegación de facultades en gran medida indelegables, reside generalmente en la necesidad de poder regular la represión con relación a esta materia excesivamente variable y cambiante que no puede ser captada en sus múltiples facetas con la urgencia que requiere determinada situación, mediante una modificación legislativa ordinaria.

Por ejemplo el art. 206 del Código Penal es una ley penal en blanco. Dice la referida norma: Será reprimido con prisión de uno a seis meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal. Una violación a las reglas de policía sanitaria animal lo constituye el transporte ilegal de carnes, ganado y derivados. En la provincia de Córdoba, a los fines de la determinación de esta infracción se debe completar el blanco dejado por la citada norma del Código Penal con las disposiciones que se citan a continuación:

a) Los arts. 92 bis y 92 ter de la Ley n° 8539 del Código de Faltas Provincial, que establecen respectivamente: Será sancionado con multa equivalente hasta el 100% del valor del producto en peso neto o arresto de hasta 60 días, según la gravedad y circunstancia, los que faenen, facilitan muebles o inmuebles o transporten animales faenados, con fines de comercialización y para el consumo humano, sin la autorización legal y control bromatológico correspondiente.

Los que industrialicen o comercialicen animales faenados en las condiciones del párrafo anterior, serán pasibles de las mismas sanciones.

La comisión de cualquiera de los hechos de falta a que alude el artículo anterior, determinará el secuestro y decomiso de la mercadería involucrada.

b) La Ley nacional de Carnes n° 22.375. El régimen de control en el transporte de las carnes, productos, subproductos y derivados de origen animal

destinados al consumo local dentro de la misma provincia, Capital Federal y Territorio Nacional, los que deberán transitar con la correspondiente documentación sanitaria.

c) El Decreto nacional n° 489/81. El transporte y acceso de carnes, productos y subproductos y derivados de origen animal en las áreas de consumo será objeto de una estricta fiscalización a cargo de la Secretaría de Estado de Agricultura y Ganadería y de los servicios provinciales y municipales correspondientes, cuyos agentes podrán requerir el auxilio de la fuerza pública, debiendo la misma prestar su concurso.

d) La Ley provincial n° 6974. La carne, productos, subproductos y derivados de origen animal, destinados a consumo humano y librados al expendio público, deberán proceder de establecimientos autorizados conforme a la legislación pertinente. Sanciones: En el caso de carnes que al momento de la inspección no acrediten procedencia de establecimiento o lugar no autorizado para la jurisdicción correspondiente, los inspectores deberán decomisar en el mismo acto el producto en infracción sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que correspondan.

e) La Resolución n° 161 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Recursos Renovables de fecha 4 de julio de 1989 que convalida la actuación policial en la constatación de este tipo de infracciones, y

f) La ley n° 5542 de marcas y señales.

Como es dable observar, la ley penal en estos casos sólo contiene con fijeza la sanción aplicable, pues el precepto está remitido en descubierto a disposiciones actuales o futuras que puedan dictarse en materia de policía sanitaria, cuya naturaleza es tan vasta que de lo contrario debería sancionarse un extenso cuerpo normativo al sólo efecto de reprimir las infracciones en forma individual.

Otro tanto sucede con la Ley n° 20.429 de armas y explosivos cuando dice. En el artículo 1° establece: La adquisición, uso, tenencia, portación, transmisión por cualquier título, transporte, introducción al país e importación de armas de fuego y de lanzamiento a mano o por cualquier clase de dispositivo, agresivos químicos de toda naturaleza y demás materiales que se clasifiquen como armas de guerra, pólvoras, explosivos y afines y armas, municiones y demás materiales clasificados de uso civil,

quedan sujetos en todo el territorio de la Nación a las prescripciones de la presente ley.

La clasificación de armas como armas de guerra no es una tarea a la que se deba el legislador sino que queda reservada a las autoridades del Ministerio de Defensa y no implica una delegación de la facultad legislativa penal sino que agiliza el trámite en una materia cambiante día a día.

A propósito de esta ley, modificada por n° 25.886⁶⁸ que a su vez modifica el art. 189 bis del C. Penal, omitió incluir la tenencia de municiones de guerra como delito, transformándose así en una ley penal más benigna que la anterior. Así lo entendió el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 de La Plata cuando resolvió: Corresponde absolver al imputado en orden al delito de tenencia de municiones de guerra, en tanto la ley 25.886 (Adla, Bol. 11/2004, p. I) -en el caso, vigente al tiempo de la clausura del debate- al modificar el texto del art. 189 bis del Cód. Penal no incluyó la simple tenencia de municiones de guerra en la descripción del tipo penal, ya que conforme al art. 2 del Cód. Procesal Penal debe aplicarse la ley penal sancionada con posterioridad al hecho incriminado, si la misma es más favorable para el imputado, aun cuando ello pueda deberse a una omisión accidental o no querida por el legislador⁶⁹.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico declaró: Respetar el principio de división de poderes las determinaciones adoptadas por el Poder Ejecutivo o por las reparticiones que de él dependen, modificando las previsiones que complementan las leyes penales en blanco -en el caso, se planteó la implícita derogación del decreto ley 2581/64 (Adla, XXIV-A, 312) en materia cambiaria- pero no alcanzan a derogar la misma ley⁷⁰. Otorgó tales características el Decreto 530/91 (Adla, LI-B, 1817) por cuanto dejó sin efecto el Decreto 2581/64 (Adla, XXIV-A, 312) -en cuanto impuso la obligatoriedad del ingreso y negociación en el mercado cambiario de las divisas provenientes de la exportación de productos- pero no derogó el régimen penal cambiario -Ley 19.359 (Adla, XXXII-A, 2)-, pues las

⁶⁸ Adla Bol. 11/2004, p. 1.

⁶⁹ **Trib. Oral Crim. Fed. Nro. 1, La Plata**, Sentencia del 20/05/04 en Autos: "PAREDES, Marcos", Publicada en La Ley del 04/06/2004, 7.

⁷⁰ **CNPenalEconomico**, Sala "A", Autos: "Tatuti S.A. y otro" del 17/05/00 publicada en La Ley 2000-F, 963 (43.136-S) - DJ, 2000-3-1002 SJ. 1966.

determinaciones adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional o por las reparticiones que de él dependen sólo modifican las previsiones que complementan la ley penal en blanco, pero sin derogarla⁷¹.

El mismo Tribunal dijo respecto de la Ley de lealtad comercial 22.802 (Adla, XLIII-B, 1346) que es de las llamadas leyes penales en blanco, las cuales establecen las penas a aplicar y el cuadro normativo, mientras que los detalles son completados por posteriores normas emitidas por órganos de la Administración Pública, tal es el caso de la resolución 434/94 que reglamenta el art. 9 de aquella norma⁷².

Claro está, dice Soler, que la norma penal en blanco no cobra valor sino después de dictada la ley o reglamentación a que se remite, y para los hechos posteriores a ésta. Esa norma que completa y hace aplicable la ley en blanco, dada nuestra organización política, puede depender de reglamentaciones variables y aún distintas, emanadas de los poderes provinciales de legislación. De ahí la importancia de ese género de leyes penales, pues por medio de ellas se da reconocimiento como fuentes mediatas de derecho penal a otros actos que pueden no ser leyes en sentido estricto o técnico (actos del Poder Legislativo)⁷³.

1.b. La legislación penal de facto

Durante la vigencia del régimen republicano, cada poder del estado tiene funciones específicas; estas son taxativamente establecidas en la Constitución Nacional. Así en la Segunda Parte (Autoridades de la nación), se determinan las atribuciones de cada uno de los tres poderes del Estado.

Pero desde 1930 en adelante la historia argentina ha transitado más a menudo por la excepción a la regla que hemos mencionado y el Ejecutivo asumió en reiteradas ocasiones la facultad de legislación en materia penal a través de los denominados decretos-leyes, que fue el nombre con el cual se designó a ese material normativo. Como lo hemos señalado y la historia así lo enseña, los gobiernos de facto fueron tan recurrentes y tan prolongados, que la legislación nacional, en

⁷¹ **CNPenalEconomico**, Sala “A”, Autos “Coopercotia S.R.L. y otros” del 03/03/03, publicado en La Ley 2003-D, Pág. 873.

⁷² **CNPenalEconomico**, Sala “A”, Autos: “Disco S.A.” del 30/04/03, publicado en DJ, 2003/07/16, 758 - DJ, 2003/07/16, 758 - RU, 2003-4, 18.

⁷³ **SOLER**, Sebastián Sebastián “Derecho Penal Argentino” 5ta. Edición actualizada por Guillermo J. Fierro, Tea, Buenos Aires 1987, tomo I, Pág. 122.

materia penal, tuvo en un momento determinado mayoritariamente origen no constitucional. Vuelta la República a su régimen natural surgió la necesidad de otorgar a los decretos-leyes entidad jurídica, vale decir, si a pesar del carácter de excepción que los particularizaba, constituían o no leyes penales en orden a las disposiciones del art. 2 del Código Penal que regula la sucesión de las leyes penales en el tiempo.

Fue la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien tuvo a cargo la tarea de congeniar esa realidad, con las exigencias constitucionales que decían otra cosa. Por ello nos vemos precisados a examinar los fallos del más alto Tribunal del país en una tarea pretoriana, por cuanto no contamos al efecto con antecedentes europeos ni derecho comparado, sino que debemos atenernos simplemente a las circunstancias históricas de la vida nacional, excediendo los límites de la juridicidad para examinar los fundamentos de esa legalidad y sus pretensiones de vigencia y legitimidad. Y, como bien señala José Severo Caballero, una investigación como esta, no puede llegar a conclusiones absolutas de tipo dogmático porque la materia se refiere, esencialmente, al plano de la realidad política donde no basta razonar a partir de los principios constitucionales, pero sirve para caracterizar un tema en el que predominan las significaciones político-jurídicas, inspiradas en los valores jurídicos, a que la Corte Suprema se ha visto obligada a recurrir para las diversas soluciones. En esto se aprecia el sentido de poder político que, en algunos aspectos, tiene la Corte Suprema además de ser Poder Judicial de la Nación⁷⁴.

Así vemos que tanto la Corte de 1930 como la de 1943, desconocieron a los gobiernos surgidos por los respectivos movimientos revolucionarios, la facultad de dictar leyes penales.

Es menester sin embargo, efectuar algunas consideraciones sobre el modo en que el Ejecutivo se pronunció ante la Corte en aquellas oportunidades. En 1930 el gobierno revolucionario del General José Félix Uriburu, una vez instalado, se presentó ante la Corte como una nueva sustitución del "Poder Ejecutivo" y declaró que su finalidad era restablecer el régimen de la Constitución y de la ley. La Corte

⁷⁴ CABALLERO, José Severo "La legislación penal de facto y el significado sistemático de la Ley 20.509", Cuaderno del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, n° 122, Pág. 14.

por su parte, contestó al Ejecutivo que reconocería los actos de gobierno en la medida que se respetaran las garantías constitucionales; de lo contrario la justicia las restablecería como si se tratase de un Ejecutivo de derecho. Urriburu aceptó esta reconvencción, porque sus actitudes no estaban dirigidas en contra de la Constitución, sino en contra de un gobierno; el gobierno de Hipólito Yrigoyen.

Algo similar ocurrió en 1943, cuando el General Arturo Rawson que acompañara al general Pedro Pablo Ramírez en el proceso revolucionario de junio de ese año, juró respetar la Constitución y al Poder Judicial constituido.

Como se ha visto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fue el único poder que se mantuvo incólume a los vaivenes institucionales y asumió para sí la responsabilidad de mantener el control de legalidad de las leyes. Esto básicamente, porque hasta ese momento, los ministros de la Corte habían sido nombrados regularmente, mediante los mecanismos establecidos por la Constitución al respecto y en consecuencia era un organismo independiente del poder político, que hablaba con el lenguaje de las leyes y no con el lenguaje del Ejecutivo.

Un párrafo aparte merece el modo en que el más alto Tribunal del país evolucionó respecto a la interpretación de la ley penal en el tiempo congeniando la legislación regular y la resultante de los recurrentes períodos revolucionarios. Señala al respecto Fontán Balestra: A partir de que los decretos-ley de nuestros gobiernos *de facto* han sido reconocidos, en términos generales, por el Poder Judicial y convalidados *a posteriori* por el Congreso, no puede negarse que, de hecho, fueron investidos de validez (Aftalión, E. R. y Aftalión, M. E., “Los decretos leyes ante la Constitución real”, L.L., t. 114, 1964, pág. 872). En efecto, la Corte Suprema de Justicia, después de alguna vacilación (L.L., t. 88, pág. 254, fallo 41.183, in *re* Mouviel), finalmente validó los decretos leyes en materia penal dictados por gobiernos de *facto*, habiendo entendido que las garantías constitucionales se cumplen si la norma es *previa* y *razonable*, aunque no emane del Poder Legislativo (*Fallos*, t. 240, pág. 237; L.L., t. 91, pág. 499, fallo 42.461; *id.*, Pág. 508, fallo 42.262)⁷⁵.

En la *corriente jurisprudencia* señala el citado autor, hallamos dos etapas claramente marcadas: Hasta el año 1947, la Corte Suprema de la Nación negó al

⁷⁵ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal Introducción y Parte General” actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998, Pág. 106.

Poder Ejecutivo *de facto* facultades legislativas penales, manifestando que tal ejercicio repugnaba y contrariaba al artículo 18 de la Constitución Nacional (*Fallos*, t. 169, pág. 309; t. 173, pág.3 11; t. 204, págs. 345 y 359). *Es la tesis de la inconstitucionalidad y de la caducidad*, condensada en el fallo citado al tomo 169, página 309, *in re* “Malmonge Nebreda”, que constituye un verdadero *leading case* sobre la materia. A partir del año 1947, la Corte Suprema declara la validez de los decretos-ley en materia penal, dictados por el Poder Ejecutivo *de facto* y su vigencia con posterioridad a dicho período *de facto*, sin necesidad de la ratificación del Congreso, si la norma es *previa* y *razonable*. *Es la tesis de la validez y de la continuidad* (*Fallos*: 208:562; 240:237; 270:484, 291:55; 293:213; 295:706, L.L., t. 91, pág. 499; L.L, t. 132, pág. 336⁷⁶).

A partir de 1973 la Corte señaló que las normas dictadas por un gobierno de esas características a título de leyes carecen de legalidad en su origen, pero pueden legitimarse en razón de su efectividad que consiste en la aplicación que hacen de ellas los gobernantes en sus actos, los jueces en sus sentencias y los particulares en su proceder, en tanto se atengan voluntaria o forzosamente a ellas como normas obligatorias (*Fallos*: 286, 62). En el año 1973, al constituirse el Congreso, abrogó todas las normas penales dictadas durante el período gubernamental inmediatamente anterior, en razón de no haber sido dictadas por el órgano legislativo natural. No lo hizo, en cambio, el Congreso que se instaló en 1983, que recién derogó las disposiciones de la ley *de facto* 21.338 -salvo las que convalidó expresamente- ocho meses después de instalado, con la sanción de la ley n° 23.077 llamada “De Defensa de la Democracia”⁷⁷.

Volviendo al tema relativo a la permanencia de sus miembros, debemos decir que la Revolución Libertadora de 1955 cambió la tradición al respecto. Destituyó a los integrantes de la Corte, cuyos ministros respondían al gobierno peronista e instauró una Corte revolucionaria, que juró ante el General Eduardo Lonardi por las declaraciones, derechos y garantías constitucionales⁷⁸. Es decir, al igual que las

⁷⁶ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág. Cit.

⁷⁷ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág. 107.

⁷⁸ La nómina de sus integrantes era la que sigue: Alfredo Orgaz; Manuel J. Argañarás; Enrique V. Galli; Carlos Herrera; Jorge Vera Vallejo y Sebastián Soler quien ocupaba el cargo de Procurador General de la Nación.

anteriores, esta Corte hace de su misión fundamental el aseguramiento de los principios de la Constitución de 1853, ya que la Reforma de 1949 fue derogada, también por Decreto, pero esta vez el Ejecutivo consagró el principio de asunción expresa de las facultades legislativas por el Poder Ejecutivo. Así el decreto 42, del 25 de septiembre de 1955, dispuso en el artículo 1º: “Mientras dure la situación del gobierno provisional... el Presidente provisorio de la Nación ejercerá las facultades legislativas que la Constitución Nacional acuerda al Honorable Congreso de la Nación”.

En 1966 durante la denominada Revolución Argentina, fue el General Juan Carlos Onganía, quien se hizo cargo del Ejecutivo e instauró una Corte que juró por un conjunto de disposiciones contenidas en las actas revolucionarias, en el Estatuto de la Revolución, en los fines y objetivos de ella entre los cuales iba la Constitución, en la medida que no alterara el Estatuto Revolucionario. En el art. 5º del Estatuto revolucionario se establece: “El presidente de la Nación ejercerá todas las facultades legislativas que la Constitución Nacional acuerda al Congreso, incluidas las que son privativas de cada una de las cámaras, con excepción de aquellas previstas en los arts. 45, 51 y 52 para los casos de juicio político a los jueces de los tribunales nacionales”.

La suerte de la Constitución de los argentinos, había dado su primera vuelta de campana. Lo hasta aquí reseñado es sólo el aspecto histórico de una sucesión de golpes de estado y sus implicancias institucionales. El problema dogmático se suscita tal como lo hemos señalado, cuando habiendo cesado el gobierno de facto y retomado el sistema constitucional, debe determinarse el alcance de las disposiciones penales dictadas fuera de su vigencia.

El 18 de junio de 1976, los miembros de la Junta de Comandantes de las Fuerzas Armadas integrada por el General Jorge Rafael Videla, el Almirante Emilio Eduardo Masera y el Brigadier Eduardo César Agosti, firmaron el Acta de Responsabilidad Institucional, uno de cuyos considerandos explicaba que “la decisión de las Fuerzas Armadas al asumir el poder político de la Nación, ha reconocido como finalidad la restitución de los valores esenciales que hacen a la conducción integral del Estado”.

El Estatuto de Reorganización Nacional del 24 de marzo de 1976 (art. 5°) estableció que las facultades legislativas que la Constitución Nacional otorga al Congreso, incluidas las que son privativas de cada una de las Cámaras, serán ejercidas por el presidente de la Nación..... Una Comisión de Asesoramiento Legislativo intervendrá en la formación y sanción de las leyes conforme al procedimiento que se establezca se dispone (art. 8°). Esta Comisión estuvo integrada por nueve oficiales superiores (tres por cada una de las Fuerzas Armadas).

La situación del Poder Judicial fue reglada mediante la Ley n° 21.258 cuyo articulado disponía: Cesen en sus cargos los señores jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Miguel Ángel Bercaitz, Agustín Ramón Alberto Díaz Biallet, Pablo Antonio Ramella, Ricardo Levene y Héctor Masnatta y el señor procurador general de la Nación doctor Enrique Carlos Petracchi (art. 1). Cesen en sus cargos los señores miembros de los Tribunales Superiores de todas las provincias (art. 2). Declárase “en comisión” a la totalidad de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación y de los Poderes Judiciales de todas las provincias (art. 3). Declárase feriado judicial en todo el país. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los Tribunales Superiores de cada provincia podrán disponer el levantamiento de dicho feriado judicial (art. 4). Los magistrados y funcionarios que se designen y los que sean confirmados, deberán prestar juramento de acatamiento a los Objetivos Básicos fijados por la Junta Militar, Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional y la Constitución Nacional en tanto no se oponga a aquéllos (art. 5). En dichos términos prestaron juramento Horacio Heredia, Adolfo Gabrielli, Alejandro Caride, Abelardo Rossi y Federico Videla Escalada, quien presentó su renuncia a fines de ese año, siendo sucedido por Pedro J. Frías.

Este régimen denominado “Estatutario” por Ricardo Núñez, han vuelto prácticamente ineficaces éstas y todas las otras consecuencias del principio de legalidad fundadas en la división de los poderes⁷⁹.

La ley n° 23.077 –de Defensa de la Democracia-, sancionada el 9 de agosto de 1984 (B.O. 27/8/84), deroga algunos aspectos de la legislación del régimen

⁷⁹ NÚÑEZ, Ricardo C. "Manual de Derecho Penal " cit. Pág. 82.

anterior, declara que recuperan su vigencia las disposiciones por ellas modificadas (art. 1°) y determina la continuación de otro conjunto de normas (art. 2°).

No mejoró, sin embargo, la suerte de la Corte con el retorno del sistema republicano. El Presidente Alfonsín (1983) designó sus nuevos integrantes⁸⁰. En 1989 asumió la Presidencia Carlos Saúl Menem quien debía convivir con una Corte Suprema no sólo no designada por él, sino además conformada durante el gobierno de un partido político distinto. Al poco tiempo Menem remitió al Congreso un proyecto de ley de ampliación de los miembros de la Corte, de manera de llevar su número de cinco a nueve, con lo cual obtenía mayoría propia⁸¹.

El Presidente Kirchner removió mediante Juicio político a la mayoría de los integrantes del supremo Tribunal del país, quedando únicamente de su anterior integración Carlos Fayt y Enrique Santiago Petracchi, quienes fueron nombrados en su oportunidad por el Presidente Alfonsín. Más recientemente y mediante la Ley n° 26.183, aprobada el 18 de diciembre de 2006, el número de sus integrantes fue reducido a cinco lo cual no altera la composición actual⁸² ya que de momento su integración permanecerá así y se irá reduciendo en la medida en que se produzcan las vacantes.

1.c. Los decretos de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo

El art. 99 de la Constitución Nacional, contenido en la Sección Segunda (Del Poder Ejecutivo), Capítulo Tercero (Atribuciones), inciso tercero, establece: “El Presidente de la Nación participa en la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando las circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y *no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el*

⁸⁰ Genaro R. Carrió; José S. Caballero; Carlos S. Fayt. Augusto C. Belluscio; Enrique S. Petracchi.

⁸¹ Conf. **CARRIO**, Alejandro “La Corte Suprema y su Independencia”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1996, Pág. cit. Págs. 153.

⁸² Presidente: Ricardo Luis Lorenzetti; Vicepresidente: Elena Highton de Nolasco; Ministros: Carlos Fayt; Juan Carlos Maqueda; Eugenio R. Zaffaroni; Enrique Santiago Petracchi; Carmen M. Argibay.

régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en el acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros”⁸³.

Del texto constitucional surge clara e inequívocamente la exclusión de la materia penal del ámbito de atribuciones del Ejecutivo, en cuanto a decretos por razones de necesidad y urgencia. Esta limitación está prevista bajo pena de nulidad absoluta e insanable en razón de que la misma Constitución consagra en sus Declaraciones, Derechos y Garantías el principio de ley legalidad en materia penal (art.18).

1.d. Contenido y límites de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo

La facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo (art. 99 inc. 2° de la Constitución Nacional), no significa una excepción a esa indelegabilidad. Esa facultad reglamentaria no consiste en otra cosa que en la autoridad que tiene el Ejecutivo para reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la ley. Pero la definición de la infracción y la determinación de la pertinente pena, no representan pormenores o detalles indispensables para la ejecución de la ley penal, sino la esencia de ella. Resulta claro, por consiguiente, que el Poder Ejecutivo, so pretexto de su facultad reglamentaria, no puede sustituir al Legislativo como titular de la facultad represiva penal.

El reglamento ejecutivo de la ley penal debe operar *intra legem* y no extra o *contra legem*, pues de otra manera, a la vez que desconocería la prelación de la ley respecto de su reglamento ejecutivo, alteraría el espíritu de aquélla, contrariando lo dispuesto por la Constitución Nacional en su artículo 28⁸⁴.

La razón para negar al Poder Ejecutivo la facultad para emanar normas penales fundamentales está no sólo en el recordado principio del art. 18 de la Constitución Nacional, completado por el art. 19, sino también en el que prohíbe al Presidente de la República “condenar por sí ni aplicar penas” (art.23), aún en casos extraordinarios, y el 29 que prohíbe tanto al Congreso como a las Legislaturas de provincias la concesión de facultades extraordinarias. De ello es forzoso inducir que

⁸³ Lo subrayado es nuestro.

⁸⁴ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit. Pág. 81.

en materia penal el principio de separación de poderes es firme y debe ser, en todo caso, respetado⁸⁵.

III. Principio de reserva penal

A. Concepto y base constitucional

La exigencia de que la punibilidad de un hecho sólo pueda ser establecida por una ley anterior a su comisión, obedece a la idea política de reservarles a los individuos, como zona exenta de castigo, la de aquellos hechos que por ilícitos, inmorales o perjudiciales que sean, no están configurados y castigados por una ley previa a su acaecer. La punibilidad de los hechos que la ley no castiga queda reservada, como esfera de inmunidad, frente al poder represivo del Estado.

Tratándose de una garantía individual, esa zona de reserva debe estar claramente trazada. Esto se logra fundamentalmente mediante la enumeración taxativa por la ley de los hechos punibles y de las penas pertinentes de manera que aquellos y éstas representen un *numerus clausus* en recíproca e inalterable correspondencia.

En la ciencia de nuestro Derecho, los principios *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine* y *nullum crimen sine poena legali*, afirma Jiménez de Asúa, fueron afirmados por vez primera en el Lehrbuch de Anselmo von Feuerbach, con alcance *meramente científico*. La teoría de la coacción psíquica, defendida por el gran escritor, sostiene el citado autor, está íntimamente ligada a estos principios enunciados: “Toda pena jurídica en el Estado, es la consecuencia jurídica de una ley fundada en la necesidad de la conservación del Derecho exterior y que amenaza la lesión jurídica con un mal sensible. De aquí surgen las siguientes máximas no sometidas a excepción alguna: I. *La existencia de una pena supone una ley penal anterior “nulla poena sine lege”*. Pues solamente la amenaza del mal por la ley, fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II. *La existencia de una pena está condicionada por la existencia de la acción amenazada, “nulla poena sine crimine”*. Pues la pena conminada está ligada por la ley al acto como supuesto jurídicamente necesario. III. *El acto legalmente amenazado (el supuesto legal) está*

⁸⁵ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino” cit. Tomo I, Pág. 117.

condicionado por la pena legal “nullum crimen sine poena legali”. Pues el mal, como una consecuencia jurídicamente necesaria, está ligado por la ley a la concreta lesión jurídica⁸⁶.

El Derecho penal estructurado sobre el principio de reserva se opone vivamente al Derecho penal estructurado sobre el principio rector de una “justicia penal sustancial”, inspirada en la lucha efectiva contra los llamados enemigos de la sociedad o del Estado. Esta idea, revivida en el aspecto político por los estados totalitarios, que ve en el Derecho penal un medio utilizable libremente, sin obstáculos legales, por la sociedad, para luchar contra el delito, modifica radicalmente la posición de las partes que están en juego en la realización de la facultad punitiva. En tanto que el principio de reserva, al oponerle al poder punitivo la valla de un catálogo legal de delitos y penas absolutamente circunscrito, hace prevalecer la libertad sobre las necesidades de la autoridad, el principio de la justicia penal sustancial, haciendo derivar ese poder de una legalidad ampliable por analogía o en virtud de fuentes represivas independientes de la ley misma⁸⁷.

B. Presupuestos

1. Determinación de los hechos punibles

La separación de lo que es punible de lo que no lo es, representa una condición básica del principio de reserva penal. Ella se logra mediante el acuñamiento de un *numerus clausus* de hechos punibles.

Los hechos punibles no se confunden con los tipos delictivos (tipos penales o legales o figuras delictivas) que tienen una función principalmente sistemática. El hecho punible no se limita a la definición formal de los hechos delictivos, sino que comprende todos los presupuestos legales de la pena como son el disvalor jurídico del hecho definido (su antijuridicidad), la reprochabilidad a su autor (su culpabilidad) y la posibilidad de su castigo en el caso concreto (su punibilidad)⁸⁸.

Los hechos que eventualmente caerán bajo la definición normativa, destaca Soler, serán necesariamente diferentes entre sí: nunca se reproduce en la realidad

⁸⁶ JIMENEZ DE ASUA, Luis “Principios de Derecho Penal” cit. Pág. 97.

⁸⁷ NUÑEZ, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal” Lerner Córdoba-Buenos Aires 1976, Tomo I, Pág. 105.

⁸⁸ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit. Pág. 83.

humana con total exactitud el mismo hecho. Esta necesaria disparidad entre la norma y el hecho regulado por ella proviene de que, refiriéndose aquélla a series o clases de actos futuros, no puede proceder por enumeración, por la designación de hechos todavía no ocurridos; no puede proceder por medio de descripciones históricas; necesita apelar a *anticipaciones*, y por lo tanto, de un modo necesario, debe proceder por esquemas de acción; debe imaginar situaciones. En una palabra, aun cuando la norma encierre fundamentalmente un querer, éste debe ser formulado de manera necesariamente abstracta y adquirir, por este solo hecho la característica de todas las abstracciones, de las ideas⁸⁹.

2. Determinación legal de la pena

Para excluir la arbitrariedad de la represión no basta el acuñamiento legal de los hechos punibles, sino que es necesario que el principio *nullum crimen sine lege se complemente con el nulla poena sine lege* (art. 18 de la Constitución Nacional).

Esa garantía, que excluye las penas extraordinarias admitidas por las antiguas legislaciones -que eran penas supletorias del derecho escrito en los casos de hechos que habían escapado a la prohibición de la ley- no se satisface con la simple determinación legal de que el hecho debe ser castigado o que merece una pena, sino que demanda la determinación concreta de la pena conminada para cada delito. Esto requiere que la pena está directamente referida al respectivo hecho delictivo y que está individualizada por su especie y medida.

La individualización no exige, tratándose de penas mensurables por razón del tiempo, que su finalización está predeterminada, sino que basta que la ley señale si la pena es temporal o perpetua, y en el primer caso, si su duración es determinada o indeterminada, con arreglo al cumplimiento de ciertas condiciones.

En cambio, las penas cuantificables en razón de su cantidad deben estar siempre determinadas en su monto. Esta exigencia no se contradice porque su monto dependa de cálculos a realizar sobre bases preestablecidas, como sucede si la

⁸⁹ SOLER, Sebastián “Fe en el Derecho” cit, Pág. 145.

Nuñez en cambio en el Tratado sostiene: Históricamente se ha distinguido la una de la otra. Así explica citando a Warchter que, la diferencia entre una especie de analogía con la otra reside en el modo cómo se determina la norma reguladora del caso y supletoria de los vacíos de la ley. En la analogía legal, explica el citado autor, la norma para resolver el caso no previsto es aquella que regula uno semejante. En la analogía jurídica, la norma es proporcionada por los principios generales de la legislación positiva o por las resoluciones contenidas en distintas leyes. Luego continúa diciendo: Para la analogía legal no basta que los hechos sean materialmente semejantes, por la identidad de sus características generales y la diferencia de algunas particularidades, que son las que excluyen al hecho imputado de la regulación legal. Se requiere que respecto de ambos hechos -el regulado por la ley y el hecho imputado- concurra la misma razón para castigarlos: La razón por la cual la ley castiga el hecho que prevé debe aconsejar el castigo del hecho imputado. Por último agrega: El principio rector de la analogía jurídica no es la semejanza jurídica del hecho imputado con el castigado por la ley, sino ciertos principios generales de carácter político-defensivo que desempeñan la función de criterios rectores de la valoración delictiva⁹³.

La prohibición de la aplicación por analogía de la ley penal sólo rige cuando perjudica al imputado (analogía *in malam partem*). Tal es la que fundamenta la imposición de la pena o el agravamiento de la situación del imputado o condenado. Por el contrario, es admisible la aplicación de la ley penal por analogía *in bonam partem*, vale decir, la que se hace para excluir o minorar la pena o mejorar la situación del interesado; así, para eximir de castigo a los contraventores de leyes policiales locales, se han aplicado por analogía las reglas del Código Penal sobre prescripción y causas de inimputabilidad⁹⁴.

Rechazamos de plano la existencia de un derecho común contenido en el Código penal y la admisión de la analogía *in bonam partem*, sostiene Jiménez de Asúa. Nuestro Derecho, afirma el citado autor, no es un conjunto de leyes excepcionales, sino un Derecho penal común de naturaleza garantizadora, en el concepto más amplio. Luego agrega: Se puede llegar a resultados parejos por un

⁹³ NUÑEZ, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal" cit. Tomo I, Pág. 111.

⁹⁴ NUÑEZ, Ricardo C. "Manual de Derecho Penal" cit. Pág. 85.

camino más correcto. No hay que interpretar analógicamente las causas de justificación y las de inimputabilidad, sino partir de la noción del delito, que está expresa en unos Códigos y supuesta en otros. Incluso en éstos, el concepto del delito, por una interpretación supra-legal, no puede ser otro que el de acto antijurídico y culpable. Pues bien; si ocurre una circunstancia no prevista en el artículo en que se enumeran las eximentes, en que la antijuridicidad no existe, el delito desaparece sin necesidad de acudir a la analogía. Logramos eximir a virtud de una interpretación teleológica y sistemática con resultados progresivos, pero de índole restrictiva, del concepto del delito en el que está basada toda la legislación penal⁹⁵.

4. Irretroactividad de la ley penal

Del principio de reserva penal deriva como lógica consecuencia la irretroactividad de la ley penal. Esta significa la prohibición de castigar un hecho o de agravar la situación de un imputado o condenado por aplicación de una ley de vigencia posterior al momento de la comisión de ese hecho.

Por el contrario, en beneficio del imputado rige el principio legal de retroactividad y de la ultractividad de la ley penal más benigna (art. 2 del C. Penal) del que nos ocuparemos más adelante.

⁹⁵ **JIMENEZ DE ASUA**, Luis “Principios de derecho penal” cit. Pág. 139.

PARAGRAFO 2º

INTERPRETACION Y APLICACION DE LA LEY PENAL

I. Interpretación de la ley penal

Una vez cumplidos los requisitos formales, y completadas las exigencias materiales de su puesta en vigencia, la aplicación de una ley requiere de la *interpretación* de sus normas, que radica en *comprender* lo que ella dice en abstracto, para adecuarla al caso concreto. Esa derivación de lo general a lo particular que es en lo que la aplicación consiste, no debe ni puede ser una tarea aislada respecto de la totalidad del orden jurídico y del orden social. El derecho es una ciencia social o mejor aún, una herramienta destinada a posibilitar la convivencia armónica en sociedad. La interpretación entonces es una labor enmarcada en un contexto físico e históricamente determinado.

Etimológicamente el verbo “interpretar” proviene de la voz latina *interpretari*. El Diccionario de la Lengua española, en el sentido que aquí interesa, define la voz “interpretar” en una tercera acepción como: explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de textos poco claros. Explicar acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos⁹⁶.

En esta materia se han suscitado algunas controversias: a) En primer lugar podemos ubicar las cuestiones tendientes a determinar si las leyes penales son susceptibles de ser interpretadas. b) En segundo lugar se ubican las que tienden a establecer a qué ramas del Derecho Penal (las del Derecho Penal sustantivo o las del Derecho Procesal), corresponde el tratamiento de las normas de interpretación de la ley penal. c) Por último están las que tratan de determinar si a los fines de la interpretación de la ley penal son suficientes las normas del derecho en general o si

⁹⁶ **Diccionario de la Lengua española**, 22ª Edición, Espasa Calpe, Buenos Aires 2001, tomo II, Pág. 1293.

por el contrario existen o deben existir normas especiales para la interpretación de las leyes penales.

Los abusos cometidos con anterioridad al siglo XVIII, llevaron al extremo de prohibir todo tipo de interpretación de las leyes penales. Así lo sostuvieron Beccaría y Montesquieu. El primero, señala Fontán Balestra, niega a los jueces penales la facultad de interpretar las leyes, por la razón de que no son legisladores; el segundo afirma que es conforme a la naturaleza del gobierno republicano la imposición de que los jueces se abstengan a la letra de la ley, no debiendo interpretarla (Beccaría, *Dei delitti e delle pene*, Torino, 1874, 4; Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Vol. VI, cap. 3)⁹⁷.

Superadas aquellas páginas negras de la historia queda despejada la idea de que así como el lenguaje muchas veces puede no ser claro, las normas jurídicas, precisamente por tener que valerse del elemento lingüístico para expresarse, no escapan a esta posibilidad, a lo que contribuye la diversidad cualitativa y cuantitativa de hechos posibles. La doctrina, sin embargo, es casi unánime en considerar que al interpretar no estamos solamente ante una mera posibilidad de falta de claridad en el texto de la norma, puesto que la interpretación de las normas siempre está presente al momento de aplicar el derecho; aún cuando la norma objeto de interpretación no revista mayor complicación para desentrañar su significación y sentido.

Una prohibición de esta especie, sostiene Nuñez, desconocedora del valor de la interpretación sistemática, que sobrepasa el significado literal y aislado de un texto legal, no podía subsistir como criterio rector de la aplicación de la ley penal. Por consiguiente, al resguardo contra las arbitrariedades de los jueces ya no lo constituyó la veda de la interpretación de la ley, sino la restricción de ella a sus verdaderos límites⁹⁸.

Negar la necesidad de interpretar las leyes, señala Soler, es como negarles aplicación o como creer que la ley actúa por sí misma o como afirmar que el acto del juez no es psíquico, sino mecánico. El problema consiste, por el contrario, en

⁹⁷ FONTAN BALESTRA, Carlos "Derecho Penal..." cit. Pág. 109.

⁹⁸ NUÑEZ, Ricardo C. "Manual de Derecho Penal..." cit. Pág. 87.

determinar las condiciones de validez de esa interpretación, conforme con la naturaleza del derecho penal⁹⁹.

A. Objeto

El objeto de la interpretación jurídica es *la ley propiamente dicha*, tal como ha sido promulgada, incluyendo en ella las *erratas de imprenta*¹⁰⁰ y los llamados *defectos de redacción*. En el primer caso destaca Fontán Balestra, se trata de errores tipográficos producidos al llevarse a la estampa el texto original; en tales casos, no hay duda de que el texto original es el que vale; las erratas deben salvarse. Los defectos de redacción se dan en los casos en que el legislador ha querido decir una cosa distinta de la que realmente dice la ley. “En tales supuestos, es ley lo promulgado, no obstante el defecto de redacción” (Mezger, *Tratado*, T. 1, 5 11, I). El camino es una ley aclaratoria¹⁰¹.

Concordantemente señala Jiménez de Asúa: La fe de erratas no es una interpretación auténtica; no es interpretación. Sólo corrige los yerros materiales... Tampoco se trata de interpretación *sensu stricto*, sino de fijar y depurar el contenido de las leyes, cuando se dictamina el alcance de los errores de imprenta y conceptuales no enmendados¹⁰².

En el derrotero a develar sentidos, objetos y finalidades en que la interpretación consiste, se han desarrollado diversos criterios que acorde a la preponderancia otorgada a determinados aspectos de la tarea interpretativa, podemos recuperar dos grupos, identificables como el de los *intelectualistas* en el cual incluimos a los *objetivistas* y el de los *voluntaristas* que a nuestro juicio comprende al de los *subjetivistas*¹⁰³.

Para los partidarios del *intelectualismo (objetivistas)* también denominado *teleologismo*, la interpretación es un acto de razonamiento, una operación lógico mental destinado a revelar el significado o sentido de la norma jurídica (interpretación propiamente dicha). Sólo lo que aparece redactado en la ley es lo

⁹⁹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 129.

¹⁰⁰ Como es el caso de la Ley 11.221 del 21/09/1923.

¹⁰¹ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág.110.

¹⁰² JIMENEZ DE ASUA, Luis “Principios de Derecho Penal” cit. Pág. 105.

¹⁰³ Algunos autores los consideren cuatro categorías distintas.

objetivamente dispuesto como mandato. Una vez publicada la ley, ésta se desprende de sus autores y adquiere vida y espíritu propios, en consecuencia es la voluntad de la ley lo que debe descubrirse, porque en ella está lo objetivamente querido.

Al ser puesta en vigencia, argumentan los sostenedores de esta postura doctrinaria, la ley se sustrae de su creador -el legislador-, de su pensamiento, de sus circunstancias y de sus tiempos, para ir a vivir una vida propia e independiente; se convierte en una entidad separada de su fuente directa, y esencialmente subordinada al medio social y a sus transformaciones, al que deberá corresponder.

En las palabras de Radbruch, uno de sus expositores más clásicos, “*la ciencia del derecho es la ciencia del sentido objetivo y no del subjetivo del derecho*”. “No se propone, pues, la fijación del sentido pensado por el autor de la ley”. “El intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor –es más, tiene que ser más inteligente-”. “De esta manera, no es la interpretación jurídica un repensar posterior de algo ya pensado, sino un pensar una idea hasta su último extremo”¹⁰⁴.

Esta determinación de la voluntad objetiva de las normas jurídicas presupone la de su *finalidad* (telos), pues es a partir de esta última que se puede fijar aquella. En el sentido de la ley, lo que ella “quiere”, es dado por el *fin* que persigue, el cual no debe deducirse no sólo de su propio texto, sino de las ideas que informan el derecho como unidad de significados valorativos. El punto de partida es brindado por la interpretación filosófica del texto legal, pero luego se precisa remontar por encima de ella en una labor creadora orientada al fin de la norma, la cual procura no sólo precisar su voluntad, sino, además, desenvolver sus posibilidades implícitas de acuerdo con las exigencias cambiantes de las circunstancias¹⁰⁵.

Para los seguidores del *voluntarismo (subjetivistas)* o *psicologistas*, en cambio, la tarea del intérprete consiste en rehacer el pensamiento del legislador, en “repensar” lo querido por éste en el momento de poner en vigencia el precepto legal. Por consiguiente, la voluntad de la ley aparece, de acuerdo con este criterio,

¹⁰⁴ Especialmente citado por **CURY URZUA**, Enrique “Derecho Penal – Parte General-”, Segunda Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1992, Tomo I, Pág. 165.

¹⁰⁵ **CURY URZUA**, Enrique “Derecho Penal”, cit. Tomo I, Pág. 166.

confundida con la del legislador. Lo que la ley quiere mandar o prohibir actualmente no es sino lo que su autor quería mandar o prohibir al promulgarla¹⁰⁶.

Consideran sus discípulos que la interpretación no se queda en lo que esta palabra puede denotar, sino que debe alcanzar también lo que puede connotar, implicando de este modo una labor mucho más acabada, mucho más compleja, en síntesis, una labor de creación en la que el juez cuenta con mayores parámetros de libertad. En el proceso de interpretar una norma debe tomarse como punto de referencia al legislador; desentrañar de su mente lo que éste quiso decir. En otras palabras, la norma jurídica sólo es un medio o instrumento para expresar el mandato subyacente en esos niveles intelectuales; el intérprete debe llegar a lo que el legislador quiso decir para interpretar correctamente la norma.

B. Escuelas y teorías

Los principios que informaron la interpretación la ley, fueron desarrollados conforme determinadas pautas que instauraron la existencia de *escuelas* o *teorías* de la interpretación. Tales fueron:

1. Escuela de la exégesis

Basó la interpretación jurídica en el objetivo de descubrir la voluntad del legislador, con lo cual transforma la tarea interpretativa de comprensión de los valores objetivamente vigentes en la ley actual, en la función psíquica de “repensar lo ya pensado” por un legislador real. Por esta vía, dice Soler, se cae en curiosas contradicciones: Mientras, por una parte, la ley queda como solidificada en el pasado, por la otra, la investigación histórico-crítica, deja siempre abierta la posibilidad de descubrir que el legislador pensaba de un modo diferente al que se había venido creyendo y que así se presente de pronto otro pensamiento, también solidificado, que pretenda validez. Con lo cual la proclamada fijeza del derecho viene a quedar bastante mal parada¹⁰⁷.

¹⁰⁶ CURY URZUA, Enrique “Derecho Penal”, cit. Tomo I, Pág. 164.

¹⁰⁷ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 180; NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 74.

¹⁰⁷ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. Cit.; NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. Cit.

La ley o como suele decirse, la voluntad de la ley, sostiene Nuñez, que constituye el objeto a interpretar, no es, empero, aquella voluntad (la del legislador). Sin perjuicio de que el pensamiento del legislador resulte útil para explicar correctamente el significado de la ley, existe siempre la posibilidad de que la voluntad de ésta difiera de la de aquél. La voluntad de la ley, afirma el citado autor, no es el proceso exclusivo y limitado del proceso mental del legislador. La ley puede ser más o menos inteligente que el legislador, porque, además de que éste no tiene el dominio absoluto del lenguaje usado en la ley, lo que él pensó o expresó mediante la pertinente fórmula gramatical, al incorporarse al derecho vigente entra a formar parte de un sistema gramatical y jurídico que, como tal, no representa partes aisladas y desconectadas entre sí, sino partes conexas y, de esta manera, susceptibles de expresar sistemáticamente lo que el legislador no pudo o no quiso tener en su mente. De tal modo, el proceso subjetivo de quien redactó la fórmula legal puede ser sobrepasado por el valor objetivo que adquiere esa fórmula por su relación con el contexto total del derecho vigente¹⁰⁸.

2. Escuela del derecho libre

Como su denominación lo sugiere, esta escuela propugna la total libertad del juez en el proceso de la interpretación del derecho que deberá aplicar, a punto tal de dejar de lado el derecho contenido en la norma jurídica (derecho positivo, ley). Es decir, según esta teoría, los jueces son independientes de las leyes y sus decisiones no deben obligatoriamente estar sujetas a éstas. El propósito que conlleva el proponer a favor de los jueces estas atribuciones de total libertad e independencia respecto de la ley está dado por el anhelo de llegar a una justicia que, según afirmaban sus adeptos, muchas veces se pierde o distorsiona en los mandatos normativos provenientes del derecho positivo.

Entre sus seguidores podemos mencionar a Hermann Kantorowicz, cuya obra “La lucha por el derecho” fue publicada en 1906.

Para nosotros, sostiene Jiménez de Asúa, el Derecho libre es inaceptable. Mientras la pena mal impere y no se llegue al Derecho protector de los criminales de

¹⁰⁸ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 75.

que Dorado habló, la función del juez es sólo interpretativa y creadora de nuevas posibilidades de subsunción, puesto que, al mismo tiempo que aplica la ley al delincuente, salvaguarda la libertad humana¹⁰⁹.

3. Teoría pura del derecho

Hans Kelsen en su “Teoría pura del derecho”, obra publicada en 1934, dedica un capítulo al problema de la interpretación de la ley y dice: La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una inferior¹¹⁰.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, sostiene el citado autor, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer¹¹¹.

Kelsen aproxima el problema de la interpretación, al de un raciocinio lógico desde que habla de norma superior y norma inferior. Sin embargo, a nuestro modo de ver, no cierra el proceso, es decir, no llega a la *norma individual* (conclusión) cuando sostiene: Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada¹¹².

En sentido material (ontológico) la norma individual (resultante de una sentencia) de también debe ser considerada integradora del mundo del derecho.

4. Teoría egológica del derecho

Carlos Cossio enuncia su teoría a partir de la consideración de que no es la ley lo que se interpreta sino la conducta humana a través de la ley. Insistió en demostrar que el derecho debía ser comprendido e interpretado mediante una teoría del conocimiento, respecto de la conducta humana en interferencia intersubjetiva.

¹⁰⁹ JIMENEZ DE ASUA, Luis “Principios de derecho penal” cit. Pág. 108.

¹¹⁰ KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, traducción de Moisés Nilve, Eudeba, 13ª Edición, Buenos Aires 1975, Pág. 163.

¹¹¹ KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho” cit. Pág. Cit.

¹¹² KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho” cit. Pág. 164.

La concepción egológica del Derecho fue una de las expresiones del movimiento culturalista latinoamericano que más interés suscitó dentro del paisaje filosófico de la ciencia jurídica. Se originó en la Argentina, en 1940, a través de la obra de Cossio y de sus numerosos discípulos, entre los que se destacaron: Ambrosio Gioja, Julio César Cueto Rúa, Genaro Carrió, José Vilanova, Enrique Aftalión.

Para la Egología, el Derecho es la conducta de los hombres, es en definitiva, aquella misma libertad con la que unos interfieren o pueden interferir en la conducta de los otros. Ésta tarea ha sido mostrada como la que media entre el *ser* propio de la naturaleza y el *deber* –o *deber ser*- característico del Derecho y de la Moral. Hasta la aparición de Cossio en la escena histórica, ésta diferencia aparece como categoría mental (tal como lo podemos encontrar en Kant y en Kelsen). Desde las categorías inauguradas por la filosofía existencial, la Egología señala una diferencia en el objeto y no de orden meramente conceptual entre las ciencias jurídicas y las ciencias naturales, siendo la vida humana en su libertad, para las primeras y la vida biológica, para las segundas. Para Cossio, el *deber ser* no es una *mera categoría mental* sino que la conducta existe como un *deber ser existencial*, puesto que el hacer del hombre es siempre un *proyecto que ha anticipado su futuro*¹¹³.

La Teoría Egológica encuentra su fundamento para el desarrollo de la Filosofía de la Ciencia del Derecho en la *fenomenología* de Husserl y la *filosofía existencial* de Heidegger, especialmente el concepto de *libertad metafísica* como rasgo esencial del hombre; además, de la constante preocupación epistemológica que heredó del pensamiento kantiano, y, en el plano estrictamente filosófico-jurídico, la teoría pura de Hans Kelsen que asimiló en su totalidad y redujo a pura lógica jurídica formal.

La fenomenología y la filosofía existencial aplicados al Derecho –en virtud de la asimilación de la teoría pura de Hans Kelsen- habrán de desembocar en una filosofía culturalista del Derecho que ostenta un procedimiento nítidamente kantiano

¹¹³ AFTALION, Enrique; GARCIA OLANO, F. y VILANOVA, José “Introducción al Derecho”, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1999, Pág. 854.

en tanto no acepta una Filosofía del Derecho a secas, sino únicamente una *Filosofía de la Ciencia del Derecho*¹¹⁴.

C. Tipologías de la interpretación

Como sostiene Wróblewski existen muchas clasificaciones y tipologías de la interpretación legal. Uno de los criterios sustentados a tales fines, es el de la “fuente de interpretación” que toma en consideración o identifica al sujeto que la realiza¹¹⁵.

Acorte a este criterio podemos particularizar:

1. *Interpretación legislativa* o también denominada auténtica en la cual el legislador interpreta el texto que ha promulgado.

Las denominadas definiciones legales, concebidas como determinación del significado de los términos utilizados en el acto normativo que contienen esas definiciones, son un caso de interpretación auténtica. De hecho el legislador al ser consciente de las dudas que podrían suscitar algunos de los términos que utiliza, fija de antemano su significado. Usualmente se acepta que la interpretación auténtica es tan válida como el mismo texto interpretado, a condición de que se mantenga la forma adecuada¹¹⁶.

Este tipo de interpretación puede llevarse a cabo en el mismo acto de dictarla, mediante disposiciones que mutuamente se aclaran (interpretación contextual), ya sea mediante una ley posterior. Un ejemplo típico de interpretación auténtica contextual lo constituyen los arts. 77 y 78 del Código Penal, en los cuales se dispone la forma de contar los plazos y el valor de ciertas palabras.

La ley penal interpretativa admite, en general, su aplicación a los casos producidos a partir de la vigencia de la interpretada, porque no puede ser más severa que ésta. Pero cuando dentro del marco de la ley interpretada, la nueva ley opta por una de las posibilidades represivas que aquella admite, desechando las otras,

¹¹⁴ COSSIO, Carlos, “Panorama de la teoría egológica del Derecho”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), Buenos Aires, año IV, número 13, 1949, Pág. 12.

¹¹⁵ WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Constitución y teoría general de la interpretación jurídica”, Cuadernos Civitas, Madrid 1985, Pág. 27.

¹¹⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Constitución y teoría general” cit. Pág. Cit.

funciona el principio de la ley más benigna incluso para los casos juzgados, porque el art. 2 del C. Penal, priva sobre el art. 4 del Código Civil que establece lo contrario¹¹⁷.

2. Interpretación doctrinaria

Es aquella interpretación del derecho que se realiza en las ciencias jurídicas en general y en la dogmática jurídica en particular. Entre las tareas típicas de la dogmática jurídica se encuentra la de la sistematización del derecho vigente, tarea que frecuentemente exige una interpretación de reglas legales correlacionada con la elaboración de conceptos jurídicos. La dogmática jurídica analiza también, en glosas y comentarios, la interpretación del derecho efectuada por los órganos estatales y especialmente la interpretación operativa, proponiendo su propia interpretación¹¹⁸.

Aunque su objetivo también es, en definitiva, lograr la mejor actuación de la ley penal, ella pone su técnica en la intelección de la ley en sí misma, para establecer el significado de las normas abstractas, sin la necesaria limitación de su aplicación al caso concreto. La mayor o menor posibilidad de su aceptación o rechazo, depende de la autoridad que le confiera la fundamentación de sus resultados¹¹⁹.

3. Interpretación judicial

Es la que realizan los jueces y está completamente vinculada a la aplicación de la ley vigente y es sobre todo para ella que tiene validez la doctrina sobre la interpretación.

La uniforme interpretación concreta de la ley vigente frente a casos jurídicamente idéntico, constituye jurisprudencia. La identidad de los casos se determina por la igualdad y no por la simple semejanza de las situaciones.

La jurisprudencia puede ser el resultado de la labor libre de los distintos tribunales o de una instancia superior obligatoria. En el país, la jurisprudencia puede ser impuesta por los acuerdos plenarios, vale decir, por la interpretación que de la ley penal hacen en abstracto todos los integrantes de las distintas cámaras o salas de un

¹¹⁷ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 136 y NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 91.

¹¹⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Constitución y teoría general” cit. Pág. 28.

¹¹⁹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. Cit. y NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 89.

tribunal de apelación. Esa interpretación es obligatoria para las cámaras o salas y los jueces en los casos posteriores. La constitucionalidad de estos acuerdos es cuestionable, por ser contrarios a la división de poderes (en cuanto el órgano judicial, mediante la obligatoriedad de su interpretación, establece la regla legal aplicable a los casos futuros) y desconocer el carácter supremo de la ley en sí misma¹²⁰.

La interpretación judicial de la ley en materia penal se concreta a lo que Soler define como *adecuación*¹²¹ del hecho al derecho, esto es al tipo penal, a los elementos y otras determinaciones de la figura delictiva. Dice sobre el particular el maestro: Toda ley, en efecto, debe por necesidad asumir la forma de un esquema abstracto. Las regulaciones legales solamente son posibles sobre la base de describir una situación o una conducta, señalando en ellas las notas que se consideran suficientes para fundar la consecuencia jurídica, unas cuantas notas relevantes. No toda predicación posible de un objeto o de una situación forma parte del concepto jurídico que se refiere a ese objeto o esa situación. La ley desecha mucho más de lo que recibe e incorpora a sus esquemas.... De esas normas, no fluye una corriente inagotable de predicaciones posibles; antes al contrario, el conocimiento jurídico consiste más bien en la precisión con que se capta la figura jurídica, descartando de ella lo inesencial, lo no constitutivo. En este respecto la diferencia entre el conocimiento predicativo y el conocimiento dogmático será muy profunda, ya que podrá propiamente decirse que aquél no responde a la ley derivada de la infinitud de lo real. Lo que aquí es necesario conocer es siempre un esquema¹²².

D. Métodos

La existencia de diversos métodos de interpretación, es una realidad atribuible a varias circunstancias que convergen al momento de la aplicación de una norma. Estas circunstancias se circunscriben a diversos factores que enunciaremos a continuación, aunque no de manera exhaustiva. Puede suceder y de hecho ocurre con bastante frecuencia que no comprendamos la extensión significativa de un término

¹²⁰ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. Cit. y NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. Cit.

¹²¹ Ver SOLER, Sebastián “Derecho Penal” cit. “Teoría de la adecuación”, Tomo II, Pág. 181 y ss.

¹²² SOLER, Sebastián “Las palabras de la ley”, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, Pág. 124.

(campo semántico) utilizado por el legislador en determinada norma en orden a *defectos de técnica legislativa*¹²³; a su *vaguedad*¹²⁴; a su *finalidad (telos)* moderada por el contexto histórico; etcétera.

Entre ellos que han sido empleados con mayor frecuencia podemos destacar:

1. Método exegético o gramatical.

Este método busca la voluntad real del legislador y lo hace a través de las palabras de la ley, atendiendo a su sentido idiomático, con arreglo a las circunstancias vividas por aquél. Es una interpretación literal, fundada en un método “totalmente empírico tendiente a establecer hechos, esto es, los pensamientos realmente pensados por ciertos hombres reales. Este método desconoce la verdadera naturaleza objetiva de la ley y su resultado es anquilosarla, sustrayéndola al efecto vivificador del sistema jurídico vigente y su proceso de reforma. Empero, aunque la voluntad del legislador no trasunte la voluntad de la ley, no podrá negarse su valor indicativo al respecto¹²⁵.

Por vía de la exégesis se cae en curiosas contradicciones, dice Soler: Mientras por una parte, la ley queda como solidificada en el pasado, por la otra, la investigación histórico-crítica deja siempre abierta la posibilidad de descubrir que el legislador pensaba de un modo diferente al que se había venido creyendo, y que así se presente de pronto otro pensamiento, también solidificado, que pretenda validez. Con lo cual la proclamada fijeza del derecho viene a quedar bastante mal parada¹²⁶.

2. Método histórico

¹²³ Así surge del dictamen del Procurador General de la Nación que la Corte hizo suyos en autos: “Suppa y Boado, Luis c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos” del 06/02/03, cuando dijo: El propósito de conceder un plazo final para que todos los que se crean con derecho al beneficio que instituye la ley 24.043 (Adla, LII-A, 30) y sus ampliatorias -a favor de detenidos a disposición del P.E.N durante el estado de sitio- puedan presentar sus requerimientos ante la autoridad administrativa, mediante la modificación de su art. 1º, no puede quedar desvirtuado por cierta imperfección de técnica legislativa que denotan sus términos, ya que es principio aceptado en materia de interpretación de las leyes que no debe suponerse falta de previsión o inconsecuencia en el legislador.

¹²⁴ Como lo expresó la Suprema Corte de la Provincia de Entre Ríos, sala I en lo penal, en autos: “Mendoza, Juan R.” del 04/06/03, publicado en La Ley Litoral, 2004 (febrero), 14, cuando dispuso: El alcance de la expresión “por cualquier vía” incorporada por la ley 25.087 (Adla, LIX-B, 1484) al art. 119 párr. 3º del Cód. Penal no ha sido suficientemente explícita para incriminar a la “*fellatio in ore*” como acceso carnal, pues la ambigüedad de una figura penal no autoriza a efectuar una interpretación analógica in malam parte, subsumiendo en ella una conducta no descripta en la misma.

¹²⁵ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 93.

¹²⁶ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 138.

Para averiguar el significado de la ley, esta interpretación recurre: a) A su nexo histórico, vale decir, a los hechos y valoraciones que la motivaron; b) a los fines que se pretendió alcanzar con ella; c) al proceso evolutivo de las fórmulas que emplea. Sus materiales son, a la par que los trabajos preparatorios de la ley (proyectos, exposiciones de motivos, discusiones), sus antecedentes de orden legislativo.

Las limitaciones de este procedimiento radican en su tendencia a indagar la voluntad del legislador, lo que presenta todos los peligros de la exégesis¹²⁷.

3. Método teleológico

Aparte del procedimiento idiomático e histórico, el significado de la ley puede alcanzarse a través de sus fines, esto es, de lo que la ley tiene en mira como valioso en el respectivo precepto. A este respecto tienen especial importancia los bienes protegidos en los distintos títulos, capítulos y tipos delictivos. El libre uso de este método, muy apreciado en Alemania, valiéndose de las “concepciones jurídicas generales, señaladas por la lógica cognitiva y emocional, y de las experiencias generales de la vida, de acuerdo con las investigaciones de la ciencia en los diferentes campos (ciencias naturales, técnica, medicina, historia, sociología, cultura, etc.), ha conducido a la libre interpretación creadora de derecho, con aportes extra o supralegales¹²⁸.

La escuela del derecho libre o bien concluye declaradamente en el anormativismo, o bien proclamando las excelencias de un derecho en el cual la pluralidad de fuentes de cognición es tan vasta, que entre ellas la ley queda diluida hasta el extremo de ser pasible de una efectiva derogación, sea por construcciones de tipo jusnaturalista, sea por gravitación de motivos culturales, sentimentales o de equidad¹²⁹.

4. Método sistemático

¹²⁷ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 93.

¹²⁸ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 94.

¹²⁹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 139.

Considera el derecho vigente como una totalidad que se basta a sí misma. Busca el significado de las leyes tomando en consideración la jerarquía y vinculación recíproca de sus normas, de sus instituciones y preceptos, así como la ubicación de los dos últimos en los títulos y capítulos de aquéllas. De ese modo, el procedimiento lógico en el cual se asienta, puede a la vez rectificar el valor idiomático de las fórmulas legales, ampliar o restringir la finalidad legislativa señalada por la exégesis y la consideración histórica del precepto jurídico.

El método sistemático, que es un procedimiento lógico, se sirve en general de argumentos y de medios técnicos. El “*argumentum a simile*” significa que lo que es aplicable a un principio o concepto lo es a otro semejante. El “*argumentum a contrario*” implica que dada la inexistencia de determinados presupuestos, su existencia tampoco determina cierta consecuencia. El “*argumentum a maiores ad minus*” deduce que un principio válido para una situación y comprendido en un concepto general, también vale para otros casos subordinados a ese concepto. El “*argumentum a fortiori*” significa que un principio válido para lo menos grave vale también para lo más grave. El “*argumentum ad absurdum*” deduce la incorrección de una hipótesis determinada, del hecho de que si fuera correcta habría que admitir algo que no lo sería desde cualquier punto de vista¹³⁰.

Hemos dicho que esa comprensión debe ser sistemática, y en ello va implícito que el derecho penal, no obstante sus características diferenciales, no forma una isla dentro del orden jurídico. Por eso sucede que una ley de muy distinta naturaleza (civil, comercial, etc.) y aún las ordenanzas administrativas, sean de la mayor importancia para esa interpretación¹³¹.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha estimado preponderante el método sistemático puesto que tiene en consideración tanto las normas constitucionales, cuanto las sustantivas y procesales relativas a un caso a resolver, por sobre la tésis gramatical y aislada de la ley en cuestión¹³².

¹³⁰ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 95.

¹³¹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 143.

¹³² Autos: “MIRANDA, Raúl Armando p.s.a. homicidio culposo, etc. -Recurso de Casación-”, Sentencia n° 113 del 10/12/01, donde cita esclarecida doctrina alusiva: Sebastián Soler, “*Interpretación de la Ley*”, Ariel, Barcelona, 1962, p. 110 y ss.; el mismo, en “*Derecho Penal Argentino*”, T.E.A., Buenos Aires, 1970, T. I, p. 141 y ss.; Carlos Fontán Balestra, “*Tratado de Derecho Penal*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, T. I, p. 232; Ricardo C. Núñez, “*Manual de*

En relación al proceso de interpretación sistemático al que se ha aludido precedentemente, es necesario efectuar algunas precisiones. El Código Penal es un cuerpo normativo compuesto de dos partes o libros: La primera (arts. 1 al 78) contiene disposiciones generales, esto es, las reglas que se han de observar a los fines de la correcta aplicación de los delitos en particular. En el Libro Segundo (Parte Especial) están contenidos los delitos en particular pero no de un modo errático, están ordenados en una distribución que responde a Títulos, Capítulos y Artículos, si bien no es una regla inexorable. Los Títulos de la Parte Especial representan el bien jurídicamente protegido y son a saber: I) Persona; II) Honor; III) Honestidad; IV) Estado civil; V) Libertad; VI) Propiedad; VII) Seguridad Pública; VIII) Orden Público; IX) Seguridad de la nación; X) Poderes públicos y orden constitucional; XI) Administración pública; XII) Fe pública.

Los Capítulos sintetizan el modo genérico de afectar ese bien y finalmente los artículos constituyen la manera específica de la ofensa.

E. Implicancias de la utilización de los métodos de interpretación de la ley

La interpretación no debe extender las secuelas represivas del delito más allá del límite del particular hecho punible y de la pena respectiva. En lo que atañe al hecho punible y lo mismo puede decirse respecto de la aplicación de la pena o de una medida de seguridad, la interpretación debe tender a conservar en lo posible su significación literal (interpretación restrictiva), pero en la tarea de atribuir a la fórmula legal su verdadero sentido jurídico, se puede ampliar o restringir esa literalidad.

Así surgen como consecuencia de la aplicación de los diversos métodos de interpretación lo que Jiménez de Asúa denomina interpretación declarativa, restrictiva y extensiva de la ley penal.

Sostiene al respecto el citado autor: La interpretación es *declarativa* cuando la eventual duda del juez se resuelve con exacta correspondencia entre letra y espíritu.

Derecho Penal: Parte General”, Lerner, Córdoba, 1999, ps. 76, 77 y 216); Jorge de la Rúa, “*Código Penal argentino: Parte General*”, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 1167; Justo Laje Anaya-Enrique Alberto Gavier, “*Notas al Código Penal Argentino*”, Lerner, Córdoba, 1994, T. I, p. 409; Marcelo J. Sayago, “*Suspensión del juicio a prueba: Aspectos conflictivos*”, Lerner, Córdoba, 1996, p. 110).

No se da a la fórmula legal ni resultado más amplio ni más restringido del que aparece en la *verba legis*¹³³.

En la *interpretación restrictiva* se reduce el alcance de las palabras de la ley por entender que su pensamiento y voluntad no consienten atribuir a su letra todo el significado que en ella podía contenerse¹³⁴.

La interpretación extensiva, concluye el escritor español, existe cuanto el intérprete cree que se debe ampliar el alcance de las palabras legales para que la letra corresponda al espíritu y voluntad del texto¹³⁵.

Limitaciones

La literalidad histórica de la fórmula definidora del hecho punible puede ser superada sin mengua del principio de legalidad, por el enriquecimiento idiomático de sus conceptos de acuerdo con el proceso lingüístico, científico, técnico, económico, etc. (interpretación progresiva)¹³⁶.

Con relación al principio *in dubio pro reo*, existen opiniones discrepantes que consideramos oportuno destacar:

Para Nuñez, admitido este principio en lo referente a la prueba de la responsabilidad penal, también vale como criterio rector de la interpretación de la ley penal. Esta afirmación encuentra sustento en la posibilidad innegable de que, así como la valoración de la prueba de la causa puede conducir a la incertidumbre sobre la responsabilidad del acusado, la interpretación tampoco está libre de llevar a la misma situación en lo que respecta a la voluntad de la ley. La restricción interpretativa por duda no sólo opera para evitar la aplicación analógica de la ley penal o su extensión interpretativa más allá del marco real del hecho, sino también, en la situación de incertidumbre del ánimo sobre la pena referible a él¹³⁷.

Por su parte Soler opina: El precepto *in dubio pro reo*, válido en materia probatoria no lo es como principio de interpretación.

¹³³ JIMENEZ DE ASUA, Luis "Principios del Derecho Penal" cit., Pág. 116.

¹³⁴ JIMENEZ DE ASUA, Luis "Principios del Derecho Penal" cit., Pág. Cit.

¹³⁵ JIMENEZ DE ASUA, Luis "Principios del Derecho Penal" cit., Pág. 117.

¹³⁶ NUÑEZ, Ricardo C. "Manual de Derecho Penal..." cit. Pág. 96.

¹³⁷ NUÑEZ, Ricardo C. "Manual de Derecho Penal..." cit. Pág. 97.

La sistemática aplicación de ese principio importaría tanto como negar toda interpretación, pues, bastaría demostrar en el caso la posibilidad de varias interpretaciones, para que se impusiera necesariamente al juez una sola como posible: La más favorable, aún no siendo la más conforme con la voluntad de la ley.

Debe rechazarse la clasificación de la interpretación en benigna o perjudicial, de la que tan inconsistente uso ha hecho en materia criminal, ya sea con un deliberado propósito pietista, ya sea y esto es lo más común, por pereza mental y poca adhesión a la ley, a la que frecuentemente se presume rigurosa en exceso y equivocada¹³⁸.

II. Aplicación de la ley penal

La determinación del ámbito espacial de aplicación de la ley penal es el resultado de un conjunto de principios jurídicos que fijan el alcance de la validez de las leyes penales del estado con relación al espacio.

Es, pues, erróneo estudiar este tópico como si en él se tratara de los “efectos de la ley penal con relación al territorio”, porque el ámbito espacial de validez de un orden jurídico es mucho más amplio que el territorio -en sentido estricto- delimitado por las fronteras. Estas significan únicamente una limitación regular, más no absoluta, del ámbito de validez. Además el propio concepto de territorio no es un concepto natural, sino jurídico¹³⁹.

Los preceptos sobre el asunto contenidos en los códigos penales no son reglas de Derecho penal propiamente dicho que contengan delitos y penas, sino reglas que delimitan la aplicación del Derecho penal de cada Estado, teniendo en cuenta el sitio o lugar de realización material y los efectos de los hechos que él califica como delictuosos¹⁴⁰.

En este orden de ideas debemos destacar que la aplicación de la ley penal argentina ya sea en el espacio, en el tiempo o con relación a determinadas personas, depende a su vez, de la inexistencia de Tratados suscriptos por nuestro país con naciones extranjeras, que modifiquen los principios establecidos en el derecho

¹³⁸ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 144.

¹³⁹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 148.

¹⁴⁰ NUÑEZ, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal” cit. Tomo I, Pág. 156.

interno¹⁴¹. Ello resulta del orden jerárquico de las leyes fijado en el art. 31 de la Const. Nacional, tal como ocurre, según veremos, con el Tratado de Montevideo de 1889, el de 1940; el Tratado del Río Uruguay, el Tratado del Río de la Plata y el Tratado Antártico, entre otros.

A. Validez espacial de la ley penal

A.1. Principio territorial

El principio territorial es aquél según el cual la ley penal se aplica exclusivamente a los hechos cometidos dentro de los límites del territorio de un estado. En dichos límites la ley penal se aplica al autor del hecho independientemente de la condición de nacional o extranjero, de domiciliado o transeúnte (art. 1° del C. Civil) y prescindiendo también de las pretensiones punitivas de otros estados¹⁴².

Dispone el art. 1 del C. Penal: *“Este Código se aplicará: 1. Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción; 2. Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo”*.

Los precedentes legislativos de la citada norma son los arts. 1 y 2 del Proyecto de Tejedor; 44 y 45 del Proyecto Villegas, Ugariza y García; los arts. 1, 2 y 3 del Proyecto de 1891 y el art. 1 de los Proyectos de 1906 y el de 1916.

Entonces conforme lo establecido por el art. 1 del C. Penal y el art. 1 de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, la ley penal argentina adopta a los fines de su aplicación el *principio territorial* y el *real, de protección o de defensa*, según veremos oportunamente .

En materia de delitos locales el C.P.P.Cba., establece: “Será competente el Tribunal del lugar en que el hecho se hubiera cometido. En caso de tentativa, el del lugar donde se cumplió el último acto de ejecución; en caso de delito continuado o permanente, el de aquel donde comenzó a ejecutarse (art. 43); Si fuere desconocido o dudoso el lugar donde se cometió el hecho, será competente el Tribunal del lugar

¹⁴¹ Conf. **FIERRO**, Guillermo J. “La ley penal y el derecho internacional”, Ed. Depalma, Buenos Aires 1976, Pág. 112.

¹⁴² **SOLER**, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 191.

donde se estuviere practicando la investigación o, en su defecto, el que designe el Tribunal jerárquicamente superior” (art. 44).

A.1.a. Concepto de territorio

El de territorio es un concepto jurídico y no un concepto natural. El principio según el cual la ley penal vale solamente dentro del territorio, si bien es el dominante en la materia que tratamos, no es suficiente para fundar y explicar el alcance espacial de la ley penal puesto que sufre una serie de excepciones reales determinadas por la aplicación de otros principios. Esas excepciones no tienen un carácter meramente doctrinario, sino jurídico positivo y arraiga en el texto mismo de la Constitución que se refiere a los delitos cometidos fuera de los límites de la nación, contra el derecho de gentes (art. 102); en tratados que son ley suprema y finalmente en otras leyes dictadas por el Congreso¹⁴³.

Geográficamente el territorio argentino abarca el que correspondía al Virreinato del Río de la Plata, menos todas aquellas desmembraciones que tuvieron lugar a lo largo de la historia. Salvo el litigio que aún tenemos pendiente con el Reino Unido por las Islas Malvinas, Shetland, Georgia y Sandwich del sur, se han resuelto casi todas las demás controversias limítrofes, a excepción, claro está, de nuestros reclamos por los territorios antárticos¹⁴⁴.

Desde el punto de vista jurídico entonces que entendemos por *territorio argentino* la extensión de tierra comprendida dentro de los límites histórica y geográficamente fijados y de acuerdo con los tratados suscriptos por la República con las naciones limítrofes, a toda su profundidad (art. 2518 del C. Civil)¹⁴⁵. Cuando el límite geográfico es un río, la línea divisoria se determina por la vaguada o Thalweg (cauce más profundo), salvo el caso de mediar convenios internacionales que establezcan otra forma de división, como ocurre con el Río Uruguay y Río de la Plata, según veremos.

Con relación a los macizos montañosos, dos son los principios generalmente aceptados: *la línea de las altas cumbres* y *la de la divisoria de aguas*. Según el

¹⁴³ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 190.

¹⁴⁴ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 201.

¹⁴⁵ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 194, NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 81. Lo destacado es nuestro.

primero, se sigue la línea que une los picos más altos del sistema; con arreglo al segundo, *la distinta dirección* de la corriente de los ríos que descienden de la montaña determina la pertenencia del territorio. Ambos principios fueron utilizados para fijar la línea de frontera que separa a Chile de la Argentina¹⁴⁶.

La cuestión limítrofe con la República Oriental del Uruguay fue zanjada mediante el Tratado del Río Uruguay firmado por ambos países el 7 de abril de 1961¹⁴⁷. En el citado instrumento legal se establece como límite entre ambas naciones una línea aproximadamente normal a las dos márgenes del Río que pase por las proximidades de la punta sud oeste de la isla Brasilera hasta el paralelo de Punta Gorda que quedará fijada de la siguiente forma:

1. Desde la línea anteriormente mencionada que pasa por las proximidades de la punta sudoeste de la isla brasilera hasta la zona del Ayuí (perfil donde se construirá la presa de Salto Grande) el límite seguirá la línea media del cauce actual de río y hará las inflexiones necesarias de modo tal que queden bajo jurisdicción Argentina las siguientes islas e islotes: Islote Correntino, isla Correntina, isla Tracumbú, islotes Itacumbú (dos), islas Timboy (dos) e islote del Infiernillo. Las inflexiones se suprimirán cuando por efecto de las obras de la Presa de Salto Grande queden sumergidas las islas e islotes que motivaron esas inflexiones.

2. Desde el Ayuí hasta un punto situado en la zona de bifurcación de los canales de la Filomena y del Medio, el límite seguirá la línea que corre coincidentemente con el eje del Canal Principal de Navegación.

3. Desde el punto situado en la zona de bifurcación de los canales de la Filomena y del Medio hasta un punto situado en la zona en que estos canales confluyen, el límite también se bifurcará en dos líneas:

a) Una línea correrá coincidentemente con el eje del Canal de la Filomena (Canal Principal de Navegación) y será el límite al solo efecto de la división de las aguas; quedando bajo la jurisdicción Argentina las aguas situadas al occidente de esta línea.

b) Otra línea correrá por el Canal del Medio y será el límite al solo efecto de la división de las islas, quedando bajo jurisdicción uruguaya y con libre y permanente acceso a las misma, las islas situadas al oriente de ésta línea y bajo jurisdicción Argentina las islas situadas al occidente de ésta línea.

4) Desde el punto en que confluyen los canales de la Filomena y del Medio hasta el paralelo de Punta Gorda las líneas se unirán nuevamente en una única línea limítrofe a todos los efectos, que correrá coincidentemente con el eje del Canal Principal de Navegación.

Luego y en virtud de la delimitación pactada por ambos países y consignada en los Puntos 2, 3 y 4 del párrafo precedente quedaron bajo jurisdicción argentina las

¹⁴⁶ FONTAN BALESTRA, Carlos "Derecho Penal..." cit. Pág.126.

¹⁴⁷ "http://es.wikisource.org/wiki/Tratado_del_R%C3%ADo_Uruguay_%281961%29

siguientes islas e islotes: Isla Pelada, isla San José, isla Pepeají, islote pospos, islote sin nombre (150 m. al sur isla Pepeají), isla Boca Chica, isla de Hornos, isla Caridad, isla Florida, isla Pelada (al norte y a 600 m isla Almirón), isla Oriental, isla del Puerto, islote sin nombre (Calderón, entre C. del Uruguay e isla del Puerto), isla Cambacuá, isla sin nombre (Garibaldi al noreste del punto norte isla Cambacuá), isla Canarias, isla del Tala, islote sin nombre (adyacente al este de isla del Tala, arroyo Raigón), isla Bilardebó, isla Dolores, isla Montaña, isla Dos Hermanas (tres), isla San Miguel, islote Osuna, isla Campichuelo, islote sin nombre (adyacente este de la punta sur isla Dolores), isla San Genaro, isla Corazón, isla Colón Grande, isla Tambor, isla Colón Chica, isla Cupalén, isla sin nombre (al este punta sur isla Colón Chica y Volantín), isla sin nombre (entre Cupalén y punta norte isla Rica), isla Rica, isla Volantín, isla Bonfiglio, isla del Jaula del Tigre, isla sin nombre (Clavel, al oeste y parte media de isla Jaula del Tigre), isla sin nombre (adyacente al este de la punta sur de isla Rica), isla San Lorezo, isla Joanicó (dos), isla García, isla Mazones, islote Redondo, isla Boca Chica, isla sauzal, islas sin nombre (cuatro, al norte de isla sauzal e isla Inés Dorrego).

En lo concerniente al Río de la Plata¹⁴⁸, el diferendo suscitado con la República Oriental del Uruguay quedó resuelto en forma definitiva mediante el *Tratado del Río de la Plata* firmado en Montevideo el 19 de noviembre de 1973 y puesto en vigencia a partir del 12 de febrero de 1974, habiendo sido ratificado por la Argentina por ley 20.645. El artículo uno del instrumento legal citado determina su límite exterior en la línea imaginaria de 219 km que une Punta del Este (República Oriental del Uruguay) con Punta Rasa del Cabo San Antonio (República Argentina), de conformidad a lo dispuesto en el Tratado de límites de Uruguay del 7 de abril de 1961 y en la Declaración Conjunta sobre el límite exterior del Río de la Plata del 30 de enero de 1961.

El art. 2 del Tratado establece una franja de jurisdicción exclusiva adyacente a las costas de cada parte del Río. Esta franja costera tiene una anchuela de 7 millas marinas entre Colonia (República oriental del Uruguay) con Punta Lara (República Argentina) y desde esta última línea hasta el paralelo de Punta Gorda, tiene una anchura de 2 millas marinas. Sin embargo sus límites exteriores harán las inflexiones necesarias para que no sobrepasen los veriles de los canales en las aguas de uso común y para que queden incluidos los canales de acceso a los puertos.

¹⁴⁸ Estuario creado por el Río Paraná y el Río Uruguay, formando sobre la costa atlántica de América del Sur una "muesca" triangular de 290 Km de largo. La cuenca combinada del Río de la Plata y sus afluentes tiene una superficie de aproximadamente 3.200.000 de km². Corre de noroeste a sureste y mide 48 km de ancho en el punto que se toma como origen, llamado "Paralelo de Punta Gorda".

La Isla Martín García –art. 45 del Tratado- aún cuando encuentra situada en *aguas de uso común*, quedó bajo jurisdicción argentina habiéndole asignado ambos países firmantes la función de *Reserva natural*. Después de su proceso de desmilitarización pasó en el año 1985 a depender de la Provincia de Buenos Aires, siendo el Ministerio de Gobierno, a través de la Dirección de Islas, el encargado de la administración, desarrollo y manejo integral de la misma. Mientras que el Ministerio de Recursos naturales, es el organismo responsable de las tareas de protección, conservación y manejo del patrimonio natural.

Forman también parte del territorio las aguas interiores del mismo (arts. 1 y 2 de la Ley n° 23.968). En ellas el estado posee competencia legislativa, administrativa y jurisdiccional. La razón principal por la que los estados ribereños han controlado rigurosamente el acceso a sus aguas interiores es que esta agua se encuentra en íntima relación con la tierra y permiten un fácil acceso a ella, con los riesgos consiguientes para su seguridad. En otros términos, el concepto de aguas interiores se concibe como una extensión del territorio, afectando a las aguas de puertos, bahías y estuarios, es decir, a aguas estrechamente ligadas y subordinadas al dominio terrestre¹⁴⁹.

A.1.b. Jurisdicción territorial sobre el mar

La concepción clásica de mar era la de una *res communis omnium*, cuya propia naturaleza impedía que fuera objeto de ocupación o posesión. De modo que el espacio marino no sometido a la soberanía estatal y denominado genéricamente alta mar, a saber, todo el que quedaba fuera de las entonces reducidas aguas interiores y al mar territorial, gozaba de un régimen de libertad de uso regido por el principio de *mare liberum*, ejerciendo cada estado la jurisdicción exclusiva sobre los buques de su pabellón¹⁵⁰.

Ahora bien, el art. 1° de la Ley 23.968¹⁵¹, adopta el criterio de *línea de base* para la República Argentina, a los fines de medir sus espacios marítimos, entendiendo por tal, la línea imaginaria que une los cabos que forman las bocas de

¹⁴⁹ **DIEZ DE VELAZCO VALLEJO**, Manuel “Instituciones de Derecho Internacional Público” Undécima Edición, Ed. Tecnos, Madrid 1997, Pág. 378.

¹⁵⁰ **DIEZ DE VELAZCO VALLEJO**, Manuel ob. Cit. Pág. 373.

¹⁵¹ Sancionada el 10/09/1991; B.O. 05/12/1991.

los golfos San Matías, Nuevo y San Jorge, tal cual lo establece el art. 1 de la Ley n° 17.094 y la línea que marca el límite exterior del Río de la Plata, según los artículos 1 y 70 del Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo del 19 de noviembre de 1973. Las aguas situadas en el interior de las líneas de base, forman parte de las aguas interiores de la República Argentina, criterio este aceptado por el derecho internacional.

Debemos distinguir línea de base normal y línea de base recta. *Línea de base normal* es “la línea de bajamar a lo largo de la costa” (art. 3 del Convenio de 1958), es decir, aquella que sigue el trazado actual de la costa en marea baja.

La *línea de base recta*, constituye una excepción a la línea de bajamar y consiste en el trazado de líneas rectas que unan los puntos de referencia apropiados de la costa, cuando ésta tenga profundas aberturas y escotaduras, o haya una franja de islas a lo largo de ella situadas en su proximidad inmediata, pudiendo tenerse en cuenta sólo para el trazado de determinadas líneas los intereses económicos de la región si su realidad e importancia están demostradas por un prolongado uso de las aguas¹⁵².

Pero la validez jurídica de este trazado depende de que se cumplan los siguientes requisitos: 1) Las líneas rectas no deben apartarse de forma apreciable de la dirección general de la costa; 2) Las zonas de mar encerradas por esas líneas, situadas entre éstas y la tierra firme, deben estar suficientemente vinculadas al dominio terrestre para someterlas al régimen de las aguas interiores; 3) Las líneas rectas no pueden trazarse hacia o desde elevaciones que emerjan en la bajamar, a menos que se hayan construido sobre ellas faros o instalaciones análogas que se encuentren constantemente sobre el nivel del agua; 4) El trazado de líneas rectas no puede aislar del alta mar o zona económica exclusiva el mar territorial de otro Estado; 5) La delimitación deberá publicarse en cartas marinas y el ribereño les dará adecuada publicidad, en particular depositando ejemplares de las mismas en la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas¹⁵³.

A.1.b.1. Mar Territorial.

¹⁵² Conf. **DIEZ DE VELAZCO VALLEJO**, Manuel ob. Cit. Pág. 386.

¹⁵³ **DIEZ DE VELAZCO VALLEJO**, Manuel ob. Cit. Pág. 387.

Tal expresión designa una franja de mar adyacente al estado ribereño y ha sustituido otras designaciones como las de “aguas jurisdiccionales” ó “territoriales. Se extiende hasta una distancia de doce (12) millas marinas a partir de las líneas de base establecidas en el artículo 1 de la Ley 23.968.

En los términos del artículo 3 de la norma citada, la Nación Argentina posee y ejerce soberanía plena sobre el mar territorial, así como sobre el espacio aéreo, el lecho y el subsuelo de dicho mar, a excepción del denominado “*paso inocente*” de naves extranjeras que supone un derrotero lento, pacífico y seguro para los intereses del estado costero.

Se llama “*paso inocente*” a la navegación efectuada por el mar territorial de un estado ribereño ya sea para atravesarlo sin penetrar en las aguas interiores, ya sea para dirigirse hacia estas aguas, ya sea para dirigirse hacia el alta mar viniendo de ellas¹⁵⁴.

El paso deja de considerarse inocente cuando:

a) Constituya una amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política del Estado ribereño; b) Mediante cualquier otra forma viole los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Se lleve a cabo cualquier ejercicio o práctica con armas de cualquier clase; d) Implice cualquier otro acto destinado a obtener información en perjuicio de la defensa o seguridad del estado ribereño; d) Se materialice cualquier acto de contaminación intencional o grave contrario a la Convención de Montego Bay; e) Mediante él se practique el lanzamiento, recepción o embarque de aeronaves, recepción o embarque de depósitos militares; f) Sea realizado para embarcar o desembarcar productos, monedas o personas, en contra de las leyes o reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño; g) Se lleve a cabo cualquier actividad pesquera, de investigación o de levantamientos hidrográficos; h) Se materialice en cualquier acto destinado a perturbar los sistemas de comunicación o cualesquiera otros servicios o instalaciones

¹⁵⁴ Convención de Ginebra de 1958.

del estado ribereño; i) Desarrolle cualesquiera otra actividad no directamente relacionada con el paso¹⁵⁵.

A.1.b.2. Zona contigua

Se extiende más allá del límite exterior del mar territorial, hasta una distancia de veinticuatro (24) millas marinas medidas a partir de las líneas de base. La Nación Argentina en ejercicio de su poder jurisdiccional podrá en esta zona prevenir y sancionar las infracciones a sus leyes y reglamentos en materia fiscal, sanitaria, aduanera y de inmigración, que se cometan en su territorio o en su mar territorial (Ley n° 23.968, art. 4°).

A.1.b.3. Zona económica exclusiva

Es el área situada fuera del mar territorial y adyacente a éste cuya anchura máxima aceptada es de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base, en la cual la Nación Argentina ejerce derechos de soberanía para los fines de la exploración y explotación (Ley n° 23.968, art. 5°) de recursos en la superficie y la masa líquida. En el ejercicio de dicho derecho se puede fijar montos máximos de capturas permisibles según el concepto de biomasa (cantidad y calidad de individuos de cada especie necesaria para el mantenimiento del recurso) por medio de acuerdos de pesca con terceros estados donde se establezca el pago de un canon de acuerdo a los recursos que se autorice a explotar.

A.1.b.4. Plataforma continental

La Convención de 1982 en su artículo 76.1, establece que “la plataforma continental en un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia”.

¹⁵⁵ Conf. LAJE ANAYA-GAVIER “Notas al Código Penal” Ed. Lerner Córdoba 1ra. Reimpresión 1996, tomo I, Pág. 16.

Los Estados ribereños sobre la plataforma continental ejercen derechos de soberanía a los efectos de la exploración y explotación de los recursos naturales. Los recursos naturales afectados son los minerales y en general, todos los recursos no vivos, así como los recursos vivos que pertenezcan a “especies sedentarias” o que mantengan un “constante contacto físico” con el lecho de la plataforma continental (arts. 22.4 del Convenio de 1958 y 77.4 de la convención de 1982)¹⁵⁶.

Como derechos exclusivos señalaremos el “de construir, así como el de autorizar y reglamentar la construcción, operación y utilización” de islas artificiales, instalaciones y estructuras sobre la plataforma continental, y establecer zonas de seguridad en torno a ellas y también “autorizar y regular las perforaciones que con cualquier fin se realicen en la plataforma continental” (art. 5.2 a 4 del Convenio y 80 de la Convención en relación con el 60 y el 81); sin olvidar la explotación del subsuelo mediante la excavación de túneles (arts. 7 del Convenio y 85 de la Convención)¹⁵⁷.

La superposición de los regímenes de la plataforma y zona económica como consecuencia de su idéntica extensión en la mayoría de los casos (200 millas), coincidencia perfeccionada por el art. 56.1, a) de la Convención de 1982 que prescribe en la zona económica exclusiva a favor del ribereño. De modo que la coincidencia normativa de los derechos que se ejercitan en la zona económica exclusiva respecto de los que se ejercitan en la plataforma continental es total a simple vista; sólo la salva el párrafo 3º del mismo art. 56, al advertir que los “derechos enunciados en este artículo con respecto al lecho del mar y subsuelo se ejercerán de conformidad con la Parte VI”. Dicha coincidencia permite salvaguardar mejor los intereses de los estados sin plataforma o de plataforma escasa, ya que no hace depender en absoluto de esa circunstancia geográfica el ejercicio de sus derechos económicos sobre los recursos vivos y no vivos del lecho y subsuelo del mar adyacente a sus costas, al otorgarles la Convención iguales derechos en otra sede o instituto (la zona económica exclusiva)¹⁵⁸.

¹⁵⁶ DIEZ DE VELAZCO VALLEJO, Manuel ob. Cit. Pág. 418.

¹⁵⁷ DIEZ DE VELAZCO VALLEJO, Manuel ob. Cit. Pág. Cit.

¹⁵⁸ DIEZ DE VELAZCO VALLEJO, Manuel ob. Cit. Pág. 419.

A.1.b.5. Territorio flotante

Se entiende también por territorio argentino, el denominado territorio flotante, constituido por toda construcción flotante destinada a navegar por agua (buque) bajo pabellón argentino (Ley 20.094), entre las cuales debemos distinguir:

a) Las naves públicas: Son aquellas afectadas al servicio del poder público, mientras el resto, aun cuando fueran de propiedad del Estado, son privados. Es entonces, la función o la afectación a una función pública lo que en definitiva determina su carácter de buque público. Debe agregarse que la citada ley de navegación excluye expresamente de su régimen (art. 4º), a los buques militares y de policía, los cuales, obviamente, para el derecho internacional revisten inequívocamente la calidad de públicos¹⁵⁹.

La ley argentina se aplicará a todo tipo de hechos cometidos a bordo de buques públicos, cualquiera sea el lugar en donde ellos se encontraren¹⁶⁰. En tal sentido, los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, art. 9, establecen: “Los delitos perpetrados a bordo de los buques de guerra de un Estado que se encuentren en aguas territoriales de otro, se juzgan y penan con arreglo a las leyes del Estado a que dichos buques pertenezcan. También se juzgan y penan según las leyes del país a que los buques de guerra pertenecen, los hechos punibles ejecutados fuera del recinto de estos por individuos de su tripulación o que ejerzan algún cargo en ellos, cuando dichos hechos afectan principalmente el orden disciplinario de los buques. Si en la ejecución de los hechos punibles solo intervinieren individuos no pertenecientes al personal del buque de guerra, el enjuiciamiento y castigo se verificará con arreglo a las leyes del Estado en cuyas aguas territoriales se encuentra el buque”.

b) Las naves privadas. En lo concerniente a este tipo de embarcaciones, la ley del pabellón que enarbolan se aplica en aguas propias, en alta mar o durante el “paso inocente” en mar territorial extranjero¹⁶¹.

¹⁵⁹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 206.

¹⁶⁰ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. Cit.; NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 83.

¹⁶¹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. Cit.; NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 83.

Además deben consignarse con relación a los buques privados, otras excepciones que pueden tener lugar en alta mar y que derivan de la Convención de Ginebra del 29 de abril de 1958 sobre el Mar Territorial y Zona Contigua y ellas se presentan cuando el Estado ribereño persigue a un buque mercante extranjero que haya violado su ley en aguas interiores de dicho país y lo apresa para someter al responsable a su jurisdicción; o cuando un buque navega ilegítimamente bajo su pabellón o navega sin pabellón alguno¹⁶².

Quedan entonces fuera de la jurisdicción argentina los delitos cometidos en alta mar o en aguas neutrales, ya sea a bordo de buques de guerra o mercantes. Éstos se juzgan y penan por las leyes del Estado a que pertenece la bandera del buque (Tratado de Montevideo de 1889, art. 8). El Tratado de Montevideo de 1940, art. 8, utiliza la expresión “ley del pabellón”. El artículo 10, primer párrafo, de esta misma norma internacional establece: Los delitos cometidos a bordo de buques que no sean de guerra, serán juzgados y penados por los jueces o tribunales y leyes del Estado en cuyas aguas territoriales se encontraba el buque a tiempo de perpetrarse la infracción.

A.1.c.1. Espacio aéreo

No es ilimitado, esto es, no podemos afirmar como se hacía antes, que su extensión llega hasta el infinito puesto que, por encima de éste se encuentra el espacio exterior sometido a un régimen legal internacional diferente¹⁶³.

La problemática que este régimen presenta muestra dos facetas principales. La delimitación del “espacio aéreo” del espacio exterior, extraterrestre, interplanetario o extraatmosférico y el correspondiente régimen legal que a cada uno corresponde asignar. Con relación al primer aspecto, podemos señalar sucintamente que prevalece el criterio propuesto por la international Law Association en la conferencia celebrada en 1968 en la ciudad de Buenos Aires, donde convencionalmente se acordó que el espacio exterior comienza a la altura y por encima del perigeo mínimo alcanzado hasta el día 27 de enero de 1967 por cualquier satélite puesto en órbita. Dicha fecha corresponde a la de la firma en forma simultánea en Londres, Washington y Moscú de la convención destinada a regular la

¹⁶² SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. Cit.

¹⁶³ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 204.

exploración y uso del espacio extraterrestre (“On the principles governing the activities of States in the exploration and use of outer space, including the moon and other celestial bodies”); convención de las Naciones Unidas que se encuentra actualmente en vigencia y ha sido ratificada por más de ochenta Estados, incluyendo a los Estados Unidos y a la Unión Soviética. Consecuentemente, *puede señalarse que la altura aproximada del espacio aéreo oscila entre los 100 a 110 kilómetros*, por debajo de la cual ningún satélite puede ser mantenido en órbita. El régimen legal que la comunidad de las naciones ha impuesto para la exploración y uso del espacio exterior es similar al vigente para la alta mar¹⁶⁴.

En cuanto a la regulación del “espacio aéreo” propiamente dicho, prevalece en todos los tratados y en la legislación comparada, el criterio de reconocer en tiempos de paz la soberanía del Estado subyacente sobre el espacio aéreo que se encuentra sobre su territorio y mar contiguo, incluyendo la zona económica exclusiva; pero no de un modo absoluto, ya que conviene a todos los Estados respetar y establecer el trazado de rutas aéreas internacionales dedicadas al tráfico pacífico de personas y cosas, tráfico que está reglamentado de un modo más o menos uniforme en las dos grandes convenciones del derecho aeronáutico celebradas en París (1919) y en Chicago (1944)¹⁶⁵.

Como principio general el art. 11 del Tratado de Montevideo de 1940, establece: Los delitos cometidos a bordo de aeronaves, buques de guerra o mercantes, en las condiciones previstas por los artículos 2^o¹⁶⁶ y 3^o¹⁶⁷, serán juzgados y penados con arreglo a lo que estatuyen dichas disposiciones.

Pero a su vez, la aplicación de la ley penal en el espacio aéreo está condicionada a la aplicación del Código aeronáutico (Ley 17.285) a punto tal que algunos autores han llegado a sostener la existencia de verdaderos “delitos

¹⁶⁴ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. Cit. Lo destacado es nuestro.

¹⁶⁵ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 205; NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 82.

¹⁶⁶ **Artículo 1º.** Los delitos, cualquiera sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado, se juzgan por los tribunales y se penan por las leyes del Estado en cuyo territorio se perpetraron.

¹⁶⁷ **Artículo 2º.** En los delitos que afecten a dos o más Estados, cometidos por uno o varios delincuentes, serán competentes los jueces o tribunales del lugar en donde hayan sido consumados, debiendo aplicarse en el respectivo proceso las leyes locales. Si el delito se hubiere consumado en más de un país, serán competentes los tribunales y se aplicarán las leyes del Estado que hubiere tomado conocimiento judicial en primer término.

aeronáuticos” en cuyo campo se describen figuras delictivas y/o faltas derivadas del fenómeno aviatorio¹⁶⁸.

Entonces, de acuerdo al ordenamiento jurídico aludido, se presentan distintas situaciones que es necesario aclarar:

a) A los delitos cometidos en una *aeronave privada argentina*, se aplicará la ley nacional cuando: 1) El delito se produzca en vuelo sobre territorio argentino o sus aguas jurisdiccionales o donde ningún otro estado ejerza soberanía; 2) Cuando el delito afecte un interés legítimo del estado argentino o de personas domiciliadas en él; 3) Cuando el primer aterrizaje posterior a la comisión del delito se haya producido en territorio nacional¹⁶⁹.

b) A los delitos cometidos en una *aeronave privada extranjera* en vuelo sobre territorio argentino o sus aguas jurisdiccionales se aplicará la ley nacional: 1) Cuando se infrinja con el hecho si tales delitos infringen leyes de seguridad pública, militares o fiscales; 2) Cuando vulneren leyes o reglamentos de circulación aérea; 3) Cuando se comprometa la seguridad, el orden público o afecte el interés del Estado o de las personas domiciliadas en él; o se hubiese realizado en la República el primer aterrizaje posterior al delito, si no mediare pedido de extradición; 4) Cuando tenga lugar en el país el primer aterrizaje posterior a la comisión del delito¹⁷⁰.

Concordantemente el art. 15 del Tratado de Montevideo de 1940, establece: “Los delitos cometidos a bordo de aeronaves que se encuentren en vuelo sobre un Estado extranjero, caerán bajo la jurisdicción de este último, si la aeronave hiciera en él su primer aterrizaje. En caso contrario, la jurisdicción será del Estado en cuyo territorio se efectuare dicho primer aterrizaje, aplicándose la legislación del Estado subyacente; y, cuando no fuere posible determinar sobre qué territorio se cometió el delito, regirá la ley del pabellón.

Será obligatorio para el piloto de una aeronave en vuelo, a quien se denuncie la comisión de un delito, aterrizar en el primer aeródromo conocido y dar cuenta a la respectiva autoridad”.

¹⁶⁸ ROMERO BASALDUA, Luis “Delitos aeronáuticos”, Lerner Córdoba 1982, Pág. 15 quien cita a Rafael Gay de montilla, Mario O. Folchi y Agustín Rodríguez Jurado, entre otros autores.

¹⁶⁹ Conf. NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 82; SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 206.

¹⁷⁰ Conf. SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 206; NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 82.

A.1.c.2. Espacio etéreo

Denominado también *órbita geoestacionaria*, es el lugar en el cual se equilibran la fuerza centrífuga del planeta –propia de todo cuerpo en movimiento- y la fuerza centrípeta producto de la gravedad, determinando que los cuerpos allí ubicados no puedan alejarse ni acercarse al planeta, sin acudir a la utilización de mecanismos de fuerza especiales. Este espacio ha sido utilizado por las naciones con significativa capacidad económica para la colocación de satélites de la más diversa índole.

El espacio etéreo, señala Soler, es aquél en el cual las ondas electromagnéticas o las señales satelitales no pueden ser efectivamente controladas y una perturbación en ellas no se circunscribe al territorio en donde dicha alteración se produce y afecta necesariamente a terceros Estados, pudiéndose llegar a configurar verdaderas agresiones a los sistemas de comunicaciones de un país dado. Tal situación ha llevado a tener que tratar la materia en diversas convenciones internacionales y es así como ha sido objeto de tratamiento internacional la utilización, reglamentación y protección de las comunicaciones en general y, más recientemente, también las por vía satélite, uno de cuyos aspectos es aquel destinado a prevenir y castigar lo que se denomina como “satellite piracy” o “poaching”. Dentro de ese marco es que nuestro país ha sancionado la ley 19.978 cuyo articulado prohíbe la instalación u operación de ningún sistema, equipo o instrumento capaz de recibir señales directas de telecomunicaciones emitidas por satélites de la Tierra. Posteriormente, el artículo 31 de la ley 22.285 de 1980, prohíbe la difusión de señales de radiodifusión por satélite sin previa autorización del Comité Federal de Radiodifusión¹⁷¹.

A.1.d. Lugar de la comisión del delito

Respecto a la ubicación sistemática del tratamiento de este tema, compartimos con Fierro la idea de que su abordaje corresponde dentro de la exposición del *principio territorial*.

¹⁷¹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. Cit.

Estimamos, sostiene el citado autor, que el conjunto de teorías, disposiciones y normas legales que tratan de fijar con precisión cuál es el lugar en que, *para el derecho*, se considera cometida la infracción, tiene una importancia prioritaria para el desarrollo del principio mencionado, sea de modo positivo o negativo, esto es, tanto para afirmar o rechazar la aplicación territorial de la ley penal, pues va de suyo que conforme sea el lugar de comisión del delito corresponderá o no la aplicación de nuestra ley penal¹⁷².

El lugar, lo mismo que el tiempo en que se inicia y se perfecciona la infracción criminal, pueden no ser exactamente los mismos, y es frecuente que no lo sean. A menudo no se da una perfecta correspondencia entre las diversas etapas temporales y espaciales del *iter criminis*. Claro está que en la mayoría de los casos, la diversidad del lugar no tiene trascendencia, pero sí la tiene, y en modo superlativo, cuando los espacios diversos se hallan sujetos a distinta soberanía nacional, con sus propios regímenes jurídico-penales. Para solucionar estos problemas entran en pugna tres teorías: la de la *iniciación del acto* (también denominada de la manifestación de la voluntad), la del *resultado final* (o simplemente del resultado) y la de la *unidad o equivalencia del lugar* (o de la ubicuidad)¹⁷³.

Teorías

Dado a que tanto para afirmar cuanto para rechazar la aplicación del principio territorial de la ley penal es necesario determinar el lugar de la comisión del hecho, consideramos que este tema debe ser tratado en el planteamiento general del principio territorial.

Básicamente la hipótesis de hecho surge a partir de la necesidad de atribuir competencia en el caso de un delito cuyo proceso ejecutivo afecta varias jurisdicciones territoriales. Un primer supuesto es el de los comúnmente llamados “delitos a distancia” que se configuran cuando la acción se ejecuta dentro de un territorio determinado y el resultado se produce en otra jurisdicción territorial.

Un segundo supuesto lo constituyen los denominados “delitos permanentes”, esto es, aquellos que prolongan su estado consumativo en el tiempo y en el espacio,

¹⁷² **FIERRO**, Guillermo J. “La ley penal y el derecho internacional”, cit. Pág. 101.

¹⁷³ **FONTAN BALESTRA**, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág.135.

separándose del lugar en donde dio comienzo la infracción (como por ejemplo sucede con el delito de privación ilegítima de la libertad).

A fin de resolver la jurisdicción aplicable a esta clase de conductas es que se han elaborado distintas teorías que resumimos a continuación:

a. Teoría de la manifestación de la voluntad

Conforma a esta teoría debe estarse siempre al lugar donde la acción se exteriorizó, es decir, donde se puso de manifiesto la voluntad criminal. Sus sostenedores se fundan principalmente en que lo que da lugar al castigo penal no es la prohibición en sí, sino la circunstancia de que el infractor ha obrado en contra de lo dispuesto por el delito. En ese lugar en donde su actuación se manifestó y repudió el imperativo legal, es donde se debe considerar cometido el delito¹⁷⁴.

b. Teoría del resultado

Esta teoría toma en consideración el lugar donde se consuma el hecho. Se aplica con éxito en el interior del territorio nacional, ha sido desechada sin embargo en el ámbito internacional dado a que para el caso de los delitos permanentes prevalece el criterio de diferir el juzgamiento al país damnificado por el hecho y si éste se refugia en un estado distinto de los afectados por la misma infracción, se tendrá en cuenta el país en el cual el delito esté más severamente penado y si hay paridad en tal consideración, la prioridad se otorgará a quien haya pedido en primer lugar la extradición, y si este criterio tampoco sirviera para dirimir la cuestión en cuestión de haber sido presentadas las peticiones en la misma fecha, quedará a criterio del país requerido a cuál nación entregará al delincuente¹⁷⁵.

Dos objeciones de importancia pueden hacerse a esta doctrina afirma Fontán Balestra siguiendo a Cuello Calón: 1) en algunos delitos no puede determinarse el lugar del resultado. Tal cosa sucede, verbigracia, con los que quedan en grado de tentativa; 2) el Estado renuncia a la persecución de los delitos cometidos en su

¹⁷⁴ **FIERRO**, Guillermo J. "La ley penal y el derecho internacional" cit., Pág. 105.

¹⁷⁵ **FIERRO**, Guillermo J. "La ley penal y el derecho internacional" cit., Pág. 107.

territorio cuando el efecto tiene lugar fuera de 61. Por tales razones, puede decirse que hoy es una teoría abandonada¹⁷⁶.

c. Teoría de la ubicuidad

Considera esta teoría cometido el delito tanto en el lugar donde tuvo exteriorización la manifestación de la voluntad como en el lugar en donde se produjo el resultado, con lo cual quedan cubiertas ambas alternativas, despejándose la posibilidad de la impunidad del hecho derivada de un conflicto negativo de competencias¹⁷⁷.

La cuestión en el Código Penal

Soler y parte de la doctrina nacional considera que la ley penal argentina en el art. 1, inc. 1° del C. Penal ha adoptado la teoría de la “ubicuidad” pues dicha disposición abarca no sólo a los delitos “cometidos” en el territorio o lugares sometidos a su jurisdicción, sino también a aquéllos “cuyos efectos” deban producirse en dichos lugares. Vale decir que en la fórmula legal “o cuyos efectos”, la doctrina nacional encuentra apoyo no sólo para estructurar la tesis de la “ubicuidad”, sino también, para la recepción del principio real o de defensa¹⁷⁸.

Nuñez sostiene sobre el particular: El delito se comete, a los efectos del art. 1° del C.P., en el territorio de la Nación o en los lugares sometidos a su jurisdicción, cuando la actividad o inactividad del autor y su resultado típico de daño o de peligro o sólo el último (delitos a distancia), o la actividad en sí misma peligrosa (delitos de pura conducta y tentativa), se producen en uno de esos ámbitos (*teoría mixta*)¹⁷⁹.

Con respecto al lugar del delito, los términos “sus efectos” empleados en el artículo 1, inciso 1°, del Código Penal argentino, han provocado dudas y contradicciones en la jurisprudencia de los tribunales argentinos en los siguientes casos: a) ***Delitos a distancia en que parte de la acción o su totalidad ha tenido lugar en el extranjero y sus efectos se han producido en el territorio argentino.*** Se tiende a considerar tales hechos como cometidos en el territorio, de modo que es

¹⁷⁶ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág.135.

¹⁷⁷ FIERRO, Guillermo J. “La ley penal y el derecho internacional” cit., Pág. 109.

¹⁷⁸ FIERRO, Guillermo J. “La ley penal y el derecho internacional” cit., Pág. 110.

¹⁷⁹ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 83.

indiferente para su punición la circunstancia de que el Estado desde el cual fueron cometidos, los considere o no punibles (J.A., t. 28, págs. 211 y sigs.; L L, t. 11, pág. 260).

b) *Delitos cometidos dentro del país*, en los cuales hay que determinar, frente al propio ordenamiento jurídico, cuál es el lugar que prevalece para su juzgamiento. En ese sentido la jurisprudencia ha dado un giro. En un primer momento, se inclinó por el *lugar de consumación* (C.S.J.N., *Fallos*: 110-361; Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. 11, págs. 72 y 91 y t. IV, págs. 420 y 424), sobre todo en casos de delitos contra el honor mediante correspondencia epistolar enviada desde un sitio y recibida en otro de distinta competencia judicial, en los que se atribuyó esta última al lugar donde se recibe o se impone el sujeto pasivo de la injuria (J.A., t. 52, pág. 925; L.L; t. 1, pág. 190; Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. 111, pág. 320). En la actualidad prima la teoría de la *equivalencia o de la ubicuidad*. Ella fue establecida por la Corte Suprema en estos términos: “La finalidad esencial perseguida por el artículo 102 de la Constitución Nacional (art. 18 en la Const. Nac.) y por los artículos 3, inc. 3º de la ley 48, y 37 y 38 del Código Procesal Penal (ley 23.984), en cuanto preceptúan que la competencia territorial se determina por el lugar de comisión del hecho, consiste en procurar la mejor actuación de la justicia, *permitiendo que la investigación y el proceso se lleven a cabo cerca del lugar donde ocurrió la infracción y donde se encuentren los elementos de prueba*, y facilitando también la defensa del imputado. Tales propósitos pueden resultar desvirtuados si se tiene en cuenta sólo el lugar de consumación del delito, dónde se produjo el resultado cuando la acción o una etapa principal y decisiva de ésta han ocurrido a gran distancia” (“Ruiz Mira y otros”, 25-IX-1968, *Fallos*, 271:396)¹⁸⁰.

Dada la casuística surgente de la tipología propia de las figuras delictivas individualmente consideradas o en atención al bien jurídico por ellas protegido, la Corte ha sostenido criterios heterogéneos según el delito del cual se trate¹⁸¹, que

¹⁸⁰ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág.136. Lo destacado es nuestro.

¹⁸¹ Ha dicho por ejemplo: Tratándose de una maniobra defraudatoria consumada mediante el uso de un cheque adulterado, cuando el ardid propio del delito se comete en un lugar y la disposición patrimonial constitutiva del perjuicio se verifica en otro, ambos han de ser tenidos en cuenta a los fines de determinar la jurisdicción que debe intervenir, lo que se resolvería conforme a razones de economía procesal. Así, en el caso resulta aconsejable mantener la competencia del Juzgado de Santiago del Estero, toda vez que ha sido el tribunal preventor, con jurisdicción en el lugar del

domicilio del denunciante y en el que se encuentra radicada la cuenta afectada, lo que le permitiría recabar, al menos en principio, una mayor información (Autos: “Crespín, José María s/Denuncia”, Tomo 311, Pág. 2055); No pudiéndose determinar en forma fehaciente el lugar del desapoderamiento de la carta, debe atribuirse competencia al juez federal de turno en la fecha de la violación de correspondencia en el lugar de remisión de aquélla, por razones de proximidad con aquel que deberá entender en la defraudación cometida con el cheque sustraído (Autos: “Cimbaro Canella de Maidana, Enriqueta Catalina s/Denuncia”, Tomo 311, Pág. 480); El delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos se comete en el lugar en que fue entregado el cheque, el cual determina la competencia para conocer del respectivo proceso (Autos: “Mateo, José Luis y otros” Tomo 275, Pág. 306; “Prates, Josué y otra”, Tomo 276, Pág. 400); El delito de defraudación -que, en el caso, se consumó con la entrega de los bienes obtenidos mediante el uso ilegítimo de tarjetas de compra, debe reputarse cometido en el lugar de la disposición patrimonial constitutiva del perjuicio. Si en la causa no se ha hecho una discriminación territorial de las estafas llevadas a cabo, el magistrado que declinó su competencia debe reasumirla, y si de la investigación que realice se desprende que existen otras maniobras además de las cometidas en su jurisdicción, recién podrá desprenderse del conocimiento de estas últimas, en razón de que ellas deben considerarse independientes entre sí y de que las reglas de conexidad previstas por el art. 3 y ss. del Código de Procedimientos en Materia Penal, sólo pueden jugar en conflictos trabados entre jueces nacionales (Autos: “Fiscal c/ Raúl Eduardo Chable y otros”, Tomo 307, Pág. 452); Tanto el lugar donde se desarrolla el ardid propio de la estafa, como aquél en que se verifica la disposición patrimonial, deben ser tenidos en cuenta para establecer la competencia territorial, la que en definitiva se resolverá conforme a razones de economía procesal (Del voto de la mayoría en Autos: “Tatarsky, Héctor Eduardo s/ denuncia”, Tomo 323, Pág. 2335); Corresponde declarar la competencia de la justicia local, en lo que concierne al delito de estafa, toda vez que la disposición patrimonial fraudulenta, en beneficio del gestor con la excusa de llevar adelante todos los trámites referentes a la habilitación y explotación de un taxi, habrían tenido lugar en una localidad de la Provincia de Buenos Aires (Del voto de la mayoría en Autos: “De la Rosa, Clara Mercedes s/ falsificación de documentos públicos”, Tomo 323, Pág. 1731); Cuando la defraudación es susceptible de consumarse con la entrega de bienes obtenidos mediante el uso ilegítimo de una tarjeta de compra, el delito debe reputarse cometido en cada uno de los lugares donde se ejecuta la disposición patrimonial constitutiva del perjuicio, del mismo modo que la falsificación de los instrumentos privados, que concurrirían idealmente con aquélla (Del voto de la mayoría en Autos: “Leguizamón, Abel Alberto s/ defraudación”, Tomo 323, Pág. 382); El lugar de comisión de la estafa es aquél donde ocurre el acto de disposición patrimonial constitutivo del perjuicio (Autos: “Basurto Lara, Rafael s/ denuncia”, Tomo 319, Pág. 2539); La defraudación se consuma con la entrega de los bienes obtenidos mediante el uso ilegítimo de la tarjeta de compra, razón por la cual el delito debe reputarse cometido en cada uno de los lugares donde se ejecutó la disposición patrimonial constitutiva del perjuicio, del mismo modo que la falsificación de los documentos privados que concurriría idealmente con aquella (Autos: Díaz Rodríguez, María Ester s/ denuncia estafa”, Tomo 318, Pág. 409); Es competente la Justicia Nacional en lo Criminal de Instrucción para conocer en la causa en la que se investiga la estafa cometida en perjuicio de una compañía de seguros, si el delito debe entenderse consumado en la Capital Federal, donde tienen su sede la compañía de seguros y la asegurada y además se efectuó la disposición patrimonial (Autos: “Priolo, Vicente s/ infr. art. 172 del Código Penal”, Tomo 315, Pág. 1751); Cuando la entrega de un cheque que resultó rechazado fue realizada en pago de operaciones comerciales al momento de hacerse efectivas, ello constituyó “*prima facie*” el ardid determinante del acto de disposición patrimonial efectuado por el damnificado y, al adecuarse los hechos a la figura del art. 172 del Código Penal, corresponde investigar al tribunal con jurisdicción en el lugar donde fueron dados (Autos: “Bosco, Héctor Horacio s/ defraudación”, Tomo 315, Pág. 15); El lugar de comisión del delito de estafa es aquél donde ocurre el acto de disposición patrimonial constitutivo del perjuicio. En consecuencia, si la entrega de las bolsas de azúcar, obtenida mediante un cheque sobre cuenta cerrada, ocurrió en la localidad de Sarandí (Provincia de Buenos Aires), es competente para entender en la causa el Juez en lo Penal de La Plata, aunque el cheque haya sido librado y dado en pago en la Capital Federal (Autos; “Musil, Luis Antonio y otros”, Tomo 267, Pág. 516); Puesto que si bien el beneficio patrimonial perseguido por el imputado se ha materializado al recibir las mercaderías en las ciudades de Tandil y Necochea, teniendo en cuenta que el hecho de la disposición patrimonial consumativa del delito de estafa se produjo en la Capital Federal al iniciarse el transporte, por cuenta y riesgo de aquél,

como es dable observar no son principios generales sino señalamientos puntuales, que habrán de ir adaptándose a cada caso en particular.

A.2. Lugares sometidos a la jurisdicción argentina

Los lugares sometidos a la jurisdicción de la Nación, a los efectos de la aplicación de la ley penal del país, señala Nuñez, son los que encontrándose fuera del territorio del Estado están amparados por el pabellón nacional, mientras las reglas o convenciones internacionales no excluyan ese amparo¹⁸².

El concepto comprende los territorios enemigos ocupados por tropas argentinas en tiempo de guerra (Código de Justicia Militar, 111 y 112) y las sedes diplomáticas argentinas en el extranjero¹⁸³.

En relación a los primeros es necesario aclarar que el supuesto implica que no perseguirá ni se aplicarán las leyes penales del estado extranjero a los autores de delitos cometidos en el perímetro de las operaciones militares. La represión penal incumbe, de esta manera, al Estado al cual pertenecen las tropas extranjeras. En el Tratado de Montevideo de 1889, no hay regulación expresa para tal hipótesis. En el de 1940, se establece que el juzgamiento de los miembros de un cuerpo de ejército será realizado conforme a “los principios señalados por el Derecho Internacional Público”, cuando el delito haya sido cometido en el perímetro de su sede y tenga relación legal con dicho ejército (art. 7).

En cuanto a la ubicación sistemática del tema, se advierten ciertas disidencias en la doctrina; así por ejemplo Nuñez, considera los territorios extranjeros ocupados por tropas argentinas como *lugar sometido a su jurisdicción*¹⁸⁴. Fierro en cambio sostiene que tales territorios también son, desde el punto de vista de la aplicación del derecho penal, una forma de expresión del *principio territorial*. Ello así, por expresa disposición de los arts. 111 y 112 del Código de Justicia Militar¹⁸⁵.

hacia los puntos de destino, momento en el cual se produjo la tradición simbólica art. 463 del Código de Comercio, corresponde a la Justicia Nacional en lo Criminal de Instrucción de la Capital Federal y no a la Penal de Azul, Provincia de Buenos Aires, conocer del proceso respectivo (Autos: “Riva, Jorge E., y otro”, Tomo 240, Pág. 170).

¹⁸² NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 82.

¹⁸³ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 83.

¹⁸⁴ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 83. Lo destacado es nuestro.

¹⁸⁵ FIERRO, Guillermo J. “La Ley penal y el derecho internacional”, Depalma Buenos Aires, año 1977, Pág. 91. Lo destacado es nuestro.

Se trata, señala el citado autor, de una lógica consecuencia de la suspensión temporal de la soberanía impuesta por los acontecimientos bélicos. En efecto, si una de las características esenciales del concepto de soberanía reside en la facultad que tiene un Estado de reglar la vida interna del país con exclusión de todo otro poder extraño, cuando ello no ocurre, como en el caso que estamos analizando, esa facultad resulta transferida de “hecho” y de “derecho” –transferencia reconocida y reglada por el derecho internacional- a quien efectivamente ejerce el poder sobre esa zona del territorio. Normalmente, las disposiciones represivas del ejército ocupante se manifiestan en “bandos” mediante los cuales se incriminan aquellos hechos que puedan perjudicar a esas fuerzas militares o al Estado al cual éstas pertenecen¹⁸⁶.

En cuanto a los delitos cometidos en las sedes diplomáticas argentinas en el extranjero, la jurisdicción penal argentina no se justifica, sostiene Nuñez, porque ellas sean territorio argentino, sino por la necesidad de resguardo de la *función diplomática* y particularmente, por la independencia de dicha función frente a los Estados extranjeros¹⁸⁷.

En sentido semejante se pronuncia Soler cuando dice: No está comprendido dentro del concepto jurídico de territorio el local de instalación de las embajadas argentinas en el extranjero e inversamente, no se excluyen del concepto de territorio argentino los locales de las embajadas extranjeras acreditadas ante nuestro país. Una vieja y abolida práctica hacía de las embajadas, lugares de asilo para la delincuencia común, enclavados dentro del territorio de la nación, concepto que la necesidad de la colaboración internacional para la represión de la delincuencia ha hecho decaer, subsistiendo el asilo solamente para los delitos políticos. Las legaciones, pues están exentas de la jurisdicción del país, no en razón de ser territorio extranjero, sino en cuanto concierne a la función de representación que en ellas ejerce el ministro y su personal. No se trata de una exención territorial, sino *personal*¹⁸⁸.

¹⁸⁶ FIERRO, Guillermo J. “La Ley penal y el derecho internacional”, cit. Pág. Cit.

¹⁸⁷ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 83. Lo destacado es nuestro.

¹⁸⁸ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 198. Lo destacado es nuestro. En esa teoría lo que gravita por excelencia es el *derecho de asilo*, como sinónimo de lugar en el cual se está exento (a salvo) de la jurisdicción local, la cual desde la Edad Media tiene a su vez liada toda la ideología de la persecución, injusticia, etc. Piénsese sino que esta práctica realizada frecuentemente por la Iglesia, ponía al hombre común fuera de la ley del rey y con ella, de todos los excesos de las monarquías europeas de los Siglos XII a XVIII inclusive.

En relación a los lugares sometidos a la jurisdicción argentina como se ha señalado, el concepto de territorio se diluye de alguna manera, para atender más bien, como lo ha señalado la doctrina local, a un criterio que observa al aspecto funcional (Nuñez) o personal (Soler) de la ley penal, o también, al del *interés* del Estado argentino afectado por el delito. Esto significa que cuando la infracción sea cometida en un lugar sometido a jurisdicción argentina y no afecte los intereses del Estado nacional, como sería el caso de un hurto simple en la sede de una embajada, el hecho quedará sometido a jurisdicción extranjera. En este sentido al criterio de interés del Estado debemos sumar el de economía procesal y material que implica sustanciar la investigación del delito, en el lugar en que ocurran hechos de esta naturaleza.

A.3. Principio real, de protección o de defensa

Está consagrado en la legislación nacional en el artículo 1 del C. Penal (Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, art. 2), cuando se usa la fórmula *o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación*. Además refuerza la idea de juzgamiento del delito por parte del Estado afectado el art. 6 del Tratado de Montevideo de 1889 cuando establece: “Los hechos realizados en el territorio de un Estado que no fueren pasibles de pena según sus leyes, pero que estuviesen penados por la Nación en donde producen sus efectos, no podrán ser juzgados por ésta sino cuando el delincuente cayese bajo su jurisdicción. Rige la misma regla respecto de aquellos delitos que no autorizan la extradición de los reos”.

Como punto inicial para el tratamiento de los temas que veremos a continuación debemos destacar, que la aplicación del principio real, de protección o de defensa, parte de la premisa que no resulta aplicable el principio territorial enunciado en el artículo 1 del C. Penal que dice: Por delitos cometidos en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción. Este principio surge como regla alternativa de la misma disposición normativa al referirse a los *efectos* de un delito cometido en el extranjero.

Llamase principio real o de defensa al que determina la competencia de un estado para el ejercicio de sus pretensiones punitivas sea nacional el interés vulnerado por el delito. Ejemplo clásico de aplicación de este principio es el delito de falsificación de moneda cometido en el extranjero, que afecta fundamentalmente el

interés del Estado cuya moneda falsifica. La consecuencia de ese principio es la posible aplicación del derecho penal a delitos cometidos en el extranjero, pues, según aquél, la principal finalidad de ese derecho es la defensa o protección de los intereses nacionales, de donde, por aplicación de tal principio, un Estado pretender ejercer su acción punitiva toda vez que un hecho sea dirigido a perjudicar al Estado, o cuando vulnere un bien jurídico situado dentro del territorio, aun cuando el hecho sea cometido en el extranjero¹⁸⁹.

Nuestra ley penal también contempla en razón del principio real, el supuesto de los delitos cometidos en el extranjero por parte de agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo (art. 1, inc. 2º del C. Penal). Dado que se trata de una modalidad que asume el principio real o de protección, debe darse el supuesto necesario consistente en que el hecho sea cometido en el extranjero y además, en razón de los fundamentos y finalidades del principio, lo que se persigue es la protección penal a la “función” desempeñada. Si se parte de esta premisa, se advertirá claramente que la norma sólo atrapa los delitos cometidos en el desempeño del cargo y que cualquier otra infracción que pueda haber realizado el mismo sujeto, aun cuando por ella no sea castigado en el extranjero en virtud de la inmunidad de jurisdicción que lo protege, pero que no afecte a la función desempeñada, no cae dentro de la esfera de actuación del precepto examinado¹⁹⁰.

En tal sentido el Tratado de Montevideo de 1940, art. 5, párrafo segundo, establece: Cuando se trate de hechos cometidos por funcionarios públicos que presten servicios en territorio extranjero, y tales hechos constituyan violación criminal de los deberes específicos de la función que se les haya encomendado, no se aplicará la regla precedente¹⁹¹ y serán juzgados y penados por los jueces o tribunales del Estado a que dichos funcionarios pertenecen, conforme a las leyes del mismo.

A los fines de precisar el concepto de funcionario público no debemos perder de vista la definición proporcionada por el párrafo 3º del art. 77 del C. Penal cuando

¹⁸⁹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. Cit.

¹⁹⁰ FIERRO, Guillermo J. “La ley penal y el derecho internacional” cit., Pág. 142.

¹⁹¹ Dicha regla establece: Los hechos realizados en el territorio de un Estado, que no fueren pasibles de pena según sus leyes, pero que estuviesen penados por el Estado en donde producen sus efectos, no podrán ser juzgados por los jueces o tribunales de éste sino cuando el delincuente cayese bajo su jurisdicción. Rige la misma regla respecto de aquellos delitos que no autorizan la extradición de los reos.

dice: Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Así por ejemplo la emisión de cheque sin provisión de fondos o autorización para librar en descubierto cometida por un agente nacional en sus asuntos o negocios particulares, de ningún modo puede ser alcanzada por este principio toda vez que no afecta la *función* para la cual ha sido designado el mismo y procede en consecuencia la aplicación de la ley penal respectiva a la del particular ofendido por el delito.

A.4. Principio personal o de la nacionalidad

El principio de la personalidad de la ley penal, o principio de la nacionalidad, es aquel según el cual la ley del Estado sigue al nacional, donde quiera que vaya, de modo que la competencia se determina por la nacionalidad del autor del delito.

El principio de *la nacionalidad* juega para los casos en que no se concede la extradición de los ciudadanos argentinos. Este criterio predomina en los tratados internacionales celebrados por la Argentina en los que la entrega del nacional es facultativa para el Estado requerido. Se trata en estos casos de la aplicación de la ley y del sometimiento a los tribunales argentinos para su juzgamiento, pues el delito no queda impune¹⁹².

El principio de la nacionalidad observa dos modalidades: a. *Principio de la personalidad activa*. Llamase principio activo de personalidad al que hace aplicable la ley penal al propio nacional que delinque en el extranjero. Su ley lo sigue donde quiera que vaya (adoptan este principio el Código francés y el Código italiano)¹⁹³.

b. *Principio de la personalidad pasiva*: Llamase principio de personalidad pasiva al que protege al nacional donde quiera que vaya. Es, en cierto sentido, una forma extrema del principio real o de defensa, pues, bajo ciertas condiciones, hace aplicable la ley nacional a hechos cometidos en el extranjero por la sola circunstancia de que sea damnificado un nacional (Código italiano)¹⁹⁴.

¹⁹² FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág.125.

¹⁹³ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. Cit.

¹⁹⁴ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. Cit.

A.5. Principio universal

Es aquél según el cual la ley penal de cada Estado tiene validez universal, de modo que la acción puede ser promovida por un Estado cualquiera sea el lugar de comisión del delito o la nacionalidad del autor, o el bien jurídico violado; se rige como condición única que el delincuente se encuentre en el territorio del Estado y que no haya sido castigado por ese delito o no lo haya sido suficientemente.

Para fundar teóricamente este principio, se parte de la base de que la naturaleza de la ley penal hace que ella sea aplicable a acciones de extraordinaria inmoralidad, que afectan por igual la cultura de todas las naciones de la moderna comunidad internacional y que, en consecuencia, las artificiales limitaciones que los otros principios determinan no tienen, en definitiva, más consecuencia que debilitar a todos los Estados en su defensa contra la delincuencia, que para todos es igualmente peligrosa¹⁹⁵.

Este principio, cuyo crecimiento ha sido constante en el Derecho internacional, tiene considerable importancia en nuestro derecho positivo, desde que, a partir de la reforma de 1994, los tratados enumerados adquirieron jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), y entre ellos se encuentran la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*; la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* y la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, que integran el catálogo de crímenes que afectan por igual a todas las naciones civilizadas. Completan esta nómina, entre otros, la piratería marítima o aérea, la trata de personas, la ruptura o deterioro de cables submarinos¹⁹⁶, el tráfico de estupefacientes, sobre los cuales el país también ha suscripto diversas convenciones internacionales¹⁹⁷.

A.6. Extradición

¹⁹⁵ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 150.

¹⁹⁶ La razón de su protección subsistió hasta el comienzo de la era satelital, dado a que anterior a ella, era la única forma de comunicación posible de continente a continente.

¹⁹⁷ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág.134.

La extradición no es una institución de derecho de fondo, sino de derecho procesal. Su objeto es posibilitar mediante su entrega, el juicio y el castigo de las personas acusadas o condenadas que se encuentran en un país distinto del que las acusa o las ha condenado. La extradición se funda en la preservación de las soberanías en juego y en el auxilio internacional a ese efecto.

Los principios relativos a la extradición regulan la solicitud del delincuente a otro Estado (Extradición activa) o su entrega a éste (extradición pasiva). Esas regulaciones reconocen su fuente en los tratados internacionales, en las leyes internas de cada país y en los usos internacionales.

En nuestro país esas fuentes son, en primer lugar, por su carácter especial, los tratados y en segundo lugar, la Ley 24.767 (B.O. 16/01/97). Si existe un tratado entre el Estado requirente y la República Argentina, las normas del tratado rigen el trámite de la extradición (art. 2, Ley 24.767). En ausencia de tratado, la extradición estará subordinada a la existencia u ofrecimiento de reciprocidad (art. 3, Ley 24.767)¹⁹⁸.

Las normas procesales que regulan el trámite de la extradición de una persona dentro de los límites territoriales de nuestro país están contenidos en el art. 58 del C.P.P.Cba.; para requerimientos a jueces extranjeros rige el art. 59 del mismo cuerpo legal, que remite a su vez al art. 160.

Llamase extradición al acto por el cual un Estado entrega un individuo a otro Estado que lo reclama, a objeto de someterlo a un juicio penal o a la ejecución de una pena¹⁹⁹.

Condiciones:

La extradición está subordinada a una serie de condiciones referentes a:

1. A la existencia de determinadas relaciones entre los estados; 2. A la calidad del hecho y a su punibilidad; 3. A la calidad de la persona reclamada.

En lo atinente a las *condiciones referentes a las relaciones entre los estados* debemos señalar que tales relaciones se materializan generalmente mediante un tratado por el cual dos naciones se comprometen a hacerse recíproca entrega de procesados y condenados refugiados en una de ellas, después de un delito cometido en la otra.

¹⁹⁸ NUÑEZ, Ricardo C. "Manual de Derecho Penal..." cit. Pág. 87.

¹⁹⁹ SOLER, Sebastián "Derecho Penal argentino..." cit. Tomo I, Pág. 177.

Si bien es cierto, que los Estados son soberanos al convenir los términos y condiciones de los cuales se entregarán mutuamente los delincuentes que se refugien en sus respectivos territorios, señala Fierro, resulta innegable que tales términos y condiciones no son arbitrarios ni caprichosos, sino que se ajustan, al contrario, a una serie de principios elaborados en torno del tema y que la práctica internacional aplica rigurosamente²⁰⁰.

Esos tratados son expresión creciente de un criterio de solidaridad internacional en la lucha contra la delincuencia. Pero ese principio de solidaridad ha cobrado tal importancia, que determina por sí mismo la entrega del delincuente aun sin la existencia de un tratado formal de extradición, ya sea en virtud de la costumbre internacional, a la que algunos estados se atienen, ya sea en virtud de una ley interna que, como la nuestra, hace posible la extradición sin tratado, mediante el simple ofrecimiento diplomático de la reciprocidad²⁰¹.

Respecto a las *condiciones referentes a la calidad del hecho y a su punibilidad*, debemos tener en cuenta: a) Que el hecho sea delictivo para las leyes de ambos países (no procede con respecto a las contravenciones). Nuestra ley requiere cierto grado de importancia o gravedad en el hecho cometido y exige en tal sentido que para la ley argentina el hecho tenga fijada pena corporal no menor de un año de prisión²⁰².

b) Que el hecho constituya un delito común, es decir, quedan excluidos del régimen de la extradición los delitos políticos, como los delitos conexos con delito político.

La no extradición del delito político, destaca Fierro, está íntima y recíprocamente vinculada con el derecho de asilo, especialmente con relación a su último desarrollo y evolución. Ya señalaba con claridad Sáenz Peña en una de las sesiones que culminaron con la firma del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, que los delitos políticos tienen una relatividad tal que sólo puede considerarlos en ese carácter el Estado que los persigue y quien se convierte

²⁰⁰ FIERRO, Guillermo J. "La ley penal y el derecho internacional" cit., Pág. 270.

²⁰¹ SOLER, Sebastián "Derecho Penal argentino..." cit. Tomo I, Pág. 179.

²⁰² SOLER, Sebastián "Derecho Penal argentino..." cit. Tomo I, Pág. 180; NUÑEZ, Ricardo C. "Manual de Derecho Penal..." cit. Pág. 88.

en delincuente político por haber perturbado la paz pública en su país, no constituye una amenaza para el Estado que le presta asilo²⁰³.

c) Para que proceda la extradición pasiva es también necesario que la acción o la pena no se encuentren prescriptas conforme a la ley del país requirente.

Con respecto a la prescripción de la acción o de la pena se ha suscitado reiteradamente el caso de condenados en rebeldía por tribunales extranjeros, conforme con leyes que admiten ese procedimiento. En tales situaciones, a los fines de la ley argentina, el reclamado ha sido siempre tenido por un simple imputado y, en consecuencia, se ha aplicado, con justicia, la prescripción de la acción y no de la pena²⁰⁴.

d) Requiere también la ley que la pena aplicada pertenezca a la categoría de penas que, por las leyes del país requirente, corresponda al crimen o delito en cuestión.

El Estado requirente no puede someter a la persona a otro proceso o a otra pena, distintos a los que motivaron su requerimiento; ni puede condenarla a una pena mayor que la establecida por nuestra ley si es más benigna (especialidad de la extradición)²⁰⁵.

e) Es necesario que la orden de detención o la sentencia hayan emanado de Tribunal competente del país requirente²⁰⁶.

Por ultimo y en relación a las *condiciones referentes a la calidad de la persona reclamada* debemos señalar que no son extraditables los argentinos nativos y naturalizados con anterioridad al hecho que motiva la solicitud. Esta excepción, inspirada en desconfianzas y recelos nacionales, no obstante las críticas de que es objeto, se mantiene insistentemente en los tratados de todas las naciones. Inglaterra y Estados Unidos respetan generalmente el principio territorial. Empero, el Código de

²⁰³ FIERRO, Guillermo J. “La ley penal y el derecho internacional” cit., Pág. 275 y nota 187.

²⁰⁴ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 183; NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 88.

²⁰⁵ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 184; NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 89.

²⁰⁶ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 183; NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. Cit.

procedimientos en lo Criminal de la Nación hace depender el juzgamiento en nuestro país de la opción de la persona acusada²⁰⁷.

Resulta ilustrativo al respecto y de importancia pedagógica el fallo de la Corte dictado en autos “Cabrera, Juan C. T.”²⁰⁸, donde sigue el precedente sentado en autos “Duque Salazar”²⁰⁹, en el que resolvió: “1) Hacer lugar al recurso ordinario de apelación, revocar la resolución apelada y declarar improcedente el pedido de extradición introducido por los Estados Unidos de América para la entrega de Juan C. T. Cabrera para su juzgamiento por el delito de *conspiracy* para importar cocaína entre septiembre y octubre de 2003; 2) Declarar inoficioso un pronunciamiento acerca de la cuestión planteada en el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal”.

La base material del hecho se concreta a lo siguiente: Juan C. Cabrera fue requerido por el Tribunal del distrito meridional de la ciudad de Nueva York bajo la acusación de confabular (*conspiracy*) para la importación de cocaína a los Estados Unidos de Norteamérica. Estos hechos fueron descubiertos a raíz de una operación conjunta entre integrantes de la Drug Enforcement Administration (DEA.) y la Policía Federal Argentina. A su vez, esta investigación originó la causa 2119 en trámite ante el Juzgado Federal n° 2 de Morón en la cual se le dictó a Cabrera la prisión preventiva por el delito de tráfico de estupefacientes agravado por el concurso de tres o más personas (arts. 5 inc. c y 11 inc. c Ley 23.737).

El titular del Juzgado Federal n° 2 de Morón, provincia de Buenos Aires concedió la extradición de Juan C. Cabrera, requerido por los Estados Unidos de Norteamérica, y supeditó la efectiva entrega a la finalización del proceso que se le sigue en la República Argentina. Contra esa decisión interpusieron sendos recursos la defensa -contra la concesión de la extradición- y el fiscal -contra la suspensión de la entrega- los que fueron concedidos²¹⁰.

²⁰⁷ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 184; NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 88.

²⁰⁸ De fecha 06/03/07, publicado en SJA 09/05/07.

²⁰⁹ Fallos 327; 4884.

²¹⁰ La Corte basó su decisión (entre otras consideraciones) en las circunstancias de que el reclamo extranjero fue formulado por el hecho concreto de haber “confabulado” el requerido desde la República Argentina la introducción de estupefacientes a los Estados Unidos de América, desde septiembre a octubre del año 2003, en las circunstancias de modo y lugar reseñadas en el respectivo pedido. Que en esta jurisdicción, en cambio, la imputación se basó, en ambos casos, en una pretensión

punitiva más amplia que incluyó no sólo la actividad llevada a cabo por el requerido en el marco de la organización dedicada al tráfico de estupefacientes por un período mayor (que aquí se extiende desde fecha indeterminada pero anterior al 15/10/2004), sino, además, la etapa de preparación (confabulación, art. 29 bis Ver Texto ley 23737) al delito consumado de tráfico de estupefacientes, cometido con pluralidad de intervinientes en forma organizada (arts. 5 Ver Texto inc. c y 11 Ver Texto inc. c ley 23737). Cuyo alcance fijó, en el sub lite, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín como abarcativo del "...traslado del tóxico desde el exterior, su eventual almacenamiento en el país y su posterior transporte hacia mercados del exterior...". Que, en tales condiciones, el tipo penal de delito de tráfico de estupefacientes agravado por la intervención de tres o más personas organizadas para cometerlo, consume -al resultar agravado por representar un mayor avance del iter criminis- el injusto de la confabulación, en razón de tratarse de las que se denominan "infracciones progresivas" en las que el proceder del agente va recorriendo diferentes infracciones jurídicas de creciente gravedad y respecto de las cuales la punición del grado más avanzado comprende el contenido del injusto de los pasos previos. Que el tribunal entiende pertinente desarrollar las razones que, desde la óptica de la jurisdicción penal internacional argentina, avalan la solución denegatoria de la extradición en hipótesis como la de autos, aun cuando se optara por prescindir de la modalidad concursal hasta aquí adoptada. Que, en efecto, el delito de conspiracy para importar cocaína a Estados Unidos se cometió en jurisdicción argentina y por lo tanto esta sede tuvo desde un inicio aptitud para conocer de ese hecho típico, con sustento en el principio de territorialidad (art. 1 CP), en concordancia con las reglas de jurisdicción impuestas por la Convención sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes de Viena de 1988, aprobada por Ley 24072 (art. 4.1.a.I) y la Convención de Crimen Transnacional Organizado, aprobada por ley 25632 (art. 15.1.a). Que tanto los reparos que sobre el particular introduce el juez apelado al excluir la jurisdicción argentina, como los cuestionamientos del procurador fiscal con sustento en la regla de interpretación incluida en el convenio internacional que considera vigente, parten de una premisa falaz. En el primer caso, al no captar la realidad de la imputación extranjera en su verdadera dimensión: "confabulación" para importar cocaína y no el formar parte de una asociación ilícita ni haber ingresado cocaína al país requirente. En el segundo, al soslayar que no se trata aquí de conductas típicas cometidas en "diferentes países" toda vez que tanto la "confabulación" para importar al país requirente como el tráfico de estupefacientes organizado tuvieron lugar en la República Argentina. Que como ya ha sostenido el tribunal en otra oportunidad, delitos que, como el tráfico ilícito de estupefacientes, afectan a la comunidad de las naciones, requieren razonablemente de un proceso multijurisdiccional basado en la cooperación judicial (Fallos 323:3055, consid. 4), atento a que, dada la modalidad en que se llevan a cabo, es común la presencia de jurisdicciones concurrentes para juzgar un mismo hecho o tramos típicos de un mismo hecho. Que tal es la situación que se configura en autos en que la afirmación de la jurisdicción penal internacional argentina con aptitud para conocer del delito de "confabulación", para importar estupefacientes desde esta sede a los Estados Unidos de América, sobre la base del principio de territorialidad confluye con la del país requirente, según lo habilita la pauta de atribución de jurisdicción que la Convención de Viena de 1988 consagra en su art. 4 (a) (iii). Ello al establecer que cada Estado parte "podrá" adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado como confabulación o asociación ilícita ante su comisión fuera del territorio de un Estado parte pero con miras a perpetrar en él, uno de los delitos tipificados en el párr. 1º del art. 3. Que el tratado de extradición bilateral que rige la entrega, la obliga en tales supuestos, "De acuerdo con las disposiciones de este Tratado... para aquellos delitos cometidos fuera del territorio del Estado requirente si: (a) la acción o acciones que constituyen el delito producen efecto en el territorio del Estado requirente..." (art. 2.4.a). Que, a su vez, el art. 5 de ese instrumento convencional, bajo el título "procesos anteriores" (prior prosecutions), regula la concurrencia de jurisdicciones penales con vocación para juzgar un mismo hecho. Incluye tanto aquellos procesos iniciados y concluidos por absolución o condena (ap. 1) como los casos en que el Estado requerido hubiera decidido no iniciar proceso o que, habiéndolo iniciado, no lo continuó (ap. 2). Que una interpretación de buena fe de esa cláusula convencional revela que su objeto y fin es regular la concurrencia de jurisdicciones penales sobre un mismo hecho por parte del Estado requirente y requerido. Fija la unidad de juzgamiento como límite a la obligación asumida de cooperar mediante la extradición, dando preferencia a la jurisdicción del país requerido en salvaguarda del principio non bis in idem, según el alcance del derecho interno del Estado requerido ("cosa juzgada" o double jeopardy en el texto auténtico en

A.6. Aplicación de la ley penal extranjera

La jurisdicción penal de la justicia de nuestro país, que determina el poder del juez para juzgar el caso, debe ejercerse, por regla, aplicando nuestras leyes penales. Sólo excepcionalmente, en virtud de una disposición especial, puede ejercerse aplicando las leyes penales extranjeras.

El derecho nacional no es hermético respecto del derecho extranjero, pues existen casos en que procede el reconocimiento de la cosa juzgada extranjera o de reglas jurídicas extranjeras. No se trata de que el derecho extranjero tenga vigencia en otro país, sino sólo de que el derecho nacional, interno o emergente de un tratado o convención, reconoce sus efectos²¹¹.

Nuestro derecho penal no se ha mantenido al margen de esas reglas. Basta señalar que, según lo visto, a los fines de la extradición el juez argentino debe tener en cuenta si la acción o la pena se hubiesen extinguido según la ley del Estado requirente (art. 11 inc. A, Ley 24.767). El Tratado de Montevideo de 1889 remite a la pena establecida por una ley extranjera en el caso del autor de un delito que afecta varios Estados y que es capturado en el nuestro (arts. 3º y 4º). El art. 50 del C. Penal tiene en cuenta para establecer la reincidencia la condena sufrida en el extranjero²¹².

español o inglés, respectivamente). Que el silencio que semejante cláusula pueda tener con relación a la situación que se configura en el sub lite en que ambos procesos en jurisdicción argentina y extranjera están en trámite no obsta a aplicar la misma solución. Ello toda vez que, una vez iniciado el proceso, cualquiera sea la causal por la que finalice absolucón, condena o no continuación el individuo requerido está al amparo de la garantía que veda el doble juzgamiento según el alcance del ordenamiento jurídico argentino. Que esta interpretación es concordante con la obligación que surge del art. 4.2.d Ver Texto Convención sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes de Viena de 1988 en cuanto fija el deber de adoptar todas las medidas necesarias para que un Estado parte se declare competente respecto de los delitos convencionales que haya tipificado “cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha parte no lo extradite a otra basándose en que: i) el delito se ha cometido en su territorio...”. Que, por último, el temperamento que aquí se propicia está en consonancia con la regla de jurisdicción que consagró el legislador en la ley 24767 al asignarle a la República Argentina preferencia para el juzgamiento, en principio y salvo situaciones de excepción que no se configuran en el sub lite, ante una situación de concurrencia de jurisdicciones (art. 23 contrario sensu). Que la aplicación de una regla sobre la concurrencia de jurisdicciones en el sentido hasta aquí expuesto, lejos de atentar contra la cooperación penal la refuerza ya que procura, en definitiva, hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una dimensión internacional (art. 2, Convención antes citada) desde que la declaración de competencia está basada en la mayor proximidad con el hecho.

²¹¹ NUÑEZ, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal” cit. Tomo I, Pág. 180; NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. 89.

²¹² NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal...” cit. Pág. Cit.

La recién citada Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, 24.767, admite la colaboración y asistencia para la investigación y juzgamiento de delitos cometidos en el extranjero aunque no lo sean en la legislación nacional (art. 67); el cumplimiento en el país de condenas dictadas a nacionales en el extranjero y viceversa; la vigilancia para la efectiva aplicación de condenas de ejecución condicional dictadas en otro país (art. 90); la ejecución de penas de multa y decomiso dictadas en el extranjero (art. 95), etcétera²¹³.

B. Validez temporal de la ley penal

1. Principios generales

El de la validez temporal de la ley penal conforme la sucesión de las leyes penales en el tiempo es una temática vinculada a principios vertebrales del sistema de garantías constitucionales respecto de la represión. Como lo sostiene Fierro, el desarrollo de este tema está dominado por un complejo de postulados doctrinales y, más aún, ideológicos que condicionan inevitablemente su desenvolvimiento teórico. Las ideas que profesemos respecto del valor y conveniencia del principio de legalidad, del concepto de responsabilidad penal, del fundamento y fin de la pena, etc., y obviamente antes que eso, del rol que le asignemos al individuo dentro del Estado, del conflicto entre libertad y seguridad, y otros tantos tópicos ubicados en este ámbito, seguramente que repercutirán –advertida o inadvertidamente- en nuestra opinión sobre el problema²¹⁴.

Básicamente son tres los momentos a considerar a los fines de establecer la ley penal aplicable: a) El tiempo de la comisión del delito; b) El tiempo de cumplimiento de la condena; c) El tiempo intermedio entre ambos.

Dice al respecto al artículo 2 del Código Penal: “*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 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*”. De lo expresado surge claramente que el Derecho Penal argentino

²¹³ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág.137.

²¹⁴ FIERRO, Guillermo J. “La Ley penal y el derecho transitorio” cit. Pág. 167.

acepta el principio de aplicación de la ley más benigna con las limitaciones que la propia ley establece.

Los precedentes legislativos de la citada norma son el art. 7 del Proyecto de Tejedor y el de 1891 y el art. 3 del Proyecto de 1906.

En líneas generales la retroactividad de la ley no es sino la consecuencia de una revaloración jurídica de una relación determinada, revaloración que pretende proyectar sus efectos hacia el pasado en cuanto toma como punto de referencia hechos sucedidos durante la vigencia de otras valoraciones jurídicas a las cuales modifica. Pero esos nuevos efectos siempre se concretarán en el futuro, nunca en el pasado ya que éste es inmutable²¹⁵.

2. Ley penal más benigna

Debemos precisar que en materia de aplicación de la ley en general y de la ley penal en particular rige el principio romano *tempus regit actum*, vale decir que por principio los hechos habrán de juzgarse conforme la ley vigente a la fecha de su comisión. Sin embargo y tal como lo hemos señalado precedentemente el art. 2 del C. Penal consagra excepciones a dicha regla en atención a la mayor o menor benignidad de la ley anterior o posterior a la fecha de comisión del delito.

La norma citada importa reconocer no solamente la retroactividad de la nueva ley más benigna, sino también la ultractividad de la ley anterior más benigna, quedando el principio general de la irretroactividad de la ley penal, contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, interpretado en el sentido de que él se refiere solamente a la inaplicabilidad de una ley más gravosa, posterior a la comisión del hecho²¹⁶.

Sobre el particular el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha resuelto: Con arreglo a lo prescripto por el artículo 2 del Código Penal, *si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley*. El principio de benignidad constituye, a partir de la reforma de la Ley Suprema en 1994, y por imperio del artículo 75, inciso 22, de la Carta Magna, una *garantía constitucional* (artículo 75, inciso 22, C.N.; artículo 9, 2ª disposición, Pacto de San

²¹⁵ FIERRO, Guillermo J. La Ley penal y el derecho transitorio cit. Pág. 170.

²¹⁶ SOLER, Sebastián "Derecho Penal argentino..." cit. Tomo I, Pág. 249.

José de Costa Rica; artículo 15, inciso 1°, 3ª disposición, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Desde que la retroactividad importa la *aplicación de los efectos de una ley nueva a situaciones jurídicas anteriores a su vigencia*, es dable colegir que ella puede darse tanto respecto de *hechos ya acaecidos que han sido juzgados*, como de *hechos ya acaecidos que no han sido objeto de decisión judicial definitiva alguna*. Con relación a la primera de las hipótesis mencionadas, el artículo 514 del C.P.P de Córdoba establece que, *cuando deba quedar sin efecto o modificarse la pena impuesta, o las condiciones de su cumplimiento por haber entrado en vigencia una ley más benigna, el Tribunal de la ejecución aplicará dicha ley de oficio, a solicitud del interesado o del Ministerio Público*. Para la operatividad de este dispositivo, el Tribunal *debe tomar en consideración un hecho ya acontecido y evaluarlo de acuerdo a otras pautas*, esto es, de acuerdo a las pautas que fija la ley más benigna que reclama aplicación. Es por ello que el juzgador, *al volver a tener en cuenta no ya la calificación que el sentenciante diera al hecho ejecutado por el condenado, sino la conducta desplegada por el mismo*, ha procedido justamente como debía, ya que no es posible determinar la eventual aplicabilidad de una nueva ley -que se estima *prima facie* más beneficiosa que una anterior, o mejor, cuyo carácter más beneficioso respecto de una anterior se pretende desentrañar-, si no se lleva a cabo *conforme a los hechos dados por ciertos o bien negados en la sentencia anterior firme*²¹⁷.

Los fundamentos de nuestro sistema legislativo en materia de aplicación de la ley con relación al tiempo, están dados por los siguientes principios:

a) La ley que contiene una nueva incriminación no puede aplicarse a hechos anteriores, porque ello importaría vulnerar el principio de reserva *nullum crimen sine lege*, art. 18, Const. Nacional: *Irretroactividad de la ley penal*.

b) La nueva ley que quita carácter delictivo a un hecho anteriormente reprimido, cobra plena aplicación, por ser innecesario a la defensa social mantener bajo pena esa determinada clase de actos y en consecuencia, es repugnante el

²¹⁷ **TSJCba.**, Sentencia n° Sent. n° 35 del 06/05/05, “MARTINEZ, Deolindo Domingo p.s.a. tenencia de arma de guerra, etc. -Recurso de Casación-”. En igual sentido: Sentencia n° 75 del 30/08/04 en autos: “ROLDAN, Raúl Gustavo p.s.a. encubrimiento agravado, etc.”; Sentencia n° 74 del 05/08/05 en autos: “FERREYRA, Fabián Alejandro -Recurso de Casación-“.

mantenimiento de sanciones que el legislador estima innecesarias: Principio de mínima suficiencia: *No ultractividad*.

c) La ley nueva que establece condiciones más gravosas, no es retroactiva en virtud del principio enunciado sub “a”. Consecuencia: *Ultractividad de la ley que fijaba esas condiciones en la época de la comisión de hecho*.

d) La nueva ley que es menos gravosa, se aplica de pleno derecho desde la época de su promulgación, en virtud de principio general, según el cual las leyes rigen desde su publicación, art. 2º y 3º C.C. y en conformidad con el principio enunciado sub “b”: *No ultractividad de la ley derogada*²¹⁸.

Acorde a lo expuesto resulta necesario determinar con exactitud la *fecha del hecho* y la del *agotamiento de la condena*, lapso en el cual, según se ha visto, resulta de aplicación la norma del art. 2 del C. Penal. Hay sin embargo en doctrina algunos autores que prolongan dicho plazo a punto tal de extender el beneficio de la citada norma a cualquier tiempo en que pueda resultar beneficiosa la aplicación de la nueva legislación como ocurrió con la sanción de la ley 23.057 de modificación al régimen de la reincidencia en virtud de la cual aún aquellos con condena cumplida que hubieren excedido el plazo establecido en el art. 51 del C. Penal podían obtener el beneficio de la libertad condicional por cancelación del antecedente.

Ahora bien ¿Cuándo una ley es más benigna que otra?

Básicamente cuando mitiga las condiciones generales de su sometimiento a la ley penal y las implicancias de esta sujeción respecto de la totalidad del sistema jurídico.

Existen casos en que la modificación introducida por la nueva ley, es solamente más favorable al imputado en forma parcial ya que hay en ella, otras partes que resultan más gravosas y estos supuestos son lo suficientemente frecuentes como para no constituir meros casos académicos. Se trata en estas hipótesis de verdaderas excepciones a la vigencia absoluta y total del principio de la no retroactividad de la ley más gravosa (art. 18 de la Constitución Nacional) pues al estar vedada la aplicación fragmentaria de la nueva ley más benigna para combinarla

²¹⁸ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo y Pág. Cits.

con porciones menos rigurosas de la ley anterior, ya que ello vulneraría el principio también constitucional de la división de los poderes, ocurre que si el delincuente se beneficia con la parte más benigna de la nueva ley, tendrá que cargar con aquella otra parte que lo perjudique, aunque en el balance de ambos cambios resulte favorecido²¹⁹.

El examen comparativo debe concluir por la elección de *una ley*, es decir que será ilícita la aplicación al mismo caso, simultánea o sucesivamente de disposiciones de leyes distintas, en cuyo caso no se aplicaría en realidad ninguna ley, dictada por el legislador, sino una ley confeccionada por el juez, con elementos de distintas leyes, para un caso concreto. No son lícitos los reenvíos de una a otra ley en procura de las disposiciones más favorables: Elegida una ley, ésta se aplica en su integridad y en todo su régimen²²⁰.

Podemos decir en cuanto a lo que la pena refiere que una ley es más benigna que otra cuando conmina con pena menor el castigo de un delito determinado. Para establecer cuál es la pena menor, se deberá estar a lo dispuesto por el art. 5 del C. Penal que establece en orden decreciente el catálogo de penas posibles dentro del sistema. Consecuentemente siempre será mayor la pena de naturaleza más gravosa. Ahora bien, entre dos penas de la misma naturaleza, será más benigna la que posea el máximo menor. Y si los máximos son iguales, será aquella cuyo mínimo sea inferior dado a que confiere mayor discrecionalidad al juzgador.

Así lo ha resuelto el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba cuando dijo: En lo que refiere al modo en que este diferente cuadro normativo impacta en la condena impuesta al condenado, esta Sala ha señalado que la aplicación de la ley penal más benigna, en tanto conlleva una disminución de la escala punitiva, debe a su vez traducirse efectivamente en una reducción del monto de la pena individualizada. La nueva sanción, entonces, no puede ser igual o superior a la fijada por el Tribunal *a quo*, ya que tal situación importaría burlar la *efectividad* del principio constitucional,

²¹⁹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 251.

²²⁰ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 260.

pues esta modificación más beneficiosa debe traducirse en un *minus* de la pena concretamente impuesta²²¹.

Sin embargo las hipótesis que plantea la realidad no son siempre tan sencillas. Supóngase el caso de un individuo juzgado por un delito reprimido con pena de 1 a 3 años de prisión según la ley anterior, pero sin el beneficio de la condena de ejecución condicional; disposición legal que es modificada elevándose la escala penal de 2 a 4 años de la misma pena, pero concediéndose al infractor la posibilidad de gozar de la condicionalidad de la ejecución. En este caso, parece evidente que en concreto será más favorable la ley que conmina al hecho una pena mínima de 2 años, pero que se puede cumplir en libertad a aquella otra de un año de prisión, pero de cumplimiento efectivo. Esto nos indica que el sujeto en cuestión deberá ser castigado recurriéndose a la aplicación retroactiva de una pena más severa (2 años), lo que constituye una excepción parcial y relativa al principio constitucional de la irretroactividad de la ley penal más gravosa, excepción que en última instancia no alcanza a desvirtuar el sentido de la regla, ya que integralmente valoradas ambas leyes –que es el único procedimiento correcto a efectuar- se está aplicando la ley más favorable al delincuente²²².

En este orden de ideas la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba dijo: De conformidad con lo previsto en el art. 2º del Código Penal, corresponde revocar las sanciones de multa y clausura impuestas al contribuyente que no cumplió con la obligación de exhibir públicamente el comprobante de pago perteneciente al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes en los términos del art. 22 de la Ley 24.977, pues debe entenderse que dicha norma quedó tácitamente derogada por la Ley 25.239 que sanciona únicamente con multa la falta de pago de dos cuotas mensuales del impuesto integrado, ya que el mantenimiento de ambas disposiciones resulta contradictorio²²³.

²²¹ **TSJCba.**, Sentencia n° 72 del 27/08/04 en autos: "VILLARRUEL, Diego Jesús p.s.a. robo calificado -Recurso de Casación-". La sentencia cita como precedente la Sentencia n° 69 del 17/11/97 en autos "Farías".

²²² **SOLER**, Sebastián "Derecho Penal argentino..." cit. Tomo I, Pág. 252.

²²³ **C.Fed.Apel.Cba.**, Sala "B", Sentencia del 19/06/03 en autos: La Rosa, Gabriel R. En igual sentido: Sentencia del 20/05/03, Sala "A", en autos "Cooreman, Jorge G.", La Ley Córdoba, 2004 (abril), 292 - DJ, 2004/05/26, 290.

Esa comparación debe, pues, ser hecha con referencia a *todo el contenido de la ley*, partiendo de la pena, de los elementos constitutivos de la figura delictiva, de las circunstancias agravantes o atenuantes de la infracción y tomando en cuenta también las demás situaciones que influyen en la ejecución de la pena, en su suspensión, prescripción, perdón, gracia, liberación, etcétera²²⁴.

Respecto de las leyes intermedias, esto es, aquellas vigentes en el lapso que va desde la comisión del delito hasta el agotamiento de la condena, es necesario distinguir entre las leyes *temporarias* y las leyes *transitorias*.

Las primeras son las que fijan por sí mismas su duración, es decir que prefijan su autoabrogación y que comprenden series temporalmente limitadas de acciones (leyes financieras, leyes extraordinarias de policía, etc.). Su propio carácter hace que la doctrina las excluya de su consideración en este punto. Si una ley temporaria agrava las penas de ciertos hechos cometidos durante un período determinado y vencido el término de la ley, el derecho común más benigno recobraría su imperio con efecto retroactivo, resultaría la total ineficacia de la ley temporaria y por ello es que ordinariamente se firma la subsistencia de las sanciones más graves contenidas en la ley que establecía su autolimitación temporal y que, en consecuencia, tenía perfectamente prevista la terminación de su vigencia²²⁵.

Debe quedar claro entonces que no resulta de aplicación la norma del art. 2 del C. Penal respecto de las leyes transitorias o excepcionales siempre y cuando el derecho común más benigno al recobrar su vigencia, no haga retroactivo el imperio de sus disposiciones.

C. Validez personal de la ley penal

El principio de igualdad ante la ley: Limitaciones

El principio general que regula la eficacia del Derecho Penal con respecto a las personas, es que las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes (art. 1, Cód. Civ.). Resulta, por tanto, que cualesquiera que sean las condiciones o calidades

²²⁴ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 259. Lo destacado es nuestro.

²²⁵ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 262.

personales del autor, y cualquiera que sea su nacionalidad, queda sometido al imperio de la ley argentina²²⁶.

Conforme lo establece el art. 16 de la Constitución Nacional el sistema jurídico no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento. Niega la citada norma la existencia de fueros personales ni títulos de nobleza, consagrando el principio de *igualdad ante la ley*.

Los privilegios de que gozan ciertas personas, no lo son con respecto a la **responsabilidad penal**, sino a la **aplicabilidad de la ley**. No son causas que excluyan la pena, pues en unos casos, se trata, sólo de no aplicabilidad temporaria de la ley; en otros, de la aplicación de distintas normas, y en otros, en fin, de exención de pena para **el acto** por motivo de su naturaleza y de las funciones que su autor desempeña. Así, pues, no puede hablarse de **causas personales** de exención de pena, pues la misma persona beneficiada por el privilegio en ejercicio de determinada función, no lo es fuera de él. **En el derecho argentino no existe ninguna causa de exención de la responsabilidad**, basada en prerrogativas personales²²⁷.

Las limitaciones existentes son consideradas excepciones al principio territorial y están fundadas, tanto en el derecho internacional, cuanto en el derecho interno.

a) Las limitaciones surgidas del **derecho internacional** encuentran su razón de ser en las relaciones recíprocas que toda nación mantiene con los restantes Estados del mundo y la función que algunas personas extranjeras desempeñan dentro del territorio nacional. Dichas personas están protegidas por una inviolabilidad²²⁸ e inmunidad²²⁹ frente a la ley represiva y a todo tipo de medida coercitiva, exención que deriva de normas convencionales y consuetudinarias del derecho de gentes²³⁰.

Empero, señala Fierro, no debe de manera alguna entenderse por ello que esos sujetos están al margen de la legislación local, o que sus actividades o relaciones se regulan por disposiciones legales diferentes de las nacionales mientras estén

²²⁶ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág.149.

²²⁷ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág. cit.

²²⁸ Impone al Estado ante el cual está acreditado el representante extranjero, una conducta positiva de protección frente a un ataque ilícito que pudiera afectarlo.

²²⁹ Tiene por objeto una abstención de ejercer contra él cualquier actividad coercitiva, aún cuando fuere conforme al derecho nacional.

²³⁰ FIERRO, Guillermo J. “La ley penal y el derecho internacional” cit., Pág. 112 y nota 127.

ejerciendo sus funciones representativas. Significa, tan sólo, que están exentos de la jurisdicción local y que contra ellos no se pueden llevar a cabo los actos coercitivos propios a la actuación del derecho. Esta inmunidad es total en materia penal y muy amplia en el derecho civil. Se complementa además, por razones de cortesía y recíproca buena voluntad, con exenciones impositivas²³¹.

Entre las personas alcanzadas por estas excepciones tenemos en primer lugar al *jefe de un estado extranjero*, que en ejercicio de su cargo se encuentre circunstancial o temporalmente en territorio de otro país, en visita oficial o estadía privada y aún cuando el jefe de Estado *reconocido*²³² por el país en donde se halla, haya sido derrocado o está exiliado²³³.

Tal privilegio está protegido penalmente como delito que compromete la paz y la dignidad de la nación (Título 9, Capítulo 2), art. 221 al reprimir con prisión de seis meses a dos años, a quien violare las inmunidades del jefe de un Estado o del representante de una potencia extranjera.

La inmunidad o inviolabilidad comprende no solamente a su persona sino también a todo el séquito que viaja con él, incluyendo en especial a los miembros de su familia y funcionarios o personal acompañante. Debe tenerse presente, sostiene Fierro, que se entiende por jefe de estado a la persona que representa y ejerce el poder político supremo de determinado Estado y siempre con arreglo a sus propias normas constitucionales, cualquiera que sea el título que invista, el origen y forma de adquisición del cargo, alcance de sus atribuciones y forma de desempeñarlo. Puede éste ser, además, unipersonal, que es el caso más frecuente o colegiado, en cuyo caso comprende al miembro que conforme a las normas nacionales inviste la representación exterior del Estado²³⁴.

Así lo determina el Tratado de Montevideo de 1940, art. 7, cuando establece: Para el juzgamiento de los delitos cometidos por cualquiera de los funcionarios de

²³¹ **FIERRO**, Guillermo J. “La ley penal y el derecho internacional” cit., Pág. 113.

²³² Aclara Fierro en la nota 134 que el reconocimiento de un gobierno por parte de los demás Estados, implica que ese examen ya ha sido realizado, pues ésa es la oportunidad para efectuarlo, pudiendo lógicamente no reconocerlo, en cuyo caso no recibirá a ese jefe de Estado como tal en una visita oficial. Lo destacado es nuestro.

²³³ Conf. **FIERRO**, Guillermo J. “La ley penal y el derecho internacional” cit., Pág. 114 y notas 136 y 137. Lo destacado es nuestro.

²³⁴ **FIERRO**, Guillermo J. “La ley penal y el derecho internacional” cit., Pág. 115.

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 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.

Están también amparados por las prerrogativas que venimos analizando los *agentes diplomáticos* de diferentes jerarquías²³⁵ que se hallen debidamente acreditados ante el Estado para el cual han sido designados, sean permanentes o transitorios; los *ministros de Estado* o *funcionario jerarquizado* que encabece o presida una misión especial. Al igual que ocurre con los jefes de Estado, la inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción que se les dispensa comprenden tanto al jefe de la misión como a todo el personal oficial y respectivas familias, mientras que la extensión de la inmunidad al personal de servicio que compone la delegación y no sean nacionales del estado receptor, es menor y en tanto se trate de actos de servicio²³⁶.

La Corte que posee competencia originaria en la materia (Const. Nac. art. 116), ha reconocido tales prerrogativas de manera uniforme y prescribe que los locales de la misión diplomática son inviolables y los agentes del Estado receptor no podrán ingresar en ellos sin el consentimiento previo del jefe de la misión, protección que hace extensiva al mobiliario y demás bienes situados en ella, así como también a los archivos y documentos dondequiera que se encuentren. Similar prerrogativa tienen los medios de transporte de la misión y las residencias particulares de todos los agentes diplomáticos que tengan oficialmente ese estado²³⁷.

Los *cónsules*, como es sabido, se sitúan en un plano jurídico inferior a los restantes agentes diplomáticos pues actúan como auxiliares de ellos y *carecen de carácter representativo*. Por tales motivos, las prerrogativas e inmunidades son menores y así la práctica internacional había resuelto que los cónsules sólo podían

²³⁵ Cuya situación fue regulada mediante la Convención sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas, celebrada en Viena con fecha 18/04/1961.

²³⁶ FIERRO, Guillermo J. "La ley penal y el derecho internacional" cit., Pág. 117.

²³⁷ Conf. FIERRO, Guillermo J. "La ley penal y el derecho internacional" cit., Pág. 126 y nota 164.

ser privados de su libertad por la comisión de crímenes graves, pero quedaba en claro que no estaban exentos de la jurisdicción de los tribunales locales²³⁸.

La cuestión en el derecho positivo

Como se señaló oportunamente corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros (art. 116 Constitución Nacional).

Ahora bien, todo delito cometido por un representante extranjero en el ejercicio de su función es, en todo caso, atraído por la jurisdicción de su país, en virtud del principio real y no hay en tal caso impunidad, aún cuando el sujeto queda fuera del alcance de la ley argentina. Pero puede el agente cometer un delito común. Entonces la práctica internacional establece que los tribunales del país no lo juzguen y respeten aún así el privilegio, de modo que, aplicando la Corte Suprema las normas del derecho internacional, concluirá declarando su incompetencia a favor del país representado mientras que subsiste la representación. Tal caso conduciría a que el Poder Ejecutivo entregara las credenciales a la persona “no grata” del representante²³⁹.

Esa es, diríamos, la situación normal, dentro de la anormalidad constituida por la hipótesis de que un embajador cometa un delito. Pero si la nación representada desafiara al embajador, o si el embajador mismo renuncia a su privilegio con la conformidad de su nación, queda sometido a la jurisdicción local²⁴⁰.

Este tema relacionado con la inmunidad de los Jefes de Estado, Ministros y embajadores extranjeros, al igual que el personal militar foráneo que en tiempo de paz se encuentra transitoriamente en nuestro territorio, debe ser considerado como una excepción a la plena vigencia del principio de la territorialidad y ha sido objeto de diversos acuerdos y tratados internacionales, debiendo citarse entre ellos, la Convención sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas celebrada en Viena en 1961, ratificada por nuestro país según Decreto-ley n° 7672 y Ley 16.478; la

²³⁸ **FIERRO**, Guillermo J. “La ley penal y el derecho internacional” cit., Pág. 120. Lo destacado es nuestro.

²³⁹ **SOLER**, Sebastián “Derecho Penal argentino” cit. Tomo I, pág. 268.

²⁴⁰ **SOLER**, Sebastián “Derecho Penal argentino” cit. Tomo I, pág. 269.

Convención sobre Relaciones Consulares también celebrada en Viena en 1963 y ratificada por Ley 17.081; la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas del 13 de febrero de 1946, ratificada por Decreto-Ley n° 15.971; etcétera²⁴¹.

La *Antártida* Argentina o Sector Antártico Argentino está como todos sabemos, delimitada por los meridianos 25° y 74° Oeste y el paralelo 60° de latitud Sur, forma parte de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur creada por Ley 23775²⁴² y posee una regulación jurídica especial. La presencia argentina en la Antártida está reglada por el *Tratado Antártico* suscripto por nuestro país conjuntamente con Australia, Bélgica, Chile, la república Francesa, Japón, Nueva Zelandia, Noruega, la Unión del Africa del Sur, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América, el 1 de Diciembre de 1959²⁴³, ratificado por nuestro país mediante la sanción de la Ley 15.802, cuyas disposiciones se aplican a la región situada al sur de los 60° de latitud sur, incluidas todas las barreras de hielo (art. 6).

Conforme lo establece el art. 7 del Tratado, las Partes Contratantes tienen derecho a designar observadores que serán nacionales de la Parte Contratante que los designa, en el caso de nuestro país es una atribución del Gobernador de Tierra del Fuego. El *observador* representa la autoridad civil en la zona y tiene facultad de inspección en todo momento de todas las regiones de la Antártida, estaciones, instalaciones y equipos que allí se encuentren, así como todos los navíos y aeronaves, en los puntos de embarque y desembarque de personal o de carga en la Antártica.

En lo que concierne a la jurisdicción sobre todas las personas en la Antártica (los observadores, el personal científico así como los miembros del personal acompañante de dichas personas), el Tratado establece que estarán sometidos sólo a la jurisdicción de la Parte Contratante de la cual sean nacionales, en lo referente a las acciones u omisiones que tengan lugar mientras se encuentren en la Antártida con el fin de ejercer sus funciones (art. 8).

²⁴¹ Así en SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino” cit. Tomo I, pág. 270; FIERRO, Guillermo J. “La ley penal y el derecho internacional” cit., Pág. 124.

²⁴² (B.O. 15/05/90). Antes era Territorio Nacional.

²⁴³ Entro en vigencia el 23 de Junio de 1961.

El Tratado Antártico, señala Fierro, consagra cierta inmunidad respecto de los observadores y el personal científico que los estados signatarios pueden designar en el territorio de La Antártida. Todos ellos están sometidos a la jurisdicción de la parte contratante de la cual sean nacionales y se presidente, a los fines de la aplicación de la ley penal, del lugar en donde el hecho delictivo fuera cometido²⁴⁴.

No consideramos que se trate de una *inmunidad* en la extensión significativa del término, sino de preservar en ese ámbito de actividad puramente científica, -tal como lo ha sido declarado en su preámbulo- en miras primordialmente del progreso de toda la humanidad, el espíritu de cooperación internacional, que podría verse afectado si un argentino tuviera que ser sometido a juicio de autoridades extranjeras o viceversa. Ese es a nuestro modo de ver la finalidad que anima la norma, colocándola fuera de todo criterio de intervención.

Como fácilmente se puede apreciar, señala Fierro, tal enunciación vale tanto para los argentinos que cometan un hecho delictivo en la zona reclamada por otros países, como para los extranjeros que delincan en nuestra zona antártica, claro está, siempre que se trate de personal científico intercambiado, sus acompañantes y los observadores que las potencias signatarias puedan nombrar²⁴⁵.

b) Las limitaciones surgidas del *derecho interno* son *privilegios de orden procesal* que tienen el alcance de un impedimento, que posterga el juicio común, hasta que se hayan producido ciertos actos no jurisdiccionales (desafuero, destitución), después de los cuales la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios (60 y 115 primer párrafo de la Constitución Nacional)²⁴⁶.

El fundamento político de estas excepciones está dado por el hecho que en la medida que la persona ostente el carácter de funcionario público, perteneciente a cualesquiera de los tres poderes del Estado nacional, provincial o municipal, mantiene la representación de éste y el Estado como tal no puede ser juzgado ni

²⁴⁴ Conf. **FIERRO**, Guillermo J. "La ley penal y el derecho internacional" cit., Pág. 122.

²⁴⁵ **FIERRO**, Guillermo J. "La ley penal y el derecho internacional" cit., Pág. 150.

²⁴⁶ **SOLER**, Sebastián "Derecho Penal argentino" cit. Tomo I, pág. 266.

condenado. Por esa razón es menester quitarle dicha representación y volverlo a su situación de ciudadano común para que proceda la aplicación de la ley penal.

Los casos en que es preciso cumplir *requisitos previos* para la aplicación de la ley penal, son los previstos en los artículos 53, 59,60, 68, 69,70, 114, inciso 5° y 115 de la Constitución Nacional, referidos al presidente, al vicepresidente de la Nación, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros, a los legisladores y a los jueces de la Corte Suprema y de los demás tribunales de la Nación. Producida la destitución o el desafuero, quedan sujetos a acusación, juicio y castigo, conforme a las leyes, ante los tribunales ordinarios (arts. 60 y 70, Const. Nac.). El Presidente de la Nación puede, pues, ser objeto de acusación penal, por los hechos delictuosos realizados durante su mandato, para lo cual es necesario que se dé una de estas dos situaciones: a) que haya terminado su mandato; b) que durante el ejercicio del Poder Ejecutivo, haya sido destituido mediante el procedimiento del juicio político (arts. 59 y 60, Const. Nac.). Similar es lo que ocurre con los otros miembros del Poder Ejecutivo y con los del Poder Judicial, que pueden ser juzgados al cesar en sus cargos por decisión propia o por juicio político (arts.53, 59, 60, 114, inc. 5° y 115, Const. Nac.)²⁴⁷.

A nivel nacional el procedimiento está reglado por Ley n° 24.320²⁴⁸ de reformas al Código de Procedimiento penal de la Nación, denominada “*Nuevo régimen de inmunidades para legisladores, funcionarios y magistrados*”, según la cual cuando, por parte de juez nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se abra una causa penal en la que se impute la comisión de un delito a un legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político, el tribunal competente seguirá adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión. El llamado a indagatoria no se considera medida restrictiva de la libertad pero en el caso de que el legislador, funcionario o magistrado no concurriera a prestarla el tribunal deberá solicitar su desafuero, remoción o juicio político. En el caso de dictarse alguna medida que vulnere la inmunidad de arresto, la misma no se hará efectiva hasta tanto el legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político no sea separado de su cargo. Sin perjuicio de ello el proceso podrá seguir adelante hasta su total conclusión. El tribunal solicitará al

²⁴⁷ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág. 150.

²⁴⁸ B.O. 13/09/00.

órgano que corresponda el desafuero, remoción o juicio político, según sea el caso, acompañando al pedido las copias de las actuaciones labradas expresando las razones que justifiquen la medida. No será obstáculo para que el legislador, funcionario o magistrado a quien se le imputare la comisión de un delito por el que se está instruyendo causa tenga derecho, aun cuando no hubiere sido indagado, a presentarse al tribunal, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, puedan serle útiles. No se podrá ordenar el allanamiento del domicilio particular o de las oficinas de los legisladores ni la interceptación de su correspondencia o comunicaciones telefónicas sin la autorización de la respectiva Cámara²⁴⁹.

Si un legislador hubiera sido detenido en virtud de lo dispuesto por el artículo 69 de la Constitución Nacional, el tribunal pondrá inmediatamente en conocimiento del hecho al cuerpo legislativo correspondiente, quien decidirá por los dos tercios de los votos, en sesión que deberá realizarse dentro de los diez días, si procede el desafuero. En este caso se actuará conforme al artículo 70 de la Constitución Nacional. Para el caso de denegar la Cámara el desafuero, el juez dispondrá la inmediata libertad del legislador²⁵⁰.

El artículo 4 de la citada ley establece: Si fuera denegado el desafuero, la suspensión o remoción solicitados, el tribunal declarará por auto que no puede proceder a la detención o mantenerla continuando la causa según su estado. En cualquier caso, agrega la norma, regirá la suspensión del curso de la prescripción prevista en el artículo 67 del C. Penal.

Pero el art. 67, fue objeto de reformas por la Ley 25.990²⁵¹. El párrafo segundo de la citada norma legal cuyo texto establecía: “*La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público*”, fue derogado. Esta ley, es una ley técnicamente más benigna para quienes aún no hayan sido condenados por sus delitos cometidos en el desempeño de la función pública -retroactividad de la ley penal más benigna- y quienes delincan en la función pública a partir de su entrada en vigencia -

²⁴⁹ Artículo 1. El artículo 2 fija las pautas del procedimiento.

²⁵⁰ Artículo 3.

²⁵¹ B.O.N. 11/01/05.

ultractividad de la ley penal más benigna-. Se trata entonces y en pocas palabras de una ley de *amnistía encubierta*²⁵² .

En el ámbito local, la última reforma Constitucional de la provincia del 14 de setiembre de 2001, derogó las inmunidades de proceso y arresto de los legisladores, que estaban reguladas en los arts. 94²⁵³ y 95²⁵⁴ de la Constitución anterior, suprimiendo el proceso de desafuero.

Consecuentemente la investigación de un hecho delictivo cometido por un Legislador le corresponderá al Juez de Instrucción solamente cuando dicho legislador esté sujeto a desafuero -como es el caso de los legisladores nacionales (art. 70 de la CN) y de los legisladores de otras provincias en las que sus constituciones aún requieran salvar aquel obstáculo de procedibilidad-. Por dicha razón los Legisladores de la provincia de Córdoba deben ser investigados por el Fiscal de Instrucción, atento a la última reforma de nuestra carta Magna, y más aún si el mismo ha cesado en su mandato. Si el imputado no tiene actualmente privilegios constitucionales no es el procedimiento de la investigación jurisdiccional que prevé el art. 340 del CPP el que corresponde aplicar sino el de la investigación Fiscal preparatoria instituida por la ley para todos aquellos que precisamente no tienen privilegio constitucional (art. 301 y concordantes del CPP). Esto no afecta la garantía de “Juez natural” pues las leyes que atribuyen competencia o determinan procedimientos, no “sustraen” a los justiciables de “sus jueces naturales” sino que se les provee jurisdicción aunque por medio de otros órganos judiciales preestablecidos²⁵⁵.

Debe quedar claro sin embargo que, en relación a las personas respecto de las cuales existen limitaciones procesales para la aplicación de la ley penal, a las que nos

²⁵² **SUAREZ**, María de las Mercedes “Teoría del delito”, Soluciones Gráficas Córdoba, año 2006, Pág. 184.

²⁵³ Artículo 94. Desde el momento de su elección o incorporación en el caso de los suplentes, hasta el cese de sus mandatos, los legisladores tienen inmunidad de arresto, salvo el caso de ser sorprendidos en flagrante ejecución de un delito doloso y siempre que sea necesario mantener la privación de libertad para asegurar la investigación y actuación de la ley. Esta situación debe ser comunicada de inmediato a la Cámara respectiva, con información sumaria del hecho.

²⁵⁴ Artículo 95. Cuando se promueva acción penal contra un legislador, el tribunal competente practica una información sumaria que no vulnere la inmunidad de aquél, y si corresponde solicita el desafuero a la Cámara a la que pertenece. Esta examina las actuaciones en juicio público, y puede suspender al imputado en sus funciones con el voto de los dos tercios de los presentes y ponerlo a disposición del tribunal requirente a sus efectos.

²⁵⁵ **Excma. Cámara de Acusación de Córdoba**, Autos: “Recalde, Martín - Coacción etc.”. Auto n° 18 del 29 de abril de 2005, Sec. 1.

hemos referido precedentemente, fundadas tanto en el derecho internacional, cuanto en el derecho interno, en caso de *flagrancia*²⁵⁶, resulta igualmente procedente el *arresto*, cuyo objetivo es hacer cesar los efectos del delito o evitar su consumación. En la Constitución Nacional encontramos al respecto la norma del art. 69 que establece: “Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido *infraganti* ²⁵⁷ en la ejecución de algún crimen que merezca le pena de muerte, infamante u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho”.

No debemos por tanto confundir la finalidad de esta *medida de coerción personal*, con aquel procedimiento previsto para colocar a determinadas personas, en la situación de ciudadano común y de ese modo someterlas al proceso penal²⁵⁸. El arresto como medida de coerción personal, denominada por Nuñez de *seguridad procesal*, consiste en la privación de la libertad personal por muy corta duración²⁵⁹ con mantenimiento de la persona en un determinado lugar²⁶⁰.

El proceso de desafuero, destitución o juicio político, surge de la necesidad de despojar a un ciudadano, de la condición de funcionario²⁶¹, en virtud de la cual posee *representación estatal*. Esto porque el Estado (sea nacional, provincial o municipal) no puede ser sometido a juicio.

Entonces, un funcionario público en pleno ejercicio del cargo puede ser arrestado, en caso de ser sorprendido en flagrante delito. Pero para ser sometido a juicio se requiere inexcusablemente su previa destitución.

Gozan también de privilegio las *opiniones parlamentarias*. Establece el art. 68 de la Constitución Nacional: “Ninguno de los miembros del Congreso puede ser

²⁵⁶ Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; mientras es perseguido pro la fuerza pública, el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito (art. 176 CPPCba.)

²⁵⁷ Debiera decir *in flagranti*.

²⁵⁸ Art. 53, 59, 60 de la Constitución Nacional, 112 de la Constitución de Córdoba.

²⁵⁹ En el Código Procesal Penal de la Provincia está prevista por un lapso no mayor al de 24 horas (art. 274, segundo párrafo).

²⁶⁰ NUÑEZ, Ricardo C. “Código Procesal penal de la Provincia de Córdoba anotado”; Lerner Córdoba 1978, Pág. 222.

²⁶¹ Esto es todo aquél que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente (C. Penal, art. 77).

acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”²⁶².

El artículo 5 de la Ley 24.320, que según se ha visto regula el régimen de inmunidades para legisladores, funcionarios y magistrados, reglamenta el citado privilegio y establece: En el caso del artículo 68 de la Constitución Nacional, se procederá al rechazo *in limine* de cualquier pedido de desafuero.

Con esta disposición no crea la Constitución Nacional un nuevo fuero personal de los que en su art. 16 había suprimido; la exención, podría decirse, no se refiere, en principio a la persona, sino a la función y más propiamente al acto. No se trata precisamente de que un privilegio personal haga impune el acto, sino que es el carácter del acto el que hace impune a la persona²⁶³.

Esas opiniones o discursos tienen que ser emitidos *desempeñando el mandato de legislador*, es decir que alcanzan a las presentaciones escritas, a las manifestaciones de comisión, a las de una comisión especial investigadora, tanto como a los discursos producidos en las sesiones. Por el contrario, no comprenden, naturalmente, las manifestaciones privadas, ni los discursos políticos o de cualquier otro carácter hechos fuera de la actividad oficial de legislador²⁶⁴.

Ha dicho la Corte en fallo dividido al respecto: Al expresar la Constitución Nacional que ninguno de los miembros del Congreso de la Nación puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato, no parece dudoso que -con la excepción del supuesto del art. 29-, el carácter absoluto de la inmunidad, en atención a su propia naturaleza, es requisito de su propia eficacia, siendo que el retraimiento de ese carácter absoluto mediante el reconocimiento de excepciones a la prohibición del art. 68, haría peligrar el aseguramiento del más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran personalidades públicas o materias de interés público (Del voto en disidencia parcial del doctor Fayt). La protección de las opiniones de los legisladores -art. 68, Constitución Nacional- excede de la función expresiva de los miembros del Congreso y debe ser interpretada en sentido más amplio y absoluto -en el caso, se

²⁶² Conc. Art. 89 Constitución de Córdoba.

²⁶³ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino” cit. Tomo y pág. Cits.

²⁶⁴ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino” cit. Tomo I, pág. 272.

acogió la excepción de falta de acción opuesta en la acción resarcitoria entablada contra un diputado por acusaciones vertidas en medios periodísticos-, ya que si hubiera un medio de violarla impunemente, se lo emplearía con frecuencia para coartar la libertad de aquellos, burlando su privilegio y frustrando la Constitución en una de sus disposiciones más sustanciales (Del voto del doctor Maqueda). La garantía de inmunidad de expresión de los miembros del Congreso de la Nación -art. 68, Constitución Nacional- debe interpretarse con carácter amplio y absoluto, partiéndose de la presunción de que toda incriminación a un legislador basada en la emisión de opiniones -en el caso, se demandó civilmente por acusaciones vertidas en medios periodísticos contra funcionarios públicos- es política o institucionalmente dañosa o riesgosa y debe ser excluida, pues es preferible tolerar el posible y ocasional exceso de un diputado o senador a introducir el peligro de que resulte presionada o entorpecida la actividad del Poder Legislativo. Es procedente la excepción de falta de acción por inmunidad de jurisdicción que interpuso el legislador demandado en una acción resarcitoria debido a ciertas acusaciones formuladas en medios periodísticos que guardaban conexidad con la función legislativa desempeñada -en el caso, el demandado investigaba las contrataciones del Estado y efectuó declaraciones en virtud de supuestas irregularidades al contratarse servicios informáticos en la Dirección General Impositiva-, por aplicación de la garantía de inmunidad de expresión -art. 68, Constitución Nacional-, cuyo carácter absoluto, en atención a su propia naturaleza, es requisito inherente a su concreta eficacia²⁶⁵. Gozan de la misma inmunidad los miembros de las convenciones constituyentes.

Ahora bien, esta circunstancia no puede funcionar como causal de justificación del hecho mismo. Parece más lógico suponer que siendo la libertad de opinión la base misma del régimen democrático, ha sido preferible correr el riesgo excepcional de un abuso y soportarlo, que el de establecer un control de los que tienen que aplicar la ley sobre los que tienen que hacerla, con grave peligro de estancamiento. Se ha elegido de entre dos males posibles el menor, evitándose una

²⁶⁵ **SCJN**, Autos: “Cossio, Ricardo J. c. Viqueira, Horacio” del 17/02/04, publicado en DJ, 2004/03/31, 782 - Sup.Const, 2004 (abril), 47 - Sup.Const, 2004 (mayo), 65.

dictadura judicial de controles evidentemente conservados, que podían extenderse a esferas políticas. El Parlamento y el pueblo son los jueces de esos actos²⁶⁶.

En un solo caso el acto del legislador no está substraído al régimen de responsabilidad, la que alcanza, más que a la opinión, al voto mismo: Cuando ese voto importa conceder al Poder Ejecutivo (nacional o provincial) facultades extraordinarias, la suma del poder público, o sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de algún gobierno o alguna persona (C.N., 29; C.P., 227). Tal excepción deriva de la Constitución, como debía ser; el Código Penal establece la pena y con ella se tutela la base misma del régimen político que nuestra Carta establece²⁶⁷.

²⁶⁶ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino” cit. Tomo I, pág. 273.

²⁶⁷ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino” cit. Tomo I, pág. 274.

PARAGRAFO 3°

LEY Y DERECHO PENAL

Hemos dedicado los Parágrafos 1 y 2 al estudio de la ley penal, sus principios generales, interpretación y aplicación. A continuación, analizaremos esas mismas normas que ordenadas sistemáticamente conforman el Derecho Penal.

I. Nociones preliminares

A. Denominación

La rama del Derecho, objeto de nuestro estudio, era expuesta frecuentemente por los juristas italianos clásicos bajo la denominación de *Diritto Criminale*. Así lo hicieron Carmignani y Carrara. Sin embargo, señalando un contraste con ese lenguaje de los toscanos, el maestro expositor de los principios de la escuela napolitana, Enrico Pessina, expuso su sistema bajo el título de *Elementi di diritto penale*. De este modo a partir del siglo XIX se emplearon indistintamente las dos voces para denominar esta rama de la ciencia jurídica.

Sin embargo, lo que interesa al respecto es el sentido de estas denominaciones. Evidentemente, la expresión “Derecho criminal”, hacía referencia al objeto mismo de consideración, es decir, al delito. Y en esta referencia al objeto se señala su significación social, por cuanto se califica el contenido de la acción con el adjetivo “criminal”, para significar algo que contrariaba los principios ticos fundamentales reguladores de la vida social.

Cuando aparece la denominación “Derecho Penal”, ya no se atiende al objeto, sino a la consecuencia que resulta del hecho criminal, es decir, la pena. Fueron las ideas de los revolucionarios del XVIII y el pensamiento característico del Iluminismo liberal, los que gestaron el principio del “*nullum crimen, nulla poena sine preavia lege poenali*”, a partir del cual la calidad, cantidad y el modo de cumplir las penas se transformaron en temas de especial consideración para los estudiosos del derecho penal.

En nuestro país, salvo Tejedor que intituló su libro Curso de Derecho Criminal (1860), el resto de los autores adoptó la otra nomenclatura, vale decir la de Derecho Penal. Así nominaron sus trabajos Rodolfo Rivarola, Julio Herrera, Octavo González Roura, José Peco, Sebastián Soler, Eusebio Gómez, Luis Giménez de Asúa, Carlos Fontán Balestra, Eugenio Raúl Zaffaroni, Roberto A. M. Terán Lomas y Carlos Creus, entre otros²⁶⁸.

Es necesario destacar así también que hay además una circunstancia legislativa que proporciona base a esta denominación y es que nuestro Código nació a la vida jurídica en 1886 y sus posteriores modificaciones no la cambiaron, bajo la designación de “Código Penal de la República Argentina”. Esa y las razones apuntadas anteriormente determinaron que nuestra asignatura lleve el nombre de Derecho Penal.

B. Concepto

En cuanto al concepto de Derecho Penal se advierten en la “Escuela de Córdoba de Derecho Penal” (Soler-Nuñez), dos tendencias claramente diferenciadas. Una de ellas (Nuñez), hace hincapié en la potestad de castigar (*ius puniendi*). Es la denominada *concepción subjetiva* del Derecho Penal que mira al sujeto titular de esa potestad, que es quien debe dictar la ley en un ámbito reglado con permisos y prohibiciones.

En sentido Nuñez define el Derecho Penal como la rama del Derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles²⁶⁹. Al desarrollar el concepto el citado autor, destaca su función primordial cual es la de regular la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias. Estas no se agotan hoy en las penas, sostiene Nuñez, como sucedía en las leyes antiguas y en las legislaciones clásicas, cuyo único objetivo era el castigo del delincuente. Uno de los aportes fundamentales de la escuela positiva de derecho criminal, fue su valor como incentivo para ampliar los medios jurídicos utilizables por el Estado para luchar contra la delincuencia,

²⁶⁸ NUÑEZ, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal” cit. Tomo I, Pág. 7 y siguientes. NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit., Pág. 15.

²⁶⁹ NUÑEZ, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal” cit. Tomo I, Pág. 11.

agregando a las *penas*, las *medidas de seguridad*, también como un medio regulable por el legislador penal y cuya aplicación presupone la comisión de un delito y un debido proceso judicial²⁷⁰.

La otra (Soler) hace referencia al derecho positivo –derecho vigente-, a sus notas características (*concepción objetiva* del Derecho Penal). Así conforme la definición de Soler, el Derecho Penal es *la parte del derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva*²⁷¹. Esto porque no todas las consecuencias determinadas por el incumplimiento de un precepto jurídico (sanciones) son iguales o de la misma naturaleza; unas veces, tiende a producir directamente la situación que el precepto quería y que alguien desoyó; otras veces, procuran una satisfacción distinta pero equivalente a la debida; finalmente, importan, además, una consecuencia no deseada y gravosa para el trasgresor. Las normas jurídicas procuran, pues, ora una reposición real de las cosas al estado anterior (p. ej. la devolución del objeto sustraído a su dueño); ora una reposición simbólica que asume la forma de una reparación (la entrega de una suma de dinero en lugar de la cosa misma); ora, una retribución (la disminución de un bien jurídico del trasgresor)²⁷².

Esa es la característica propia de la norma de Derecho Penal pues la conmoción individual o social que el delito causa, no puede resolverse de otro modo y, si bien el delito como tal es fuente natural de obligaciones (en general, Libro II, Sección II, Título 8 Código Civil; en particular, art. 1077 y subsiguientes del mismo Código), lo cual obliga a quien delinque a reparar los daños causados por el delito (art. 29 del C. Penal), tal indemnización es de orden exclusivamente material y resulta por sí sola insuficiente a los fines de reparar la afectación de bienes a los cuales la comunidad ha otorgado valor supremo, como son lo que custodia el Derecho Penal.

La inclusión de las medidas de seguridad en el marco de la tarea legislativa del Derecho penal abrió camino a la bisección doctrinaria entre monistas y binaristas.

²⁷⁰ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit., Pág. 15.

²⁷¹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal Argentino” cit. Tomo I, Pág. 3.

²⁷² SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 2.

Cuando se habla de monismo en contraposición a binarismo, se hace referencia a la división de la doctrina en dos sectores: Aquél que asigna al Derecho Penal una función básicamente represiva (prevención especial-monismo) y aquél que atribuye a esta rama del derecho la doble función preventivo-represiva (binarismo), ubicando en la primera, las medidas de seguridad. En este último sentido se pronuncia Creus, cuando dice: Sea cual fuere su caracterización y naturaleza, ya no se puede negar que las leyes penales actuales erigen, a consecuencia del hecho delictivo, al lado de la pena, las medidas de seguridad, por lo menos para determinados círculos de autores, con una cierta función de prevención especial que tiende a impedir que el sujeto vuelva a adoptar conductas similares. Normalmente aparecen en los casos en que la amenaza de la pena, respecto del sujeto particular, no puede cumplir su función de protección intensificada de los bienes jurídicos. Pero la medida de seguridad que es propia del derecho penal es la que, como la pena, se relaciona con un hecho caracterizado como delito; toda otra que no posea esa etiología queda fuera de su regulación²⁷³.

II. El Derecho Penal como parte del ordenamiento jurídico

A. Caracteres

1. Derecho Público

La determinación de lo que es delito y su pena no es una actividad que pueda quedar librada a los particulares. De acuerdo a la organización del sistema jurídico argentino, tampoco las provincias están facultadas para hacerlo, a excepción de los delitos de imprenta, como se verá oportunamente, desde es que una función delegada a la nación, concretamente al Congreso por disposición expresa del art. 75 inc 12° de la Constitución Nacional.

Al estudiar las fuentes de producción de las normas penales, veremos que solamente el Estado asume modernamente ese carácter. La creación de las figuras delictivas y la amenaza de imponer una pena al trasgresor es una actividad típicamente pública del Estado: es la expresión de su máximo poder interno²⁷⁴.

²⁷³ CREUS, Carlos “Derecho Penal – Parte General- 2da. Edición, actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires 1990, Pág.3.

²⁷⁴ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 17.

Las personas privadas sólo intervienen en la esfera del Derecho Penal común como sujetos activos o pasivos de delitos²⁷⁵. El Derecho Penal no regula las relaciones de los individuos entre sí, sino la de estos con el Estado²⁷⁶.

Esta característica se pone nítidamente de manifiesto en el Proceso Penal; las partes en el proceso penal son: El imputado y el Ministerio público Fiscal que representa al Estado. El particular ofendido por el delito sólo podrá participar en el proceso penal como querellante particular (Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Córdoba, Título V, Capítulo II) o como actor civil (Título V, Capítulo III, del mismo cuerpo legal).

Al respecto es ilustrativo recordar la forma en que se individualizan los procesos penales en los Estados Unidos de América donde se caratulan: “El estado contra.....”.

Esa relación Estado-imputado, no puede ser sino de orden público.

2. Regulador de actos externos

Aún cuando el derecho en general, según lo hemos visto, es un sistema regulador del comportamiento de los hombres en sus relaciones externas, en el Derecho Penal conviene subrayar ese aspecto, porque en este campo del derecho tal característica es el resultado de una laboriosa conquista de la cultura humana. No se trata de un atributo formalmente inherente a toda norma penal, sino, según decimos, de una característica que adquiere esta rama del derecho sobre todo bajo la influencia de la Filosofía del siglo XVIII, y que consiste en hacer depender la punibilidad de la constante exigencia de una actuación externa²⁷⁷.

Dicha exigencia posee raigambre constitucional; así pues el art. 19 de la Constitución 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.....”.

De modo que a los fines de la aplicación de la ley penal se debe partir de un presupuesto básico consistente en la exteriorización del pensamiento y se manifieste

²⁷⁵ NUÑEZ, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal” cit. Tomo I, Pág. 37.

²⁷⁶ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit. Pág. 16.

²⁷⁷ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 17.

en una modificación del mundo exterior. Tal modificación para ser punible, debe además afectar al orden, la moral pública o bien, perjudicar a un tercero.

Sin embargo esta regla admite excepciones en orden a la protección de intereses socialmente preponderantes; así, tener o consumir estupefacientes en lugar privado como es la propia habitación no está al margen del magisterio penal a pesar de ser una conducta privada desde el punto de vista de su materialidad, porque, por su vinculación con el tráfico y el consumo público de estupefacientes, trasciende peyorativamente sobre la salud pública²⁷⁸.

3. Valorativo

Las normas están compuestas por conceptos abstractos; son en sí mismas abstracciones, pero son además enunciados que presuponen el tácito reconocimiento de valores. La apreciación objetiva de esos valores y de su jerarquía forma parte del trabajo de reconstrucción con un sentido también rigurosamente objetivo. La concepción de las normas como enunciados meramente conceptuales neutros al valor, concepción según la cual en el proceso dinámico de aplicación del derecho el acto de valoración es puesto por el juez en el momento del juicio, contradice la naturaleza misma de todo enunciado normativo, que solamente es posible sobre un substrato valorativo. Además, importa caer en un subjetivismo arbitrario precisamente en la calificación de un acto como delictivo, porque lo que esencialmente constituye el delito es la antijuridicidad y ésta es, esencialmente valoración²⁷⁹.

Desde que la dogmática es una disciplina normativa y son normas los objetos elaborados por ella, necesariamente el contenido de éstos no solamente se compone de enunciados y conceptos que deben ser captados y definidos, sino además de valoraciones, ya que, según la demostración de Husserl, toda norma presupone una valoración. Esta cualidad de toda norma es particularmente manifiesta en las leyes penales, ya que carecerían de todo sentido las amenazas penales sino se entendiera que mediante ellas son tutelados ciertos bienes e intereses jurídicamente apreciados.

²⁷⁸ NUÑEZ, Ricardo C. "Las Disposiciones generales del Código Penal" Lerner-Córdoba 1988, Pág. 160, nota n° 325.

²⁷⁹ SOLER, Sebastián "Derecho Penal..." cit. Tomo I, Pág. 38.

En las leyes penales que, según hemos visto, son las que contienen una sanción retributiva, es posible señalar una valoración doble, con dos términos correlativos y de sentido contrario. Así por ejemplo, cuando se dispone: El que injuria ser castigado con un mes de cárcel, implícitamente se ha reconocido que el honor (bien protegido) es un valor y que la cárcel es un valor negativo, un disvalor o un mal que debe ser evitado.

No toda trasgresión a un sistema de valoraciones importa necesariamente, sin embargo, una trasgresión penal. Dentro de la escala de valoraciones jurídicas, como en toda escala de valores, existe un más y un menos y, conforme con la jerarquía de cada valor, el derecho vigente dispone distintas formas de reacción. El derecho penal funciona, en general, como sistema tutelar de los valores más altos, ello es, interviene solamente ante la vulneración de valores que una sociedad, en un momento dado, reputa fundamentales²⁸⁰.

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado precedentemente el Derecho penal tutela valores fundamentales, entonces la pregunta es: ¿Cuáles son esos valores? ¿De qué modo están categorizados?

La respuesta está en el Código Penal, en su Parte Especial, donde los Títulos señalan el bien jurídicamente protegido, los Capítulos el modo genérico de afectarlos y los artículos la manera específica de hacerlo.

Los Títulos de la Parte Especial son doce: I) Persona; II) Honor; III) Integridad sexual; IV) Estado civil; V) Libertad; VI) Propiedad; VII) Seguridad Pública; VIII) Orden público; IX) Seguridad de la Nación; X) Poderes públicos y orden constitucional; XI) Administración pública; XII) Fe pública.

La categorización de los valores señalados precedentemente ha sido tarea del legislador al momento de fijar la pena para cada delito. Cuanto más se ascienda en la escala de valoraciones sociales, más alta será la pena con que se repriman las correlativas conductas lesivas. Ahora bien, esa categorización quedará sujeta a cuantos cambios experimente la sociedad en su conjunto y de este modo ser más represiva o más permisiva, en la medida que aumente o disminuya su grado de racionalidad. Por esa razón sabia vigencia mantienen las palabras de Soler cuando

²⁸⁰ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Págs. 35 y ss.

afirmaba: La pena más eficaz no es la que miden el odio, el miedo o el orgullo, sino la que guarda relación y proporción con el valor de los bienes e intereses jurídicos²⁸¹. A un estado siempre se le puede decir: Muéstrame tus leyes penales, porque te quiero conocer a fondo²⁸².

4. Finalista

Persigue la tranquilidad y la seguridad sociales mediante la protección de los individuos y la sociedad. Desde el punto de vista del fin social de la protección, el Derecho penal puede ser individualista o socialista.

El derecho penal es individualista si el sentido predominante de su protección es el resguardo de los intereses de las personas como tales y como miembros de la sociedad. El valor supremo es la seguridad de la persona, de sus derechos individuales y sociales. Estos son los intereses vitales o bienes jurídicos objeto de la protección penal. El Código Penal argentino es en el sentido que le hemos dado, individualista.

La finalidad del Derecho Penal es socialista si, a los efectos de su protección, el valor supremo está representado por los intereses de la colectividad. Son esos intereses los que determinan cuales bienes de las personas merecen protección y en qué medida se la debe realizar. El Socialismo marxista, particularmente el Comunismo, pone su técnica en la protección de la clase proletaria, de los instrumentos de trabajo y producción y de las relaciones de esta índole²⁸³.

Políticamente, el Derecho Penal puede tener una finalidad liberal o autoritaria. El derecho penal es liberal si representa un sistema de seguridad jurídica frente a lo punible y sus consecuencias. Supone, por un lado, la exclusión del castigo de las ideas y sentimientos, los cuales corresponden al fuero privado de los individuos, que está exento de la autoridad de los magistrados (Constitución Nacional, art.19).

²⁸¹ SOLER, Sebastián “Bases ideológicas para la reforma penal” –colección ensayos- Eudeba, Buenos Aires, año 1966, Pág. 23.

²⁸² SOLER, Sebastián “Bases ideológicas” cit. Pág. 9.

²⁸³ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit. Pág. 16.

El Derecho Penal liberal no tiene un objetivo ético, de dirección de las conciencias y voluntades²⁸⁴.

En sentido contrario se pronuncia Zaffaroni, para quien 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, dice, 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 considere intolerable para la convivencia, el derecho acude a la prevención especial, asociando la coerción penal a la comisión de dichas conductas²⁸⁵.

A nuestro modo de ver no es el orden jurídico quien posee más o menos aspiración ética, sino la comunidad de la cual emana. El derecho como toda producción humana, no ser más que el reflejo de esa mayor o menor eticidad.

A su vez, lo ético es un concepto social y consecuentemente relativo: Así una conducta que a los ojos de nuestra cultura occidental y cristiana puede resultar carente de toda eticidad, como lo es yacer con la mujer del jefe de familia, entre los esquimales responde plenamente a sus pautas culturales y de este modo resulta un agravio para ellos no acceder a tal pedido.

No es necesario que recurramos a ejemplos tan extremos donde la confrontación de valores resulta tan estruendosa.

Simplemente es suficiente recordar el libro de Lohn Fuller “El caso de los exploradores de cavernas”²⁸⁶, donde se presenta un claro ejemplo de conflicto ético no resuelto por el derecho, que para la Metodología consiste en un supuesto de laguna lógica.

Si bien el libro de Fuller es una ficción, no es ficción la hipótesis que presenta el art. 34 inc 3° de nuestro Código Penal, cuando los bienes en conflicto son equivalentes. Este también es un caso de conflicto ético no resuelto por el derecho, porque aún no lo tiene resuelto la comunidad.

²⁸⁴ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit. Pág. 17. El subrayado es nuestro.

²⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl “Tratado de Derecho Penal –Parte general” Ediar 1980, Tomo I, Pág. 64. El subrayado es nuestro.

²⁸⁶ FULLER, Lohn L. “El caso de los exploradores de cavernas” –Colección nueva teoría- Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1993.

Por otra parte, si la ética es un componente exclusivo o privativo del sistema jurídico, se transforma en un concepto rígido, estético, sólido y quizá contundente, pero al mismo tiempo frágil.

Si en cambio es algo propio de la comunidad a la cual el derecho pertenece, ser blando, flexible, mutante y consecuentemente resistente.

Retomando el discurso inicial decimos que el Derecho Penal liberal supone, por otro lado, la vigencia del principio *nullum crimen nulla poena sine preavia lege poenali*. Este principio excluye la imputación criminal y el castigo al margen de los delitos definidos y reprimidos por la ley. En su esfera, la única fuente del Derecho Penal es la ley previa al hecho cometido. De esta manera, el Derecho Penal cumple una función de garantía para los gobernados frente a los gobernantes.

El Derecho Penal liberal se traduce, procesalmente, en la exigencia del debido proceso judicial como presupuesto de la condena.

El Derecho Penal argentino es sustancial y procesalmente liberal (Constitución Nacional art. 18), o al menos pretende serlo. Puede ser compatible con un Derecho penal sustancialmente individualista o socialista, aunque el marxismo lo resista como resabio liberal.

El Derecho Penal es autoritario si el objeto de la protección penal no son los intereses de los individuos, sino los deberes de éstos con el Estado.

El Derecho Penal deja de tener una función de garantía para los gobernados y se convierte en una seguridad para la represión conveniente para el gobernante. En este derecho penal aparecen como valores supremos, que encuentran una proficua fuente en la analogía, delitos tales como los contrarrevolucionarios o los contra la seguridad del Estado o la economía o la raza u otros ingredientes del absolutismo estatal. El autoritarismo le asigna a la represión un fin ético y seleccionador²⁸⁷.

En este orden de ideas, sabiamente enseña Soler, de todo un sistema jurídico, el Derecho Penal, esto es, el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva, es el que está más cerca de las ideas y de los sentimientos profundos, conscientes o no, del legislador. Las leyes penales son un buen retrato, una buena expresión de las

²⁸⁷ NUÑEZ, Ricardo C. "Manual de Derecho Penal" cit. Pág. 16.

fuerzas espirituales impulsoras de un pueblo y su máximo riesgo, porque las posiciones metafísicas y políticas repercuten allí directamente²⁸⁸.

5. Sólo aplicable judicialmente

De esta característica algo hemos adelantado al hablar del derecho penal como derecho público.

El Derecho Penal no puede realizarse legítimamente frente a un conflicto, en forma privada. En todos los casos, el pronunciamiento sobre una situación creada respecto de la existencia del delito, la responsabilidad y el castigo del autor, deberá emanar de un órgano público, aunque más no sea para declarar que el hecho no es perseguible. Según nuestro derecho positivo, los órganos encargados de conocer y resolver en las causas por responsabilidad penal, son los Tribunales judiciales que con arreglo a la Constitución Nacional, Constituciones provinciales y leyes reglamentarias, forman los poderes judiciales nacionales y provinciales con competencia penal según la materia, la investidura de las personas y el territorio²⁸⁹.

La aplicación de la ley penal exige un juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (Constitución Nacional, art. 18). Ese proceso en cuanto a su forma no es uniforme para todo el país pues cada provincia, ejerciendo la facultad legislativa que les propia en materia procesal, fijará las pautas, plazos y recursos garantizando la legalidad en cuanto a la acusación, prueba y sentencia, tanto para el órgano acusador, cuanto para el acusado.

6. Sancionatorio

La función de la retribución penal respecto a la violación de los preceptos consagrados por las otras ramas del derecho, es lo que ha dado lugar a la discusión fundada en determinar si el Derecho Penal posee o no respecto de aquellas, una autonomía sustancial.

En este aspecto podemos dividir la doctrina en dos sectores perfectamente individualizados. Así, por un lado están quienes como Soler, sostienen que las definiciones del Derecho Penal dan lugar al nacimiento de una forma de ilicitud

²⁸⁸ SOLER, Sebastián “Bases ideológicas cit.” Pág. 8.

²⁸⁹ NUÑEZ, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal” cit. Tomo I, Pág. 38.

específicamente penal, de manera que este derecho tiene una función constitutiva, creadora de ilicitudes. La ilicitud penal sería una forma autónoma de ilicitud²⁹⁰.

Esa es la razón por la cual afirma que lo que hace que una ilicitud sea del Derecho Penal no es una característica sustancial, específica de esa ilicitud, sino el carácter peculiar de la sanción penal, que la distingue de todas las otras consecuencias jurídicas del acto ilícito²⁹¹.

Por último, para este sector de la doctrina la función típica de la ley penal es la de crear tipos de acción que acarrearán una pena cuando sean ejecutados antijurídicamente. Para efectuar esta valoración, el Derecho todo forma una unidad. La consideración de leyes penales como autónomamente constitutivas de una ilicitud específica crea la posibilidad de discrepancias entre las diversas regulaciones y, por lo tanto, una positiva inseguridad. La prohibición penal es la culminación y no el comienzo de la ilicitud²⁹².

En el otro sector se encuentran aquellos para quienes la pena no tiene otra función más que la de sancionar las acciones que descubre como punibles, cuando quebrantan una norma de derecho preestablecida situada fuera de él.

Núñez adopta una posición que podríamos denominar intermedia, puesto que categóricamente se pronuncia en estos términos: Lo real es que, si bien el Derecho Penal está sometido al principio de la unidad del sistema jurídico positivo, que excluye contradicciones entre sus distintas ramas respecto de la juridicidad o antijuridicidad de los hechos, goza de autonomía para configurar y castigar delitos sin necesidad de la existencia de especiales regulaciones prohibitivas de los otros sectores del Derecho²⁹³.

En efecto, si por vía de absurda hipótesis, afirma acertadamente Zaffaroni, imaginamos que se deroga toda la legislación penal, las conductas penadas seguirían siendo contrarias al derecho: El homicidio no sería penado pero por seguir siendo antijurídico sería menester indemnizar a los familiares de la víctima (art. 1084 del Código Civil).

²⁹⁰ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 21.

²⁹¹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 22.

²⁹² SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 23.

²⁹³ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit. Pág. 17.

No obstante aclara, puede objetarse que en la hipótesis mencionada algunas conductas quedarían sin sanción: La omisión de auxilio (art. 108 Código Penal); el maltrato de animales (Ley N° 14.346); las tentativas cuando no lesionan. Lo más correcto sería pues, afirmar que el derecho penal es predominantemente sancionador y excepcionalmente constitutivo. Pese a ello, cabe consignar que el derecho penal siempre es sancionador en el sentido de que no crea los bienes jurídicos, sino que les agrega su tutela penal. Si bien la antijuridicidad de la omisión de auxilio, la del maltrato de animales y la de las tentativas, surge en el derecho penal, ello es porque las sanciones de carácter no penal, es decir, las que tienen puro carácter reparador, no se adecuan a esas conductas, pero no porque la solidaridad, el sentimiento público de piedad o los bienes que afectan las diversas tentativas no sean bienes con tutela jurídica aún antes de la tutela penal²⁹⁴.

Pero lo dirimente a nuestro modo de ver ratifica el principio de unidad y no contradicción del orden jurídico que distingue claramente permisos y prohibiciones, esto es, lo lícito y lo ilícito. No podemos afirmar la existencia de una ilicitud penal distinta de la ilicitud civil; pero sí podemos distinguir entre las diversas ramas del derecho, diferentes modos de reacción.

B. Relaciones del Derecho Penal con las restantes ramas del ordenamiento jurídico:

Ya hemos hecho referencia, al tratar la naturaleza predominantemente sancionatoria del Derecho Penal, al principio de unidad y no contradicción del orden jurídico. Al estudiar ahora sus relaciones con las restantes ramas del sistema, habremos de continuar encontrando semejanzas y coincidencias.

1. Con el Derecho Constitucional

El Derecho Penal se relaciona directa y primordialmente con el Derecho Constitucional pues como todo el sistema jurídico argentino, encuentra allí su fuente inmediata a partir del principio de supremacía constitucional consagrado por el constituyente de 1853 en el artículo 31 del Estatuto político de la Nación, cuya

²⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl "Manual de Derecho Penal –Parte general–" Ediar 1979, Pág. 34.

sustancia fuera alterada por la Reforma Constitucional de 1994 (Ley n° 24.309), llevada a cabo en un proceso de dudosa legalidad que tuvo origen en el llamado "Pacto de Olivos", documento suscripto el 13 de diciembre de 1993, por el entonces presidente de los argentinos Dr. Carlos Saúl Menem y el ex-presidente Dr. Raúl Ricardo Alfonsín²⁹⁵, a partir de la cual han adquirido rango constitucional numerosos Tratados y Convenciones cuyos principios y preceptos son aptos para modificar el derecho positivo argentino y con ello tirar por tierra la voluntad del pueblo de que sus legítimos representantes deliberen y gobiernen en su nombre.

Veamos entonces porqué decimos esto: El 5 de mayo de 1992, el periodista Horacio Verbistky presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una denuncia contra el Estado argentino solicitando la aplicación del art. 18 (imparcialidad e independencia de los jueces); el 13 (libertad de pensamiento y expresión) y 24 (igualdad ante la ley), de la Convención Interamericana de Derechos Humanos²⁹⁶.

En nota de fecha 10 de julio de 1992 Verbistky a través de sus representantes (CEJIL y American Watch), presento ante la Comisión un informe elaborado por organizaciones y juristas argentinos en el cual se explica porqué el Desacato es un delito violatorio de la Convención, firmado por los Dres. Jorge Reinaldo Vanossi, Germán Bidart Campos, Eugenio Raúl Zaffaroni; el Colegio de Abogados de la

²⁹⁵ Léase al respecto el debate de los Convencionales Constituyentes y el oscuro proceso de votación.

²⁹⁶ El pedido encuentra su motivación en los hechos que relatamos a continuación: El día 6 de marzo de 1988 el reclamante publicó un artículo en el diario Página 12, titulado "Cicatrices de dos Guerras" en la cual, al referirse al Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dr. Augusto Belluscio, utilizó la expresión "asqueroso" haciendo referencia a una entrevista dada por el Dr. Belluscio, en la cual el Ministro manifestó, entre otras cosas, que un proyecto de reforma para ampliar la Corte Suprema con dos Ministros adicionales le "dio asco". Verbistky alegó que con dicho término se refería al sentido de "que tiene asco" como señalaba el mismo Ministro en su entrevista. A raíz de este artículo, el Ministro Dr. Belluscio insto mediante querrela la acción por el delito de "injurias" en contra del citado periodista por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal n° 4, de la Capital Federal. La jueza federal interviniente en la causa consideró que la expresión utilizada por Verbistky excedía los límites del honor del funcionario y constituía un agravio al Ministro con motivo del ejercicio de su función. En razón de ello e invocando el principio "iura novit curia" la jueza decidió convertir la primigenia acción privada en la acción pública de Desacato y de acuerdo a los hechos presentados y la prueba examinada encontró mérito suficiente para declarar a Horacio Verbistky autor del delito de Desacato (art. 244 del Código Penal). La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, con fecha 13 de julio de 1991, confirmó el fallo de primera instancia. Posteriormente el imputado-condenado Verbistky recurrió ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía del Recurso Extraordinario por afectar la garantía constitucional de la libertad de prensa. La Suprema Corte rechazó el Recurso Extraordinario declarándolo improcedente el 25 de febrero de 1992.

Capital Federal, Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA), Federación Argentina de Trabajadores de Prensa (FATPREN) y la “Internacional Federation of Journalists”.

El Poder Ejecutivo de la Nación, a fin de evitar una cuantiosa condena económica para el Estado Argentino, envió a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley que propiciaba la derogación de la figura del Desacato. Tal Proyecto fue aprobado por dicho organismo el 3 de septiembre de 1992, en atención a que por el art. 2° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, los Estados signatarios del referido instrumento, se obligan a compatibilizar su legislación interna con las normas del Pacto de San José, de Costa Rica.

Luego, durante su 85° Período de Sesiones, la citada Comisión recibió en audiencia a los apoderados de Verbitsky y a los representantes del Gobierno Argentino, durante la cual se convino llevar el conflicto a una solución amistosa.

El 21 de septiembre de 1992, las partes firmaron el Acuerdo de Solución amistosa, cuyos lineamientos generales son los siguientes:

a) Verbitsky solicitó que el Estado Argentino se comprometiera a obtener la derogación de la figura del Desacato (art. 244 del Código Penal), lo cual tuvo lugar por medio de la sanción de la Ley nacional n° 24.198²⁹⁷.

b) Solicitó también que una vez derogado el delito en cuestión se revocara la sentencia de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, que confirmaba el fallo de Primera Instancia, a la pena de un mes de prisión en suspenso por haber sido declarado Horacio Verbistky, autor culpable del delito de Desacato calificado y se cancelaran todos sus efectos. Así se hizo el 26 de julio de 1993 cuando el imputado adhirió al requerimiento Fiscal, quien solicitaba a la Excma. Cámara, hacer lugar al pedido de revisión iniciado por el condenado.

c) Verbistky y sus representantes solicitaron por último la justa reparación de los daños y perjuicios sufridos por causa de las acciones judiciales haciendo renuncia expresa a toda indemnización en concepto de daño moral y reclamo de honorarios originados por el caso.

²⁹⁷ B.O. del 3 de junio de 1993.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos Resolvió (Informe n° 22/94 -Caso n° 11.012- 20/9/1994) expresar su reconocimiento tanto al gobierno argentino por derogar la figura del Desacato de su legislación, dando así cumplimiento al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Argentina es parte desde el 5 de septiembre de 1984, como al Sr. Verbitsky por haber facilitado el proceso de solución amistosa, ya que, según expresa la citada Comisión, la derogación de la figura del Desacato, elimina una base legal para la restricción gubernamental del derecho de libre expresión consagrado en la Convención Americana.

Desde entonces y con tamaño precedente en la Argentina la prensa oral y escrita, ha adquirido omnímodo poder para dirigirse arbitrariamente a las autoridades argentinas de cualquier orden, en uso y abuso del derecho a la libre expresión.

Nos preguntamos cuánto de su soberanía resignó el estado argentino mediante la firma de estos Tratados, al perder su *juris dictio* (jurisdicción) esto es, una de las facultades inherentes a todo estado soberano, de *decir su propio derecho interno*.

Nos preguntamos también si la Convención Interamericana de derechos humanos no es más que la fachada de nuevas y más sutiles formas de dominación para países como el nuestro, que no respetan ni hacen respetar sus instituciones y con ellas, su pasado, presente y futuro de Nación libre y soberana.

Las respuestas son del lector.

Pues bien, retomando el discurso inicial decimos que, en la Constitución de un estado liberal como el nuestro es donde se encuentran los principios de derecho público y aparecen consignadas todas las garantías cuya tutela debe proveer el derecho penal.

La Constitución argentina es en primer lugar fuente de la ley penal. Así lo establece el art. 75 inc. 12° como atribución del Congreso de la Nación: “Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales.....”.

Consagra principios fundamentales como son el de legalidad (art. 18) y el reserva (art. 19). Estas garantías reafirman el mandato categórico de todo sistema

republicano sintetizado en el “*nullum crimen, nulla poena sine preavia lege poenali*”. No obstante su formulación latina, este principio tiene vigencia histórica relativamente moderna. Aparece por primera vez en el Código de Babiera (que fuera obra del genio de Paul Anselm Feuerbach) en 1813. A nosotros llega por medio de la Constitución de los Estados Unidos de América, la que Alberdi siguió muy de cerca en la redacción de sus Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina. Este principio, que como hemos dicho tiene rango constitucional, se garantiza por medio del hábeas corpus, en cuanto lo afectado sea la libertad individual y mediante las acciones de amparo, para la protección de los restantes derechos individuales consagrados por la Constitución.

Establece garantías respecto de la aplicación y ejecución de las penas. Así dice su artículo 17: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”.

Cuando el artículo 17 se refiere a la confiscación de bienes lo hace en el sentido del ejercicio abusivo del poder del Ejecutivo y que en nada se contradice con el art. 23 del Código Penal cuando dispone el comiso de los instrumentos y efectos del delito.

Por el art. 18, quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes. También establece que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija hará responsable al juez que la autorice.

La Constitución también define algunos delitos. Así por ejemplo el art. 15 declara: Todo contrato de compraventa de personas es un crimen de que serán

responsables los que lo celebrasen y el escribano que lo autorice. Estas conductas están contempladas en el Código Penal en la figura de reducción a la servidumbre o condición análoga, también denominada trata de personas, contempladas en el art. 140.

El art. 22 describe la figura del motín (art. 230 del Código Penal) cuando dice: Toda fuerza armada, o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete el delito de sedición.

El art. 29, caracteriza el delito de la concesión de poderes tiránicos contemplada en el art. 227 del Código Penal: “El Congreso no puede conceder al Poder 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 la fortuna de los argentinos queden a merced de gobierno 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. 119 establece que “la traición contra la nación consistir únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda o socorro. El Congreso fijará, continúa diciendo la citada norma, por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasar de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitir a sus parientes de cualquier grado”. En el Código Penal está contemplada en la figura del art. 214.

El art. 127 define el delito de Sedición (art. 229 del Código Penal) cuando 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”.

Agregamos por último que la Constitución encomienda al Congreso de la Nación en los artículos 24, 75 inc. 12º y 118º, el establecimiento de juicio por jurados y para las provincias en los arts. 5 y 121 del mismo cuerpo legal.

En el ámbito local está instaurado desde 1998, reglado en los siguientes términos: Si el máximo de la escala penal prevista para el o los delitos contenidos en la acusación fuere de quince años de pena privativa de libertad o superior, el Tribunal

-a pedido del Ministerio Público, del querellante o del imputado- dispondrá su integración con dos jurados conforme a lo previsto en el art. 361 CPPCba.²⁹⁸. Los jurados tendrán las mismas atribuciones de los vocales. La intervención de aquellos cesará luego de dictada la sentencia (art. 369 del CPPCba).

Existen dos modelos de Juicios por Jurados: a) El **clásico o anglosajón**, compuesto por el gran jurado o jurado de acusación, que es, entre otras cosas, el que aprueba o no la acusación fiscal y el pequeño jurado o jurado de enjuiciamiento que establece la inocencia o culpabilidad (*guilty* o *not guilty*), reservándose al juez (técnico) la calificación del hecho y la cuantificación de la pena...; y b) el **escabinado**, en el que el tribunal está integrado por ciudadanos no profesionales (legos) en derecho y actúan en colegio con un cierto número de jueces técnicos. Este tiene la particularidad de que los jueces técnicos y los legos en derecho elaboran un veredicto, pero la fundamentación y motivación de la sentencia queda a cargo de los jueces técnicos²⁹⁹.

La ley provincial n° 9182 que reglamenta la instauración de dicho sistema de enjuiciamiento, sostiene el citado autor, contraría el espíritu del art. 162 de la Constitución provincial, al no respetar su finalidad específica, toda vez que dijo: "...La intervención popular la pensamos como subsidiaria, porque creemos que sólo el técnico en derecho puede cumplir las funciones que la administración de justicia exige al juez. Porque la tarea del juez no exige menos conocimiento profesional que cualquier otro, como sería la medicina o la tecnología..." (Cfme. Diario de Sesiones, Convención Constituyente, Cba., 1987, T.I, Págs. 858 y ss.)³⁰⁰.

Instaurado como está con una mayoría de legos (8) y una minoría técnica (3), cuya tarea queda reducida a redactar los fundamentos de una sentencia a cuya resolución llegan los *escabinos* (que *a su modo* valoran la prueba, porque carecen del conocimiento requerido para hacerlo), estamos a las puertas de procesos basados en la *íntima convicción*, sistema que costó muchos mártires desterrar.

²⁹⁸ Se refiere a los actos preliminares del juicio común y fija la oportunidad de solicitar la integración con los jurados.

²⁹⁹ GUALDA, Raúl Alejandro, "Juicio por Jurados. Fundamentación y motivación de la sentencia", Semanario Jurídico Tomo 90, 2004 "B", pág. 557.

³⁰⁰ GUALDA, Raúl Alejandro, "Juicio por Jurados", cit. Pág.558.

Como decía el Maestro Sebastián Soler, cuyas palabras cobran día a día atronadora vigencia, al jurista le está permitido ser cualquier cosa menos ingenuo. En lo personal y después de transitar durante 25 años los senderos de la legislación penal argentina, nos resulta difícil aceptar llanamente una modificación de sus normas, sin consentirnos al menos sospechar de la bondad de sus declarados objetivos. Esto viene a cuento del relativamente reciente surgimiento de ciertos procesos de ostensible connotación política en los cuales la prueba, precisamente *la prueba*, resulta deficitaria a los fines de la condena, pero como ya han recibido el *desiderátum de la opinión pública*, orientada por los medios de comunicación conniventes, resulta políticamente necesaria la declaración judicial que así lo confirme. En ese proceder infame los *escabinos* son las perlas de un collar políticamente avieso que permite afirmar sin reservas “El pueblo los condenó”.

2. Con el Derecho Civil

La vinculación entre el Derecho Civil y el Derecho Penal es paradójicamente armónica (esto por la ascendencia románica el primero y germánica del segundo).

Con relación a la obligación de reparar los daños causados por el delito ambos ordenamientos coinciden: El Código Civil establece que el delito es fuente de obligaciones (art. 1077) y extiende la reparación a las pérdidas e intereses como también al daño moral (art. 1078). Por su parte el Código Penal faculta al mismo juez del proceso a ordenar la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero (art. 29).

Ambos códigos establecen la solidaridad por el daño causado por el delito para autores, cómplices e instigadores (Código Civil, art. 1081; C.P., art. 31). El Código Civil establece además el modo de indemnizar el daño causado por determinados delitos en particular: Delitos contra las personas (Sección Segunda, Título 8, Capítulo 2); Delitos contra la propiedad (Capítulo 3).

Pero estas no son las únicas coincidencias existentes entre sendos cuerpos normativos; así reconocemos tanto para ley civil como para la ley penal la exigencia de la ley previa (Código Civil, art. 1066; Const. Nac. art. 18); las dos legitiman las conductas que importan el ejercicio regular de los derechos (Código Civil, art. 1071; C.P., art. 34 incs. 3° a 7°); al momento del hecho ambos ordenamientos exigen sana

inteligencia y libre voluntad (Código Civil, art. 1076; Código Penal, art. 34 incs. 1° y 2°); el Código Civil establece cuestiones previas y prejudiciales que suspenden la prescripción de la acción penal (Código Civil, arts. 1101 y 1104; C.P., art. 67) y la independencia de ambos fueros para los casos no contemplados en la excepción (Código Civil, arts. 1105 y 1106). Existe por ultimo, correlación del valor de la cosa juzgada respecto a la prueba sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado (Código Civil, arts. 1102 y 1103)³⁰¹.

Concordantemente respecto de la ilicitud (civil) o antijuridicidad (penal), se pronuncia Orgaz en los siguientes términos: La ilicitud, se define por la contrariedad del acto, positivo o negativo (acción u omisión), a las normas de un sistema dado de derecho; entraña dice citando a Carrara, una idea de relación: La relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley”. Se aprecia, en consecuencia, por comparación entre ese hecho y la prohibición o el mandato legal. La referencia antes apuntada al derecho objetivo “en su totalidad”, significa, por otra parte, que no hay una licitud o ilicitud que sea exclusivamente civil, penal, etc., sino que el carácter del acto que resulta de una cualquiera de las ramas del derecho se extiende a todas las otras: lo ilícito penal, por ejemplo, es también necesaria y simultáneamente ilícito para el derecho civil y, en general, para todo el ordenamiento jurídico³⁰².

3. Con el Derecho Administrativo

Las relaciones del Derecho Penal con el Derecho Administrativo son de muy diverso orden.

Así el Código Penal en la Parte Especial, prevé bajo el Título XI, un catálogo de delitos contra la Administración Pública, entre los cuales figuran algunos que sólo pueden cometer los funcionarios públicos como el Abuso de autoridad (art. 248); el cohecho pasivo (art. 256); el Peculado (art. 261 primer párrafo) y el Prevaricato (art. 269, primer párrafo), entre otros.

Por otra parte para la realización del Derecho Penal en la etapa denominada de Instrucción penal preparatoria, la justicia penal requiere de la colaboración

³⁰¹ Para una amplia comprensión de estas disposiciones ver la extensa nota del codificador.

³⁰² ORGAZ, Alfredo “La ilicitud –extracontractual-“ Lerner Buenos Aires-Córdoba, 1974, Pág. 18.

policial (entidad de orden administrativo) sin la cual la investigación de los hechos delictivos no podría llevarse a cabo.

En Córdoba, la Policía, de acuerdo a su función se divide en: Policía Administrativa o de prevención. Depende jerárquicamente del Jefe de Policía de la Provincia y la Policía Judicial, que colabora con el Fiscal de Instrucción en la investigación y represión de los delitos y depende del Fiscal General de la Provincia.

Hay además otras instituciones de orden administrativo que colaboran a la aplicación de la ley penal. En el período de prisión preventiva como en el cumplimiento de la pena, los internos dependen del Servicio Penitenciario en todo lo concerniente a los requerimientos personales que surjan durante el tiempo que dure la condena³⁰³. Sólo jurídicamente depende de su juez natural, vale decir, de quien tiene jurisdicción para resolver los incidentes de ejecución como son las revisiones de cómputos de la pena, la libertad condicional, etc.

Podemos citar también el Patronato de liberados y el Consejo Provincial del menor, entre otras instituciones de orden administrativo que intervienen en la aplicación de medidas preventivas o represivas.

Por último existe como una de las divisiones del Derecho Penal, de acuerdo a su contenido, el Derecho Penal Administrativo o Contravencional del que nos ocuparemos oportunamente. Sin perjuicio de ello, anticipamos que, el Derecho penal económico o fiscal participa de la naturaleza del primero y constituye una de las partes más importantes del mismo. En efecto, la pena administrativa, como no puede ser de otra manera, tiene carácter reparador, pero también persigue un propósito preventivo especial. Cuando a un sujeto se le impone una multa por mora o incumplimiento impositivo, por ejemplo, se persigue con él el triple objetivo de percibir lo adecuado, reparar el daño que la falta de pago oportuno produjo en la administración (todo lo cual es reparación) y, además, infligir una privación de bienes jurídicos a efectos de motivar al sujeto en lo sucesivo para que no vuelva a caer en similares incumplimientos (prevención especial). Si bien la prevención especial no puede caer más que sobre individuos, el carácter mixto de la sanción penal administrativa hace que pueda ser sujeto activo de la infracción fiscal o

³⁰³ Las pautas están fijadas en la Ley n° 24.660 de cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

administrativa una persona jurídica, lo que no es admisible en el derecho penal, en que la persona jurídica no puede ser autora de delito³⁰⁴.

4. Con el Derecho Comercial

Las relaciones del derecho Penal con el Derecho Comercial son básicamente del mismo orden que con el Derecho Civil en cuanto a que uno y otro son fuente de obligaciones e instituciones que el derecho penal sanciona con normas de carácter retributivo.

Así por ejemplo la Ley n° 24.522, publicada en B.O. de fecha 9/8/95, (modificada por la n° 24.760), establece las normas que rigen los concursos, en cuanto a la apertura, verificación y el acuerdo; a la declaración de la quiebra, los efectos y extensión de la misma; liquidación, conclusión y clausura.

Por su parte el Código Penal contiene en el Libro Segundo, bajo el Título 6, “Delitos contra la propiedad”, Capítulo 5, figuras específicas que comprenden las conductas de los quebrados y otros deudores punibles (arts. 176/180), independientemente de su posible vinculación a la figura de la Estafa (art. 172).

La Ley n° 24.452, B.O. 2/3/95, modificada por la 24.760, conjuntamente con el Decreto del Poder Ejecutivo n° 347/99 (del 6/4/99) y las Comunicaciones del Banco Central de la República Argentina a las Entidades financieras letra “A” n° 2329 del 5/16/95; n° 2473 del 14/10/95 y la n° 2864 del 5/3/99, establecen las condiciones de circulación del Cheque, de su transmisión, presentación y pago, cheque cruzado, para acreditar en cuenta, imputado y certificado, con cláusula “no negociable”, con aval, reglamentación de las cuentas corrientes de cheque común o de pago diferido; solicitud de baja y rechazo.

El Código Penal contiene en el Libro Segundo, bajo el Título XII, “Delitos contra la fe pública”, Capítulo 6, las sanciones retributivas para la emisión de cheque sin provisión de fondos o autorización para girar en descubierto (art. 302).

5. Con el Derecho Internacional

³⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl “Manual de Derecho Penal” cit., Pág. 79.

Las vinculaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Internacional surgen claramente cuando se consideran los problemas que plantea la aplicación de la ley penal en el espacio según que los intereses afectados sean los de un individuo (Derecho internacional penal privado) o de un estado (Derecho Penal internacional público). El derecho internacional penal (como parte del derecho público), tiene como principal cometido el estudio de la tipificación internacional de delitos por vía de tratados y el establecimiento de la jurisdicción penal internacional (Tratados y Cortes internacionales). Se lo define también como el conjunto armónico de normas que tienen por objeto regular situaciones de carácter represivo en la esfera internacional³⁰⁵. Podemos citar en este orden: La Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; La declaración Universal de los Derechos Humanos; La Convención Americana de los Derechos Humanos; El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y culturales; El Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo; la Convención Internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial; La Convención Internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer; La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y La Convención sobre los Derechos del Niño. Más recientemente se sancionó la ley n° 24.767 (B.O. 16/1/97), sobre cooperación internacional en materia penal (Extradición).

El Derecho Penal Internacional (como parte del derecho privado), determina el ámbito de validez de la ley penal de cada Estado y la competencia de sus tribunales penales, ha sido definido también como el conjunto de normas que determinan los límites recíprocos de la aplicación de la ley penal en el espacio³⁰⁶. En el sistema positivo argentino su contenido se infiere del artículo 1 del Código Penal y de él nos ocuparemos extensamente más adelante.

C. División

³⁰⁵ FIERRO, Guillermo J. "La ley penal y el derecho internacional", Depalma –Buenos Aires, 1977, Pág. 9.

³⁰⁶ FIERRO, Guillermo J. "La ley penal..." cit. Pág. 7.

El conjunto de normas que integran el sistema represivo de un estado, ha sido objeto de numerosas clasificaciones, algunas de las cuales, analizaremos a continuación:

1. De acuerdo a su *función*, se distingue entre derecho penal *objetivo* y el derecho penal *subjetivo*.

Con la primera designación se hace referencia al conjunto de normas que integran el sistema penal de un Estado, es decir, a la totalidad de leyes que definen delitos, formas de responsabilidad criminal y penas³⁰⁷.

La doctrina tradicional designa al derecho penal objetivo como *ius poenale*³⁰⁸.

Por derecho penal subjetivo se entiende la facultad del estado de castigar, esto es, de imponer penas, también denominado *ius puniendi*³⁰⁹.

Sin embargo, consideramos que el *ius puniendi* se relaciona más directamente con el Derecho Político y el Derecho Constitucional. Es decir, establecer el marco dentro del cual debe desenvolverse la potestad punitiva del Estado, compete más bien a la relación hombre-Estado, cuyos lineamientos establece el Derecho Político. Así vemos a través de la experiencia histórica de los últimos cincuenta años, que el *ius puniendi* ha sufrido, considerables limitaciones impuestas por el mundo de post guerra. Del marco de ideas políticas que circunscribieron la firma del Tratado de Paz de Berlín del 8 de mayo de 1945, pusieron fin a las atribuciones de los estados de castigar de cualquier forma. No puede por ejemplo, legislar contra lo que se entiende por dignidad humana, no puede legislar de manera tal que se castigue haciendo discriminación de razas, de credos religiosos, ni de condiciones políticas, según se establece en la Carta de las Naciones Unidas, aprobado el 26 de junio de 1945 por la Asamblea de las Naciones Unidas.

Sin embargo este conjunto de limitaciones, según lo vemos a diario, rige casi en forma exclusiva para aquellos estados que, por su condición económica y social, deben acatarlos por la razón o por las armas y constituyen un buen argumento para sustentar la política intervencionista, versión moderna del colonialismo, que se practica con los pueblos latinoamericanos.

³⁰⁷ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 13.

³⁰⁸ CREUS, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág. 5.

³⁰⁹ Pero mientras Soler hace nacer el *ius puniendi* de la norma penal (S-I, 13), para Creus esa facultad es legislativamente previa al *ius poenale*, es decir, exactamente al revés.

La distinción entre *ius poenali* y *ius puniendi* tiene importancia para señalar que el derecho penal objetivo es el límite estricto de la facultad de reprimir. Ello deriva de los principios de legalidad y reserva (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional). Estas reglas son anejas al concepto político de un Estado.

Concordantemente señala Soler: Esta concepción es característica del estado liberal de derecho, y su negación lleva a afirmar la existencia de una zona fluctuante entre lo lícito y lo ilícito, en la cual la actividad del juez puede desenvolverse libremente, llegando a la represión de hechos que el derecho objetivo no define. Para esas formas de derecho, el principio de reserva es rechazado y la analogía sirve para colmar las pretendidas lagunas de la legislación: La totalidad de los delitos previstos no es la totalidad de los delitos posibles³¹⁰.

Esas características tan inimitablemente expuestas por Soler nos apartan de quienes caracterizan al Derecho penal como *garantista* (sinónimo de liberal) o no *garantista* (sinónimo de autoritario). El Derecho Penal no puede ni debe garantizar nada; determinadas acciones humanas son punibles o no lo son. Las garantías están únicamente donde deben estar, esto es, en la Constitución.

De acuerdo a su función entonces, cuando se habla de Derecho penal sustantivo, objetivo o material, también denominado común o de fondo, se hace referencia a la totalidad de leyes que definen delitos y establecen sus correlativas penas.

De acuerdo a su función el Derecho Penal también es *subjetivo* (adjetivo, de procedimiento o de forma) y se entiende por tal la facultad del estado de castigar, esto es, de imponer penas. Esa potestad supone la de regular el juicio penal, esto es, el conjunto de disposiciones necesarias para declarar que una persona es responsable de un delito y castigarla como tal o según el caso, someterla a medidas de seguridad.

Este derecho está contenido en los Códigos de procedimiento que dictan las provincias en ejercicio de las facultades conservadas por éstas (Constitución Nacional art. 121).

³¹⁰ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 13.

El *Derecho de Ejecución Penal* o también llamado *Derecho Penitenciario*, del cual nos ocuparemos dilatadamente al momento del estudio de la Teoría de la Pena, determina los modos y las condiciones bajo las cuales se ha de cumplir la condena. Se refiere al contralor en la administración de la pena. La sentencia penal de condena es sólo *declarativa*, no ejecutiva, vale decir, declara la participación que le cupo al condenado en el hecho punible (autor, cómplice, etc.), la forma de la culpabilidad asumida (dolo o culpa) y la pena que le corresponde en consecuencia, pero nada dice respecto a como deberá hacerlo. El derecho de ejecución penal es entonces el que regula, como etapa final, la efectiva aplicación del Derecho Penal. Sus disposiciones están contenidas en la Ley de Ejecución de la pena privativa de libertad n° 24.660³¹¹ y su decreto reglamentario 396/99³¹². En el orden provincial su regulación está establecida mediante la Ley 8812³¹³ que adhirió al régimen nacional implementado por la 24.660 y su Decreto Reglamentario 1293/00³¹⁴, recientemente modificado por el Decreto n°1000/07³¹⁵; Ley 8231³¹⁶ relativa al Personal del Servicio Penitenciario y su Decreto Reglamentario 4816/82³¹⁷ (Régimen de calificación para los internos); Ley 8878³¹⁸ sobre modalidades de ejecución de la pena privativa de la libertad; de la privación de la libertad en forma provisoria; del Instituto de Capacitación Penitenciaria y de los Establecimientos Penitenciarios y su Decreto Reglamentario 3590/87³¹⁹; Ley 8816³²⁰ sobre organización del Servicio Penitenciario y sus Decretos Reglamentarios 1176/00³²¹ (Servicios adicionales de vigilancia y seguridad del Servicio Penitenciario) y 2576/76³²² (Reglamento del régimen disciplinario para el personal del Servicio Penitenciario); el Decreto 2309/00³²³,

³¹¹ Sancionada el 19/06/96, Promulgada el 08/07/96, B.O. 16/07/96. Este nuevo ordenamiento derogó el Decreto Ley 412/58, B.O. 24/01/58, ratificado por Ley 14.467, denominada “Ley Penitenciaria nacional”.

³¹² B.O. 05/05/99. Ver también Decretos nacionales 18/97, 1058/97 y 1136/97.

³¹³ Sancionada 04/11/99; B.O. 18/11/99.

³¹⁴ De fecha 25/08/00.

³¹⁵ B.O. 05/07/07.

³¹⁶ Sancionada 19/11/92; B.O. 21/12/92.

³¹⁷ B.O. 17/11/82.

³¹⁸ Sancionada el 31/08/00, promulgada mediante Decreto 1429/00 y publicada el 19/09/00.

³¹⁹ B.O. 16/07/87.

³²⁰ Promulgada mediante Decreto 2383/99; B.O. 06/12/99.

³²¹ B.O. 15/08/00.

³²² B.O. 28/01/76.

³²³ B.O. 29/11/00.

reglamentario del art. 223 de la Ley Penitenciaria nacional 24.660 y el Decreto 3591/87³²⁴ sobre Reglamento interno para Establecimiento de Encausados.

2. De acuerdo a su contenido el Derecho Penal se divide en:

a. Derecho Penal *común*, cuyas características responden íntegramente a las que hemos asignado al derecho penal sustantivo, objetivo o material.

b. Derecho Penal *administrativo o contravencional*

Sobre las disposiciones del derecho administrativo que también revisten carácter penal por la naturaleza de sus normas, se ha suscitado entre los doctrinarios una discusión tendiente a determinar si entre éstas y los delitos existe o no una distinción ontológica, esto es, de naturaleza o esencia.

Así afirma Soler: El derecho penal administrativo es el conjunto de disposiciones que garantiza bajo amenaza penal el cumplimiento de un deber de los particulares frente a la administración. Los destinatarios de esas normas son los habitantes en general³²⁵.

Nos parece poco afortunada, sostiene el citado autor, la tendencia que se empeña en subrayar la autonomía de esta clase de normas, a pesar de la efectiva existencia de algunas diferencias técnicas entre las multas convertibles en arresto y las inconvertibles, las primeras de las cuales responden plenamente a los principios generales del derecho penal común y las segundas no³²⁶.

La contravención es, dice por su parte Núñez, una infracción a los deberes impuestos a los individuos por la legislación que regula la actividad administrativa estatal³²⁷.

Frente a la infracción delictiva, está como una especie de distinta calidad, por ser sustancialmente diferente, la infracción contravencional o falta³²⁸. La posición correcta exige una distinción sustancial entre los delitos y las contravenciones, sin que el campo de éstas deba limitarse al de las faltas o transgresiones policiales, sino

³²⁴ B.O. 13/07/87.

³²⁵ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 10.

³²⁶ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 11.

³²⁷ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit. Pág. 41. SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 10.

³²⁸ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit. Pág. 38.

que debe extenderse a todo el ámbito de las transgresiones a los mandatos administrativos, comprendidos, por cierto, los de policía local³²⁹.

El Derecho Penal común reprime, porque determinadas acciones lesionan o ponen en peligro real los derechos naturales o sociales de los individuos, alterando así de manera directa o inmediata la seguridad de estos derechos; en tanto que el Derecho penal contravencional, aunque indirectamente, en mayor o menor medida, también protege la seguridad jurídica, reprime porque determinadas acciones trasgreden al no cooperar con ella, la actividad administrativa, cuyo objeto es la prosperidad social o bienestar colectivo³³⁰.

Por eso es que la conducta contravencional puede caracterizarse como la omisión de prestar ayuda a la actividad administrativa tendiente a favorecer el bienestar público o estatal. Se puede aceptar como una definición que señala la particularidad esencial del Derecho penal contravencional o administrativo, la de James Goldschmidt que dice que es tal: “El conjunto de aquellas disposiciones mediante las cuales la administración estatal encargada de favorecer el bienestar público o estatal, vincula a la trasgresión de una disposición administrativa como supuesto de hecho, una pena o consecuencia administrativa”³³¹.

La punibilidad de las contravenciones se apoya jurídicamente de manera exclusiva en el punto de vista objetivo de la oposición de la acción a la regulación estatal de la actividad administrativa del más distinto orden³³².

Puede ocurrir y de hecho ocurre con bastante habitualidad que la conducta de un sujeto esté prevista al mismo tiempo tanto como contravención cuanto como delito. Frente a tales hipótesis el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha dicho: El artículo 13 de la ley 8431 -Código de Faltas de la Provincia de Córdoba-³³³ se erige en una regla de competencia específica, que atribuye al órgano que entiende en el juzgamiento de un delito, poder para juzgar respecto de una contravención. De la lectura de esa norma, puede extraerse como presupuesto insoslayable para su

³²⁹ NUÑEZ, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal” cit. Tomo I, Pág. 20.

³³⁰ NUÑEZ, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal” cit. Tomo I, Pág. 22.

³³¹ NUÑEZ, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal” cit. Tomo I, Pág. 22 y nota n° 64.

³³² NUÑEZ, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal” cit. Tomo I, Pág. 23.

³³³ Art. 13: “Cuando un hecho cayere bajo la sanción de este Código Contravencional y del Código Penal, será juzgado únicamente por el juez que entiende en el delito. En tal caso ese Tribunal sólo podrá condenar por la contravención si no condenare por el delito”.

operatividad que exista un hecho que cayere bajo la sanción de aquel Código Contravencional y del Código Penal; y como consecuencias jurídicas de la verificación de ese supuesto: Que el hecho deba ser juzgado únicamente por el Juez que entiende en el delito; que ese magistrado pueda condenar por la contravención sólo cuando no lo hiciera por el delito³³⁴.

La *fuerza de producción* de las infracciones administrativas son respectivamente (y a la vez actuando cada una en sus respectivos ámbitos de poder) el Congreso de la Nación, las legislaturas locales y los consejos deliberantes municipales. Esta tripartición sin embargo, ofrece algunas dificultades. Tomemos un ejemplo: La circulación vehicular por las rutas nacionales está reglada mediante disposiciones del Congreso de la Nación funcionando como legislatura con jurisdicción en tales lugares. Consecuentemente y siguiendo el razonamiento expuesto, el control del cumplimiento de tales disposiciones correspondería a la Policía Administrativa Nacional. Pero como bien sabemos, tal institución no existe y las infracciones de este orden son tácitamente impunes. En territorios como el nuestro, de significativa magnitud se advierte que el poder de policía de la autoridad central, se torna inejercitable siendo aconsejable ante tales circunstancias, que la nación renuncie a la jurisdicción para que, al retomar las provincias tal función, practique efectivo control normativo sobre las citadas áreas territoriales.

En estos días se han verificado algunos intentos por parte de las autoridades de ciertos municipios del interior de la Provincia, de exigir el pago de multas impuestas por exceso de velocidad constatado por radar. Resulta oportuno afirmar la inconstitucionalidad de tal proceder por las razones que hemos expuesto precedentemente.

c. Derecho Penal *disciplinario*

La concesión de un poder lleva implícita la facultad de utilizar los medios para lograr su efectividad. La facultad de establecer y mantener el orden jerárquico, de servicio, profesional o, en general, de sujeción de carácter público cualquiera que

³³⁴ Así Sentencia N° 46, 01/06/01, en Autos: "CASAS, Carlos Alberto p.s.a. de Lesiones leves – Recurso de Casación". En igual sentido Sentencia N° 64, 4/8/03, "BONDONE, Mauricio Luis p.s.a. de resistencia a la autoridad -Recurso de casación-"

sea su causa, autoriza al sujeto de esa facultad para reprimir las transgresiones al orden de la sujeción. Ese orden puede ser transgredido mediante actos que lesionen cualquiera de los aspectos que un orden de sujeción pública presenta, como son la diligencia, la fidelidad, la obediencia, el respeto, el decoro y la moralidad que cada relación de esa especie implica³³⁵.

De esa forma se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba cuando ha resuelto: La sanción penal o incluso contravencional no excluye a la disciplinaria, ni ésta a las otras, pudiendo imponerse las mismas o bien una de ellas por quien jurídicamente corresponda, pues tutelan órdenes jurídicos distintos y persiguen finalidades diferentes³³⁶.

A modo de definición podemos decir que el conjunto de preceptos y principios punitivos reguladores del orden de la sujeción pública constituye lo que se denomina Derecho penal disciplinario. Es la expresión normativa de una potestad pública que regula la acción disciplinaria de los organismos del Estado o de cuerpos privados a cuyo cargo está la realización de actividades públicas o vigiladas por la potestad pública, como son los colegios profesionales y los sindicatos legalmente investidos del gobierno de la matrícula o de la afiliación³³⁷.

Ambos autores coinciden en la necesaria existencia de un orden jerárquico que relacione al órgano de aplicación con las personas sometidas a esta clase de medidas.

Es una sanción de esta naturaleza la prevista en el art. 66 de la Constitución Nacional cuando establece: Cada Cámara hará su reglamento y podrá con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviviente a su incorporación y hasta excluirle de su seno³³⁸.

Por esa razón no entran en el concepto de Derecho disciplinario las medidas que, a veces, un órgano del Estado está facultado para tomar con respecto a

³³⁵ NUÑEZ, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal" cit. Tomo I, Pág.30; NUÑEZ, Ricardo C. "Manual de Derecho Penal" cit. Pág. 43.

³³⁶ TSJCba. Sentencia nº 69 del 13/08/2004, Autos: "CORTEZ, Javier Amado p.s.a. robo reiterado, etc. -Recurso de Casación-".

³³⁷ NUÑEZ, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal" cit. Tomo I, Pág. 30; SOLER, Sebastián "Derecho Penal..." cit. Tomo I, Pág. 8.

³³⁸ Conc. Art. 99 Constitución de la Provincia de Córdoba.

particulares no sometidos a la relación jerárquica, aún cuando tales medidas son admisibles en cuanto las haga necesarias la policía del propio poder que el órgano ejerce y considera inconveniente, desde el punto de vista republicano, comprender como destinatarios del Derecho penal disciplinario a *extraneus* de una administración dada³³⁹.

En consecuencia no es de derecho penal disciplinario la norma contenida en el art. 377 del C.P.P.Cba., que dispone: El Presidente ejercerá el poder de policía y disciplina de la audiencia y podrá corregir en el acto, con multa de hasta 50 jus (Ley provincial n° 7269) o arresto de hasta ocho días, las infracciones a lo dispuesto en el art. siguiente³⁴⁰, sin perjuicio de expulsar al infractor de la sala de audiencia.

Concordantemente se pronuncia Núñez cuando en el Manual sostiene: El ámbito del Derecho Penal disciplinario es más reducido, pues no corresponde ni a la relación del Estado con las personas vinculadas a los particulares actos de la administración, sino a la más restringida relación del Estado con las personas sometidas a un orden de sujeción público³⁴¹.

Las penas disciplinarias dice el citado autor, como amenaza y aplicación, representan coerciones tendientes a evitar esos actos y pueden consistir en sanciones como la advertencia, el llamado de atención, el apercibimiento, la suspensión, la cesantía, la exoneración, la multa o el arresto de corta duración. Salvo si, como sucede con los dos últimos, esas coerciones afectan el patrimonio, la libertad u otros derechos constitucionales del sujeto pasivo, no requieren ni la determinación específica de las infracciones, ni la determinación específica de la sanción correspondiente a cada infracción. Basta que la Constitución, la ley o el reglamento, establezcan los límites del poder disciplinario concedido a cada órgano y determinen genéricamente las sanciones aplicables. Frente a la gran magnitud de una sanción privativa de la libertad impuesta por conversión de la multa, la Suprema Corte de

³³⁹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 4 y nota n° 6.

³⁴⁰ Art. 378: Obligación de los asistentes: Los que asistan a la audiencia, deberán permanecer respetuosamente y en silencio. No podrán llevar armas u otros elementos aptos para molestar u ofender, ni adoptar una conducta intimidatoria, provocativa o contraria a decoro; ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos.

³⁴¹ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit. Pág. 43.

Justicia ha exigido “la más estricta y amplia observancia de los principios constitucionales que aseguran la plenitud de la libertad de defensa en juicio”³⁴².

Las opiniones se dividen en cuanto a la naturaleza del Derecho Penal militar; así para Núñez, este derecho no es más que un sector del derecho penal disciplinario. Su fuente reside en la potestad del Poder Legislativo nacional para establecer reglamentos y ordenanzas para el gobierno de las fuerzas armadas (Constitución Nacional, art. 75 inc. 27°), y sus sanciones encuentran fundamento en la suprema necesidad del orden y de la disciplina militar. Empero, el Código Penal militar, excediendo su ámbito propio, comprende materia común. Esta invasión, que de por sí representa un serio desorden y se agrava si, además, se crea una indebida jurisdicción militar que compromete la cláusula garantista que representa el art. 108 de la Constitución Nacional, es la que da pie a la idea de que el derecho militar no es un mero derecho disciplinario³⁴³.

Para Soler en cambio, no es derecho disciplinario el Derecho Penal militar. Precisamente, el medianamente reciente debate público generado por la reforma al Código de Justicia Militar dispuesta por la Ley nacional n° 23.049, suscitó muchas opiniones encontradas, entre las cuales no faltaron aquellas que volvieron a replantear la presunta inconstitucionalidad de la jurisdicción militar y, con tal impugnación, en muchos casos venía anejo el cuestionamiento a la existencia misma de esa legislación específica. Si bien es cierto que el actual Código de Justicia Militar sancionado en junio de 1951, lo fue durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1949, cuyo artículo 29 regulaba expresamente el tema, no lo es menos, tampoco, que tanto la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con diferente composición, como también la principal doctrina nacional han admitido la plena constitucionalidad de dicha jurisdicción castrense y todas esas opiniones se han fundado sobre la base del texto de la Constitución de 1853. En fecha reciente, la Corte ha ratificado la doctrina de que no resulta violada la prohibición constitucional de los fueros personales, cuando se establece la jurisdicción militar en razón del lugar, esto es, tratándose de delitos cometidos por militares, en lugares sujetos a la autoridad militar (causa “Bignone, Reynaldo B.A.”, del 21 de junio de 1984, La Ley

³⁴² NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit. Pág. 43 y nota n° 17.

³⁴³ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit. Pág. 44.

tomo 1984-C, p. 258). Es más, cabe descartar de plano la afirmación de que la ley penal militar pueda constituir un privilegio profesional, ya que nada de eso ocurre, toda vez que ella establece mayores exigencias y, en general, penas más rigurosas que las del derecho penal común. Puede discutirse, empero, el alcance de la jurisdicción militar penal que, por ser de excepción, es de naturaleza restrictiva y es por ello que la Corte también ha dicho que la noción de acto de servicio consagrada por el Código de Justicia Militar debe ser apreciada restringidamente en virtud de las severas consecuencias que la sujeción a la jurisdicción militar entraña (causa “Denuncia de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas” del 17 de abril de 1984, L.L., tomo 1984-C, p. 339)³⁴⁴.

III. Organización del Derecho penal común

A. Principios generales

Como se señalara oportunamente es el Congreso de la Nación quien tiene la facultad de dictar el Código Penal por atribución expresa conferida por el art. 75 inc. 12° de la Constitución Nacional art. 75 inc. 12°. Se dijo también que como ley nacional que es también que ese Código se aplica, en el ámbito de su materia propia, en todo el territorio de la República. Sin embargo el citado cuerpo normativo no comprende *todos* los hechos punibles reprimibles a título de delito en jurisdicción argentina. Su contenido se limita al Derecho Penal común.

Los delitos en el Código Penal están legislados a partir del art. 79 (Parte Especial - Libro Segundo) y sistematizados en base a Títulos, Capítulos y Artículos. Los Títulos señalan el bien jurídicamente protegido. La objetividad jurídica del delito es lo que en círculo de los intereses o valoraciones constituidos en el seno de la comunidad ha merecido, como bien jurídico, la protección penal. Dicha objetividad jurídica reside en el valor jurídico que la pena protege. El problema de la determinación legislativa de las objetividades jurídicas delictivas (su elenco y su valor relativo) corresponde esencialmente al mundo de la política. Al legislador le

³⁴⁴ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Págs. 11 y 12.

corresponde, en función de gobierno, establecer las especies de delitos, las individualidades delictivas y determinar su gravedad a través de la pena³⁴⁵.

Los Capítulos indican la forma genérica de afectar el bien-objeto de protección y los Artículos la manera específica de hacerlo. Tomemos como ejemplo el Título VI, en el cual, lo protegido es la Propiedad, la forma genérica de afectarla es el Hurto (Capítulo I); los artículos 162 y 163 indican las formas que puede asumir esa delincuencia.

Cuanta mayor protección requiera un determinado bien a juicio del legislador, mayor será el cerco de incriminaciones que lo proteja. De este modo el delito (figura simple), estará previsto también en forma calificada (figura agravada), admitiendo la delincuencia por culpa (delito culposos), y también la tentativa, que es una posibilidad de peligro. Si seguimos el círculo de incriminaciones veremos que éste se continúa igualmente en el ámbito de las contravenciones aún cuando pertenezcan a instancias legislativas diferentes.

B. El derecho penal común no codificado

Integran igualmente el Derecho Penal común el conjunto de normas no codificadas, que contienen materia penal de interés general a los habitantes de la nación, que afecten sus intereses particulares y colectivos. Sus disposiciones están contenidas en:

B.1. Las *leyes nacionales*, que describen conductas y establecen penas sobre materias no contenidas en el Código Penal y que a su vez pueden ser de aplicación federal o provincial, en razón de la materia, de las personas o del lugar donde ocurran los hechos. Así lo establecen la Ley n° 48 y en su consecuencia, el Código Procesal Penal de nación cuando dispone: La competencia penal se extender a todos los delitos que se cometieren en su territorio, o en alta mar a bordo de buques nacionales, cuando éstos arriben a un puerto de la Capital, y de los delitos perpetrados en el extranjero cuando sus efectos se produzcan en nuestro país o fueren ejecutados por

³⁴⁵ NUÑEZ, Ricardo C. "Parte General y Parte Especial del Derecho Penal. Sus sistematizaciones", Cuadernos de los Instituto de la Univ. Nac. De Cba., Fac. de Derecho y Ciencias Sociales n° 63, Pág. 21.

agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo, siempre con excepción de los delitos que correspondan a la jurisdicción militar (art. 18).

Como ejemplos de estas leyes podemos citar: La de Protección a los animales contra los actos de crueldad, también denominada Ley Sarmiento, n° 14.346; Profilaxis antivenérea y examen prenupcial obligatorio, n° 12.331; Estupefacientes, n° 23.737; Residuos peligrosos, n° 24.051; Conservación de la fauna silvestre, n° 22.421; Sangre humana, n° 22.990, Propiedad intelectual n° 11.723; Penalidades por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar n° 13.944; Juegos de azar n° 21.961; Marcas y designaciones n° 22.362; Violencia en espectáculos deportivos n° 23.184 y 24.192; Actos discriminatorios n° 23.592; Trasplante de órganos y materiales anatómicos n° 24.193; Impedimento de contacto de hijos menores con padres no convivientes n° 24.270; Protección contra la violencia familiar n° 24.417, entre otras.

B.2. Las *leyes complementarias* perfeccionan el espectro de la materia represiva contenida en el Código Penal o sus disposiciones generales. Podemos citar como ejemplo de tales disposiciones la Ley de armas y explosivos, n° 20.429; sobre Propiedad del automotor, Decreto Ley n° 6582/58, ratificado por Ley 14.467, las referidas al Régimen penal de la minoridad, n° 22.278 y 22.803; la Ley de cheques n° 24.452; la del Registro Nacional de reincidencias 22.117; la de Ejecución de la pena privativa de la libertad n° 24.660; la de Adulteración de sustancias alimenticias n° 24.827.

C. Naturaleza jurídica de la legislación penal especial

No es pacífica la doctrina en este punto, desde que se ha reconocido a estas leyes, una calidad diferente por ser sustancialmente diversas, criterio que, según se afirma, no se encuentra en la legislación común, sino en la Constitución nacional.

Así tenemos en un sentido la opinión de Núñez quien sostiene que la atribución del Congreso de la Nación de dictar el Código Penal no tiene su fuente en una delegación expresa por parte de las provincias, sino que emana del principio reconocido tradicionalmente y reconocido por la Corte Suprema, de que la concesión de un poder de legislar implica la de hacer efectivas con sanciones penales ciertas

disposiciones legales para cuyo cumplimiento no hay otro medio coercitivo, pues de otra manera se trataría del ejercicio de una jurisdicción sin imperium, lo que es lo mismo que decir sin poder efectivo de ejecución³⁴⁶.

Dice también el citado autor que la materia propia de esos poderes de legislación y de ejecución represivos reconocidos, respectivamente al Congreso y al Poder Ejecutivo Nacional, es siempre de naturaleza contravencional porque penalmente su objetividad jurídica se concreta en una contravención o desobediencia a leyes o disposiciones de carácter administrativo que regulan relaciones entre la Administración Pública y los administrados. La jurisprudencia de la Corte Suprema, dice Núñez, ha calificado como contravenciones de esa especie, entre otras a las previstas en las leyes de aduana, réditos, impuestos internos, identificación de mercaderías, carnes, sellos, descanso dominical y trabajo de mujeres y niños³⁴⁷. Considera asimismo, que las contravenciones federales (tal como este autor las denomina) por la naturaleza federal de la legislación que las regula no puede integrar el Código Penal y cita como ejemplo de mala inserción los arts. 189 bis, párrafos 3º, 4º y 5º; 205, y 206 que castigan, según afirma, contravenciones a la ley de armas y a las leyes sanitarias y que el art. 208 reprime la contravención a las leyes que regulan el ejercicio de la medicina³⁴⁸.

Diametralmente diferente es el sentido otorgado por otro sector de la doctrina dentro del cual nos enrolamos, para quienes la cuestión se vincula en forma directa con el art. 100 (actual 116) de la Constitución Nacional, en cuanto entre los puntos que genéricamente asigna al conocimiento de la justicia federal menciona los regidos por la Constitución, por los tratados internacionales y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11º del art. 67 (actual inc. 12, art. 75). Pero esa reserva debe ser interpretada de manera correcta para que sus derivaciones no puedan ser fuente de equívocos³⁴⁹.

La ley 48, dice Clariá Olmedo, dictada por el Congreso de la Nación, el 14 de septiembre de 1863 dio con precisión el contenido de esta parte de la norma

³⁴⁶ NUÑEZ, Ricardo C. “La cuestión de los delitos y contravenciones. Su base constitucional”, Opúsculos de derecho penal y criminología n° 6, Lerner-Córdoba, Pág. 24.

³⁴⁷ NUÑEZ, Ricardo C. “La cuestión de los delitos...” cit. Pág. 26. El subrayado es nuestro.

³⁴⁸ NUÑEZ, Ricardo C. “La cuestión de los delitos...” cit. Pág. 29.

³⁴⁹ CLARIA OLMEDO, Jorge A. “Leyes especiales de la nación” Enciclopedia Jurídica Omeba – Bibliográfica Omeba- Tomo XVIII, Pág. 393.

constitucional. Por el artículo 2° limitó el alcance de los puntos regidos por la Constitución, a los puntos especialmente regidos por ella. Este antecedente es importante para dilucidar la cuestión que nos preocupa.

Esos puntos, continúa el citado autor, regidos en forma especial se diferencian desde un punto de vista material del conjunto de previsiones que contemplan la organización jurídica general para todos los habitantes de la Nación. Como ambos aspectos deben ser reglamentados por el Poder legislativo sin que las leyes a dictarse alteren su esencia, o como esas leyes deben emanar del Congreso de la Nación cuando contengan el Derecho sustancial, ha de concluirse que el Poder legislativo nacional ha de dictar el Derecho general o común aplicable a todos los tribunales del país, vale decir por los nacionales o provinciales según que las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones y también ha de dictar el Derecho especial, cuya aplicación corresponde exclusivamente a la justicia federal.

Luego concreta el concepto diciendo: Son leyes especiales del Congreso de la Nación todas las normas sustanciales que éste dicta para proteger los intereses de la entidad central, en cuanto Nación organizada, política e institucionalmente, y como medio de poner en práctica las facultades delegadas por las entidades locales en el gobierno central conforme a la Constitución para asegurar su normal ejercicio dentro de los límites asignados.

Estos límites, dice Clariá³⁵⁰, impiden invadir con dichas normas el campo del Derecho común, por lo cual el carácter asignado de especialidad fluye de su propio

³⁵⁰ Quien señala los puntos comprendidos en las leyes especiales y sostiene que son en general “los que se distribuyen a todo lo largo de los textos constitucionales” y en particular: **a)** Mantenimiento de la forma republicana, representativa y federal de gobierno; **b)** Determinación de las rentas de la Nación, previstas en forma general en los artículos 5° y siguientes y específicamente asignadas como facultad del Congreso en el artículo 9° y en los incisos 1° a 8° del artículo 67 (tarifas aduaneras, impuestos internos, impuestos a los réditos, a las ganancias eventuales y a las ventas, empréstitos públicos, timbres de correos y telecomunicaciones y para otros servicios administrativos de la Nación, tasas de importación y exportación, etc.); **c)** La nacionalización de las aduanas prevista en el artículo 9°; **d)** Regulación del tráfico o comercio internacional e interprovincial (comprendiendo en ello la navegación costera, fluvial y aérea, el intercambio, el transporte, las comunicaciones por otros medios, etc.); **e)** Integración de la fuerza armada, mediante leyes atribuidas al Congreso por el art. 21; **f)** Fomento de la inmigración, previsto en el artículo 25, principalmente la inmigración europea, en cuya virtud se han dictado las leyes de inmigración, de residencia y algunas otras; **g)** Afianzamiento de las relaciones de paz y de comercio con el exterior impuesto al Gobierno nacional por el art. 26; **h)** Creación del Banco de la Nación Argentina, con facultad de emitir billetes, sellar monedas y fijar valor a la moneda extranjera; **i)** Elecciones nacionales, marcas de fábrica, comercio y agricultura, patentes de invención, comercio de carnes, identificación de mercaderías, policía sanitaria animal y

contenido. Pero ese contenido que proporciona su naturaleza a las normas especiales del Congreso, no puede tener más fuente que la Constitución nacional. En ella deberá estar contemplado el punto de manera especial, en previsiones genéricas o específicas, pero siempre referidas a los poderes delegados al Gobierno central para garantizar la soberanía nacional, el régimen de gobierno establecido y la seguridad política y económica de la Nación³⁵¹.

Estas leyes, de acuerdo al contenido asignado pueden encontrarse tanto en la legislación codificada como en la no codificada. Ejemplo de las primeras son las normas contenidas en los Títulos IX y X del Código Penal.

Con relación a las segundas y conjuntamente con la *legislación fiscal* que al congregarse con las leyes impositivas y las de regulación de sociedades y entidades comerciales integran la materia propia del *Derecho Penal Económico*, podemos citar a modo de ejemplo las leyes sobre *ciudadanía y naturalización* n° 346³⁵²; *residencia de extranjeros* n° 4144³⁵³; *actividades políticas* Decreto n° 18.409/43 de fecha 31 de diciembre de 1943; *seguridad nacional* 13.234³⁵⁴ y sus respectivas actualizaciones y modificaciones.

De los ejemplos proporcionados surge con claridad que para nosotros *habrá materia especial en todas aquellas leyes que tiendan a garantizar la soberanía nacional, el sistema de gobierno y la seguridad política y económica de la nación.*

El Congreso de la Nación tiene la facultad de dictar el Código Penal (Constitución Nacional art. 75 inc. 12°). Como ley nacional que es, ese Código se aplica, en el ámbito de su materia propia, en todo el territorio de la República.

El Código penal no comprende, sin embargo, todos los hechos punibles en el país. Su contenido se limita al Derecho Penal común. Las contravenciones o faltas son materia reservada por las provincias.

Cada una de esas fuentes represivas funciona en lo que atañe a la Parte Especial, vale decir, al elenco de infracciones y penas, en forma totalmente autónoma. Esta autonomía es substancial, pues cada una de esas fuentes tiene su

vegetal, enrolamiento general, ciudadanía y naturalización, protección ganadera, expropiación, etcétera, todas referidas a puntos especialmente regidos por la Constitución nacional

³⁵¹ CLARIA OLMEDO, Jorge E. "Leyes especiales..." cit. Pág. 394.

³⁵² Sancionada 01/10/1869, promulgada 08/10/1869 (R.N. 1863/69, Pág. 517).

³⁵³ Sancionada el 7/11/1902, promulgada el 13/11/1902 (R.N. 1902, T.III, Pág. 493).

³⁵⁴ Sancionada el 1/IX/48; promulgada el 7/IX/48. B.O. 10/IX/48.

materia propia que no deber ser invadida ni complementada por las otras. Pero no sucede lo mismo en lo referente a la Parte general, esto es, en lo que respecta a las disposiciones generales reguladoras de la imputación delictiva y de la pena. En este aspecto las necesidades prácticas exigen una armonía general, expresada por un fondo común legislativo con validez, con arreglo al régimen federal de gobierno, en todo el país o en los respectivos ámbitos territoriales provinciales, respecto de todas las fuentes del mismo orden jurisdiccional de la legislación represiva.

Ese fondo común legislativo está constituido en lo que al orden de la legislación represiva emanada del Congreso respecta, por las Disposiciones Generales del Código Penal, que se aplican a todos los delitos previstos por las leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario (art. 4 del C. Penal)³⁵⁵.

D. El artículo 4 del C. Penal y el sistema represivo

Esa función general ordenadora es la que cumple el artículo 4°. Esta disposición, junto con el art. 31 de la Constitución Nacional, que establece la jerarquía de las leyes, determina la existencia de un sistema común de legislación penal para todo el país, no ya solamente con respecto a los principios que importan una garantía constitucional (ley previa, derecho de defensa, etc.), sino inclusive para todo ese conjunto de principios que integra el sistema penal. Claro que mientras no está de por medio una garantía constitucional, las provincias, en la esfera de derechos que les corresponde, pueden sancionar principios no coincidentes con los de la parte general del Código Penal. Pueden, por ejemplo, en materia contravencional, no hacer aplicación de los principios de tentativa, de complicidad o alterar los términos de la prescripción. En esta materia, sin embargo, no pueden ir muy lejos las legislaciones autónomas, porque las garantías constitucionales están siempre muy cerca de las disposiciones penales.

Como consecuencia de lo expuesto, el art. 4° del Código Penal, debe ser considerado aplicable no solamente a las leyes del Congreso, sino también a las que dictan las provincias en materia contravencional, mientras éstas no establezcan lo

³⁵⁵ NUÑEZ, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal" cit. Tomo I, Pág. 192.

contrario y siempre que este alejamiento de las normas comunes no vulnere principios constitucionales superiores³⁵⁶.

Ese punto de vista, dice Nuñez, resulta contrario, por un lado al sistema constitucional construido sobre la base de que las provincias se han reservado materias de gobierno local exentas de la jurisdicción nacional y totalmente sometidas a su regulación, efectividad e, incluso, destrucción, a las jurisdicciones locales, sin más limitaciones que la supremacía de la Constitución. Orbita, aquella en la que entran tanto la represión emergente del poder de policía local, tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de sus primeros fallos, como la protectora de las propias instituciones provinciales.

Por otro lado, ese punto de vista, al reconocerle al Congreso imperio sobre la materia contravencional, desconoce que entre los delitos, entregados a la regulación del Congreso mediante el Código Penal (art. 75 inc. 12 de la Const. Nac.), y las contravenciones o faltas, media una diferencia jurídica sustancial.

Otra cosa distinta a reconocerle el artículo 4° imperio en el círculo de la represión reservada por las provincias, es la de si los vacíos de la Parte general de esa represión pueden ser llenados por la aplicación de las disposiciones generales del Código penal por representar una ley análoga. La aceptación de tal punto de vista depende si, *in bonam partem* el juez provincial, considerando a las disposiciones generales del Código penal como principios generales del Derecho penal argentino, puede suplir las lagunas del derecho penal provincial argentino.

De lo dicho resulta que las disposiciones generales del Código penal rigen en virtud de su artículo 4° como Derecho supletorio, sólo respecto de las leyes del Congreso, con validez o con alcance para los territorios nacionales. Así lo ha resuelto la Corte al disponer: El artículo 4 C. Penal es aplicable, en tanto y en cuanto esa ley especial no disponga lo contrario o surja de manera clara la incongruencia entre esa ley y el libro I del C. Penal³⁵⁷.

La vigencia supletoria no funciona cuando esas leyes disponen lo contrario, vale decir, cuando disponen la no vigencia de esas disposiciones generales. Esto puede hacerse de una manera general, excluyéndose en globo la aplicación, o de una

³⁵⁶ SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino...” cit. Tomo I, Pág. 127.

³⁵⁷ SCJN, Fallos 296; 534.

manera particular, sólo respecto de ciertos institutos. La disposición contraria puede ser expresa o implícita³⁵⁸.

IV. El Derecho Penal como disciplina normativa

A. Objeto

Al considerar el derecho penal como un conjunto de normas jurídicas, como de todo estudio jurídico de una materia dada, se llama estudio dogmático, porque presupone la existencia de una ley, y se propone su sistematización, interpretación y aplicación correctas.

En primer lugar, pues, estos estudios se caracterizan por el objeto sobre el que versan, por los materiales que manejan, esto es, un conjunto de leyes, un sistema de normas vigentes, cuyos contenidos elaboran³⁵⁹.

Lo que caracteriza a toda dogmática jurídica, no ya solamente a la dogmática penal, consiste en el objeto estudiado por ella, que es siempre un derecho positivo dado. Su existencia no es un accidente o el fruto de una opinión personal, sino una consecuencia ineludible del solo hecho de que existan derechos positivos, vigentes, porque el solo reconocimiento de éstos importa aceptar la posibilidad de la existencia de otro derecho no positivo, sea o no éste un derecho ideal. La dogmática supone la distinción entre el derecho que es (de *lege lata*) y el derecho posible (de *lege ferenda*) y se ocupa del primero³⁶⁰.

La dogmática estudia un sistema de normas no ya en su momento estático, como fenómeno, sino en su momento dinámico, como voluntad actuante. La ley, así considerada, no es un modo de ser, sino del deber ser. Por eso juzgamos tan gravemente perturbatoria la superposición de puntos de vista normativos y causal-explicativos. Por una parte, la interpretación sociológica de la norma puede conducir a negarla; por la otra, con aquellas confusiones también se resta pureza a las ciencias causal-explicativas³⁶¹.

³⁵⁸ NUÑEZ, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal" cit. Tomo I, Pág. 195; NUÑEZ, Ricardo C. "Manual de Derecho Penal..." cit. Pág. 116; NUÑEZ, Ricardo C. "Las Disposiciones..." cit. Pág. 30.

³⁵⁹ SOLER, Sebastián "Derecho Penal..." cit. Tomo I, Pág. 30.

³⁶⁰ SOLER, Sebastián "Derecho Penal..." cit. Tomo I, Pág. 27.

³⁶¹ SOLER, Sebastián "Derecho Penal..." cit. Tomo I, Pág. 18.

En “Las palabras de la ley”, Soler luego de refutar lúcida y extensamente los embates a la dogmática provenientes de diversos sectores, pero en especial de la corriente jusnaturalista, pone de relieve la validez de este punto de vista que, en pensadores como Carrara, por ejemplo, pretendían encontrar “el límite perpetuo de lo ilícito” y concluye por delinear una tesis derogatoria de cualquier disposición de derecho positivo que, a juicio del exponente considere no ajustada a las exigencias de un principio suprahistórico de justicia, con lo cual el derecho positivo sólo será tal, cuando se porta bien, cuando el derecho natural le da permiso para disponer lo que dispone....”El saber jurídico consiste en el conocimiento de las verdaderas normas. Las otras formarán un conjunto meramente informativo y caprichoso cuyo conocimiento será útil en cierto sentido preventivo, para saber anticipadamente cuáles son las disposiciones a las que, llegado el momento, habrá que desobedecer y cuáles las que podrán pasar”³⁶².

B. Método

El Derecho como ciencia normativa, según sabemos, pertenece al grupo de ciencias denominadas Sociales y cuyo método de estudio es el racional deductivo.

En el Derecho Penal según que nos ubiquemos en el periodo de elaboración de la ley, o en el de aplicación de la ley, los métodos difieren sustancialmente: En el proceso de creación de la ley, el legislador individualiza cada conducta en particular, (figura delictiva), la aísla y la reagrupa para establecer sus conexiones y así llegar a una formulación válida para todo el conjunto. Establece un común denominador a todas las figuras delictivas (la sistematización de la Parte Especial) y formula las reglas que las rigen (los principios de la Parte General). Para ello utiliza un procedimiento lógico abstracto, respetando los principios básicos de la Lógica Formal que son, según sabemos, los de identidad, no contradicción, razón suficiente y tercero excluido. Esto es, básicamente, un procedimiento inductivo que va de una conducta humana en particular, al sistema jurídico en general.

En el momento de la aplicación de la ley se procede a contornear con elementos reales, la conducta humana para luego verificar si con todos y cada uno de

³⁶² SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 31.

los elementos extraídos de la realidad, se logra la subsunción de dicha conducta a una figura en particular (prueba). Se sintetiza en un procedimiento de verificación, tendiente a establecer si en el caso concreto se aplican los principios formulados por la ley penal. Esto es, un procedimiento deductivo que va del sistema jurídico a la conducta.

Pero la explicación científica del Derecho Penal sólo es posible mediante el método dogmático que consiste en tomar el conjunto de preceptos vigentes y construir un sistema con ese material. Este razonamiento jurídico presupone siempre la existencia de normas de las cuales se parte, para inferir consecuencias y construir un sistema. Naturalmente, las normas están compuestas por conceptos abstractos; son en sí mismas abstracciones y como tales deben ser manejadas en la tarea sistemática. Las operaciones necesarias para alcanzar el resultado son: La descripción y el aislamiento de cada figura jurídica; la comparación, jerarquización y agrupamiento de ellas para inducir principios generales o criterios de sistemáticos y distributivos. Finalmente, la deducción verificante de la exactitud de los principios alcanzados³⁶³.

La tarea de la dogmática, conforme se ha visto, consiste primordialmente en reducir el material normativo que inorgánicamente produce el legislador, a un sistema coherente que funcione sin contradicciones. Ese material normativo, debe recordarse, ha sido creado sin pretensiones doctrinarias y responde a las exigencias de la política y de la necesidad y es la misión del dogmático el ordenarlo adecuadamente³⁶⁴.

La teoría dogmática solo puede alimentarse del derecho vigente. Todas las elaboraciones que se hagan de *lege lata* deben extraerse de la ley. Para el estudio dogmático es un dogma el principio de la plenitud del orden jurídico estatuido. Esta afirmación no importa negar que el derecho vigente, no la dogmática, tenga por objeto el mundo real, pues su punto de referencia son las conductas de los hombres. Pero sí importa sostener que la sistematización dogmática debe adecuarse a la que ha estructurado el legislador, y no a la que resulta de evoluciones escolásticas, porque

³⁶³ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 38.

³⁶⁴ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 40.

éstas muestren un orden penal más justo que el legislado, que deje ver los defectos o injusticias de éste³⁶⁵.

C. Relaciones del Derecho Penal con disciplinas no normativas

El conjunto de disciplinas denominadas usualmente “ciencias penales”, se vinculan con el Derecho Penal y hacen posible su estudio como fenómeno individual (Antropología criminal, Medicina legal, Psiquiatría forense) cuya herramienta indispensable es la Criminalística; o como fenómeno social, ya sea para llevar a cabo una política de represión del delito (Política Criminal), la que a su vez puede partir, como presupuesto, del estudio de la sociedad como factor determinante de la criminalidad (Sociología criminal). Esa tarea corresponde a la Criminología.

Señala con acierto Fontan Palestra: La autonomía y los límites del Derecho Penal no fueron vistos siempre con claridad. Con el advenimiento del positivismo penal, se introduce confusión y se estudian conjuntamente conocimientos de distinta naturaleza. Con el nombre de *Enciclopedia Criminológica* o Ciencia de la Criminalidad se denominó a un conjunto de disciplinas que estudian los medios de combatir la delincuencia. Algunos autores, entre ellos Ferri e Ingenieros, quisieron hacer con todas esas disciplinas una ciencia enciclopédica, que el primero denominó *Sociología criminal* y el segundo *Criminología*³⁶⁶.

Las ciencias criminológicas o ciencias no jurídicas que estudian al delincuente, señala el citado autor, constituyen una realidad que no puede ser ignorada, tanto en su existencia como en sus manifestaciones de la vida práctica. La función de estos conocimientos, está hoy precisada en sus justos límites y aun los autores más definidos en su criterio dogmático, señalan su naturaleza y cometido. Todo está en no confundir, superponer o sustituir; pero esos errores hoy resultan ya superados³⁶⁷.

La tesis enciclopedista indica Fontan Palestra, fue el producto de una escuela y de un momento dentro de ella; pero pronto se reaccionó del error conceptual que encierra. Los revisores de los principios de la escuela que nace con LOMBROSO y

³⁶⁵ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit. Págs. 57/58.

³⁶⁶ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág. 16.

³⁶⁷ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág. cit.

aun sus mismos continuadores, vuelven por los fueros del Derecho Penal. La característica común a todo el *neopositivismo* o *positivismo crítico* puede decirse que es reconocer al Derecho Penal su autonomía de ciencia jurídica, asignada a las demás disciplinas funciones auxiliares o constitutivas de otra ciencia o conocimiento. No puede ya discutirse hoy, destaca el citado autor, la independencia del Derecho Penal lo mismo que la de las otras ciencias jurídicas- y la necesidad de su estudio aparte de las demás disciplinas con las que se quiso constituir la *Enciclopedia Criminológica*. A estas últimas preferimos agruparlas bajo el título de *Criminología*³⁶⁸.

A su vez podemos clasificar estos *saberes* concernientes al delito, al delincuente y a la sociedad en dos grandes grupos:

a. El conjunto de disciplinas no normativas que asisten al Derecho penal en el estudio del delito como *fenómeno individual*. Ellas son:

a.1. La *Antropología criminal*

Sea que se imprima a esta ciencia una orientación tipológica o se la exponga con otro criterio, no hay duda de que debe constituir una rama o parte de la Antropología y que la orientación que imprimamos a ésta, en general señalará el rumbo de la rama especializada, sea inclinándonos hacia una Antropología psicológica, sea hacia una Antropología biológica.

La purificación y profundización de los estudios relativos al sujeto delincuente solamente se alcanza sobre la base de desterrar ese tipo de descripciones o exposiciones pretendidamente científicas y, en realidad, puramente literarias, en las cuales el rigor científico propio de una investigación biológica o psicológica, se encuentra ausente del todo, o bien confusamente entremezclado con proposiciones o postulaciones jurídicas y hasta políticas³⁶⁹.

Si se toma en cuenta la naturaleza de los conocimientos que se intenta incluir en el estudio de la criminología, añade Fontán Balestra, se comprende que su contenido haya sido determinado de modo bastante dispar. La tendencia más aceptada hoy considera que la criminología se integra con la *antropología criminal* y la *sociología criminal*, con las que se constituyen sus dos grandes capítulos, aunque

³⁶⁸ FONTAN BALESTRA, Carlos "Derecho Penal..." cit. Pág. 17.

³⁶⁹ SOLER, Sebastián "Derecho Penal..." cit. Tomo I, Pág. 54.

una u otra prevalezcan en las distintas tendencias. Este punto de vista es sostenido, entre otros, por Von Liszt, Cuello Calón, Jiménez de Asúa y O. C. Blarduni. Ruiz Funes agrega a las disciplinas citadas la *psicología criminal*. La *antropología criminal* es entendida como el estudio del delincuente en su individualidad, tomando en consideración tanto los factores internos como los externos, especialmente el medio circundante. La *sociología criminal* es el estudio de la delincuencia como fenómeno social. Al decir de Blarduni, los objetos de la antropología de la sociología criminal son, respectivamente, el *delincuente* y la *delincuencia*³⁷⁰.

a.2. La Medicina legal

La medicina legal utiliza la totalidad de las ciencias médicas para dar respuesta a interrogantes jurídicos y asume relevancia para la determinación de la muerte y sus motivos, el día y la hora en que ocurrió y otras circunstancias de interés forense; la existencia de lesiones y su mecanismo de producción; la de maniobras abortivas; la edad de las personas, etcétera³⁷¹.

Sistematiza todos los conocimientos de naturaleza médica a los cuales el derecho hace referencia, y que se hacen necesarios para aplicar la ley. Por ejemplo en el delito de lesiones (arts. 89, 90 y 91 del Código Penal), que es un delito de resultado, es necesario que sea un médico (médico forense) quien determine su existencia, gravedad, tiempo de curación e inhabilitación para el trabajo. En el homicidio (art. 79 Código Penal), que también es un delito de resultado, es menester realizar la autopsia que determine la causa eficiente de la muerte de la víctima, etc.

Las obras más difundidas de autores nacionales son las de Nerio Rojas (Medicina Legal, Buenos Aires 1959) y la de Emilio F.P. Bonnet (Medicina Legal, Buenos Aires 1967). Cabe advertir que en Latinoamérica, frecuentemente han sido juristas quienes se han dedicado también a esta especialidad, por ejemplo Luis Cousiño Mac Iver, quien publicara en Chile, en el año 1974 su Manual de Medicina Legal³⁷².

³⁷⁰ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág. 17.

³⁷¹ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág. 19.

³⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl “Tratado de Derecho Penal” cit. Tomo I, Pág. 275 y nota n° 295.

a.3. La *Psiquiatría forense*

Forma parte de la Medicina legal y constituye una guía indispensable para establecer la imputabilidad o la inimputabilidad del autor de un hecho delictivo y aconsejar la imposición de la correspondiente medida de seguridad.

A través del estudio de la psiquis del imputado o de la víctima de un delito determina cuestiones sustanciales como la imputabilidad o inimputabilidad; la veracidad de ciertas acusaciones o el estado de salud mental del sujeto pasivo, o su edad, en función de las exigencias de la figura delictiva³⁷³.

a.4. La *Criminalística*

Comprende el estudio de los procedimientos científicos de investigación de los delitos, y que, en consecuencia, se integra con muy variados aportes provenientes por ejemplo, de la Química legal; Huellas y rastros; Planimetría; Reconstrucción gráfica de rostros; Fotografía legal; Audio y Video; Balística; Grafo-crítica y Pericias Automotrices, que en Córdoba corresponden a sendas secciones que integran los Gabinetes de la Secretaría Científica, de la Policía Judicial de la Provincia.

El sistematizador de la Criminalística conocido como prácticamente el primero fue Hans Gross de Graz autor del “Manual del Juez para uso de los jueces de instrucción y municipales, jefes políticos, alcaldes, escribanos, oficiales, agentes de policía, etc.”, traducción de Máximo de Arredondo, México 1901.

En nuestro país las obras más importantes sobre la materia pertenecen a Roberto Albarracín “Manual de Criminalística” (Bs.As. 1971), que contiene gran información sobre los orígenes de la materia; y la de Ladislao Thot “Criminalística” (La Plata, 1934)³⁷⁴.

b. El conjunto de disciplinas no normativas que asisten al Derecho penal en el estudio del delito como *fenómeno social*. Ellas son:

b.1. La *Criminología* es una disciplina nacida de las exposiciones del Positivismo Criminológico, corriente filosófica surgida a fines del Siglo pasado, que aplica métodos biológicos para el conocimiento de los fenómenos sociales, asimila la

³⁷³ FONTAN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal...” cit. Pág. 19.

³⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl “Tratado de Derecho Penal” cit. Tomo I, Pág. 275 y nota n° 296.

sociedad a un organismo, que trata sus cuestiones con términos médicos, sometiéndola al método causal explicativo y que adhiere al determinismo de las acciones humanas.

Para Von Liszt, la Criminología es el estudio del delito como fenómeno, a diferencia del Derecho Penal que lo estudia como ente jurídico. Tratase, según él, de una ciencia causal-explicativa integrada por el estudio del proceso de causación. La Criminología, para Von Liszt, es Etiología criminal y está integrada por el examen de dos ordenes de factores: Los subjetivos (Antropología criminal) y los objetivos (Sociología criminal), disciplinas éstas entre las cuales no existiría una diferencia de objetos, sino solamente de método; en la primera, el método de la observación de casos individuales, y en la segunda, la observación de fenómenos de masa. Lejos de ser incompatibles estos dos procedimientos se integrarían recíprocamente para verificar los resultados respectivamente obtenidos, integración que puede llevar a un conocimiento más correcto del delito, que es el objeto común a ambas ramas³⁷⁵.

Aún cuando en sistemas criminológicos posteriores se mantiene a veces el predominio de la idea de construir la Criminología como Etiología, es lo cierto que, además se ha destacado la importancia de la función meramente descriptiva de los hechos y de las relaciones que entre ellos media, sobre todo por considerar que la investigación causalista pura del tipo de la empleada por las ciencias Físicas o Biológicas puede no constituir en este caso otro sector de la realidad la mejor manera de comprender y de explicar el fenómeno estudiado³⁷⁶.

La Criminología no representa, en sí misma, una ciencia autónoma (para Soler es una hipótesis de trabajo), porque los múltiples aspectos del delito que deberá estudiar como “Ciencia de la criminalidad” o “Ciencia del delito”, no permiten un método único de investigación, necesario a la par de la unidad de objeto (delito), para que una disciplina constituya una ciencia.

La condición de la Criminología de ser auxiliar del Derecho Penal, no implica que sólo deba ocuparse de los hechos que éste considere como delitos. La idea de que el objeto de conocimiento de las ciencias criminológicas está delimitado por la previa valoración jurídica, porque el delito es, ante todo, un concepto jurídico; olvida

³⁷⁵ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 49.

³⁷⁶ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 50.

que el auxilio de la Criminología al Derecho Penal no se traduce en valoraciones y calificaciones de los fenómenos individuales y sociales, así sea como delitos naturales, sino en su determinación causal, descriptiva y funcional, quedando a cargo del legislador penal su valoración político-criminal.

El auxilio de la Criminología al Derecho Penal se manifiesta así, por una parte, en el conocimiento a los efectos de su apreciación normativa por el Legislador, de realidades operantes en el ámbito de los intereses de una sociedad; y, por otra parte, en la cooperación para el conocimiento de las realidades ya captadas por las normas represivas. Es secundario que, en razón del primer tipo de auxilio, se pueda discutir el carácter criminal de la ciencia que lo proporciona³⁷⁷.

b.2. La *Sociología criminal*, se ocupar pues, de fenómenos de repetición o de masa, de interacción individual y de los productos de esta interacción, y sin salirse de este marco, que es el que cuadra a la Sociología, estudiar la delincuencia como fenómeno total y además estudiar todo otro fenómeno social que, como tal, tenga relación con la actividad represiva. Serán pues, temas suyos no sólo el estudio de la delincuencia en el sentido general referido, sino también los sentimientos, ideas o creencias sociales que hacen nacer y evolucionar la idea de lo prohibido, las formas y reglas de responsabilidad, etcétera. La Sociología criminal será integrante de la Sociología general, cuyos métodos no pueden confundirse, por cierto, con los de las Ciencias biológicas³⁷⁸.

b.3. La *Política criminal*: Con esa expresión se designa a toda una corriente doctrinaria, encabezada en Alemania por Von Liszt, de la que formaban parte, entre otros muchos, Prins, Van Hammel, Garzon y que desplegó una acción considerable en favor de la moderna reforma legislativa especialmente a través de los Congresos de la Unión Internacional de Derecho Penal (1889). Esa tendencia doctrinaria se caracterizó por el empeño en propender a la modificación de las legislaciones vigentes sobre la base de los resultados alcanzados por el estudio sociológico y antropológico del delito y del delincuente.

³⁷⁷ NUÑEZ, Ricardo C. "Manual de Derecho Penal" cit. Pág. 20.

³⁷⁸ SOLER, Sebastián "Derecho Penal..." cit. Tomo I, Pág. 56.

Consideraba que la función de ese conjunto de disciplinas de carácter científico a que nos hemos referido como integrantes de la Criminología, debía consistir en suministrar el material para infundir al Derecho Penal nuevos contenidos. La labor del jurista, a su vez, centraba en la tarea de hallar fórmulas legales satisfactorias, a un tiempo, para las conclusiones de esas ciencias y para las necesidades de la política de cada país. Por eso, esta corriente, lejos del utópico doctrinarismo positivista con el que chocó más de una vez en esos Congresos, se mostró prácticamente eficaz como un eclecticismo, dentro de las luchas de escuela que caracterizaron las tendencias penales de fines del siglo pasado y de los comienzos del presente³⁷⁹.

Tiene por finalidad adecuar la legislación penal a las necesidades de la defensa de la sociedad frente al delito, mediante la configuración del elenco de delitos, las penas y las medidas de seguridad y las reglas que los rigen, así como el mejoramiento del procedimiento penal y de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad y corrección. A estos efectos, la política criminal, haciendo un examen crítico de la legislación vigente, aprovecha para mejorarla, los datos de la criminología y de todos aquellos aportes que, como los de la jurisprudencia y doctrina penales, de la experiencia carcelaria, de la política social, de la técnica legislativa etcétera, considera útiles para cumplir su misión³⁸⁰.

La Política criminal por lo tanto, puede seguir siendo concebida, con Von Liszt, como un campo en el cual se procura conciliar las conclusiones de la ciencia con las exigencias de la política, conservando así la pureza metódica de la primera y frenando las improvisaciones de la segunda.

Por otra parte, una realidad social científicamente estudiada muestra a veces que la represión no produce los efectos que de ella se esperaban, y que subsiste la necesidad de procurar algún remedio socialmente más conveniente. De ahí que una buena política criminal tenga relación no sólo con la legislación penal propiamente dicha, sino que se vincule con instituciones de otra naturaleza, cuyo fin indirecto es la prevención de la delincuencia³⁸¹.

³⁷⁹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 58.

³⁸⁰ NUÑEZ, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” cit. Pág. 20.

³⁸¹ SOLER, Sebastián “Derecho Penal...” cit. Tomo I, Pág. 59.

Debemos distinguir por últimos algunas expresiones que a pesar de su diferencia semántica suelen emplearse de modo indistinto cuando no significan lo mismo. Nos referimos a la *política criminal*; la *política legislativa* y la *política jurídica*.

Según se ha dicho la política criminal es una tendencia doctrinaria caracterizada por propender a la modificación de las legislaciones vigentes sobre la base de los resultados alcanzados por el estudio sociológico y antropológico del delito y del delincuente y que tiene por objeto adecuar la legislación penal a las necesidades de la defensa de la sociedad frente al delito.

Como lo señala Von Liszt la política criminal es el arte de enjuiciar críticamente al derecho penal en vigor y de realizar su reforma o modificación, de acuerdo con los datos proporcionados por la ciencia sobre la forma y recursos más adecuados para combatir el delito³⁸².

Ahora bien, la política jurídica se ocupa de revelar el plan de futuro inmediato del derecho, conforme al ideal jurídico realizable en cada momento histórico. Cada comunidad, cada sociedad, tiene su ideal jurídico y este plan de futuro inmediato forma parte de esta pretensión de política jurídica. Desde este punto de vista se puede decir que aquellos que critican las normas jurídicas positivas están básicamente haciendo política jurídica y no dogmática jurídica. Esta expresión -política jurídica- debemos vincularla al concepto “mundo jurídico” pero entendido este último no únicamente como el sistema lógico que nos propone la dogmática, sino como una relación entre la sociedad, la cultura y el derecho. Así un cambio en la política jurídica de un país equivale a la transformación de todas sus ciencias sociales, aunque no necesariamente en la totalidad de cada una de ellas. Esto se corresponde con una semblanza epistemológica de las ciencias sociales, absolutamente ajena a una interpretación sectorizada de la conducta humana.

De este modo, la política legislativa representa solo una de las manifestaciones de la política jurídica, pues refiere únicamente el cambio producido a nivel de la ciencia del derecho.

³⁸² Así CURY URZÚA, Enrique “Derecho Penal” cit. Tomo I, Pág. 96.

