

ZAFFARONI

**TRATADO
DE
DERECHO
PENAL**

PARTE
GENERAL

V

EDIAR

I.S.B.N. 950-574-005-2 (obra compl.)
I.S.B.N. 950-574-059-x (tomo V)

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Queda hecho el depósito que exige la ley 11.723

*Copyright by EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial,
Industrial y Financiera, Tucumán 927, 6º piso, Buenos Aires.*

1988

EUGENIO RAUL ZAFFARONI

Profesor titular en la Universidad Católica de La Plata
y en la Universidad del Salvador

TRATADO DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

V



E D I A R

**SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA,
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA.**

TERCERA PARTE

TEORÍA DE LA COERCIÓN PENAL

TÍTULO I: La coerción materialmente penal.

TÍTULO II: La coerción formalmente penal.

TÍTULO I

LA COERCIÓN MATERIALMENTE PENAL

CAPÍTULO XXXIX: La coerción materialmente penal.

CAPÍTULO XL: Manifestaciones de la coerción penal.

CAPÍTULO XLI: La determinación de la pena en el caso concreto.

CAPÍTULO XXXIX

LA COERCIÓN MATERIALMENTE PENAL

I. — LA PUNIBILIDAD. 582. El doble sentido de la expresión “punibilidad”. 583. El apartamiento de las condiciones de operatividad de la coerción penal. II. — LAS CAUSAS DE NATURALEZA PENAL QUE APARTAN LA PUNIBILIDAD. 584. Causas personales de exclusión de la punibilidad. 585. Los casos especiales de causas personales que cancelan la punibilidad. 586. La prescripción de la pena. 587. El indulto. 588. El perdón del ofendido. 589. Las supuestas condiciones “objetivas” de punibilidad. III. — LAS CONDICIONES PROCESALES DE OPERATIVIDAD DE LA COERCIÓN PENAL. 590. Respecto de ciertos delitos. 591. Ausencia de impedimentos de perseguibilidad.

I. — LA PUNIBILIDAD

582. El doble sentido de la expresión “punibilidad”. La consecuencia del delito es fundamentalmente la coerción penal, cuya manifestación hemos caracterizado como “pena”. No obstante, puede acontecer que al delito no le siga como consecuencia jurídica la coerción penal, porque el derecho determine que ella no debe operar en ese supuesto, pese a la existencia del delito. Se trata de un grupo de casos de excepción, en que la coerción penal carece de operatividad por razones que unas veces corresponden al derecho penal y otras se hallan fuera de él, en el campo del derecho procesal penal.

Pese a que en un plano general puede distinguirse perfectamente la hipótesis en la que no hay delito, de la otra, en que hay delito, y lo único ausente es la operatividad de la coerción penal en el plano doctrinario ambos supuestos se han confundido con gran frecuencia, como también se han confundido los límites entre el derecho penal y el procesal penal, dando lugar a que no se distingan adecuadamente las causas de falta de operatividad de una y otra naturaleza.

Nos ocuparemos primeramente de establecer en forma clara, que *puede haber delito sin que opere la coerción penal*. Las dudas al respecto provienen de que un sector doctrinario llama "punibilidad" a la posibilidad de coerción penal y la incluye dentro del concepto del delito. Para esta corriente, el delito no se conceptúa sólo con los caracteres generales y específicos, que hemos señalado, sino que demanda un ulterior carácter específico que llama "punibilidad" y cuyo aspecto negativo ha sido usualmente llamado en la literatura penal de lengua castellana "excusas absolutorias". De ser ello cierto, el delito sería una conducta típica, antijurídica, culpable y *punible* y, no habría delito, no sólo cuando faltase alguna de las primeras características, sino también la última, por existir una "excusa absolutoria".

El planteamiento hallaría su justificación en que se parte de la definición del delito como "conducta punible", que es una definición formal y tautológica, y se la reemplaza por una conceptualización analítica, en la que se trata de reemplazar "punible" por caracteres específicos. Así, resultará que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, pero, como de esos caracteres no se deduce sin más la punibilidad, puesto que puede suceder que la conducta presente esos caracteres y, no obstante, no sea punible, por consecuencia la punibilidad siempre debería permanecer como parte integrante de la definición del delito, sin que ello importe continuar en la tautología pre-analítica.

A la objeción de que la "punibilidad" es una característica sobranante, por tautología, se le respondería que no implica ninguna tautología, desde que puede estar ausente pese a la presencia de las restantes características dadas en la definición. Tal sería la síntesis argumental de las doctrinas que entienden que el delito es la conducta (acción o acto) típica (o típicamente), antijurídica, culpable (o imputable al autor y culpable) y punible (o eventualmente sometida a "condiciones objetivas de punibilidad y punible").

Cuando aún no se había descubierto la tipicidad como carácter específico penal del delito, el concepto de delito debía integrarse ineludiblemente con la punibilidad. Tal era el estado de la dogmática anterior a *Beling*.

En el planteamiento sostenido por *von Liszt* también debía permanecer la punibilidad como componente indispensable. *Von Liszt* afirmaba que "crimen es el supuesto de hecho (*Tatbestand*) al que el orden jurídico ha asociado la pena como consecuencia jurídica"¹. *Liszt* entendía que el "delito" es una

¹ LISZT, FRANZ VON, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin u. Leipzig, 1919, p. 110

acción antijurídica y culpable, aceptando que la antijuridicidad penal no se diferencia de la civil —por lo que rechazaba la distinción entre injusto penal y civil, hecha por los hegelianos— y aclarando que con esos tres elementos (acción, antijuridicidad, culpabilidad) el delito no era aún un “*crimen*”. “No a todo injusto asocia el legislador —escribía— la consecuencia jurídica de la pena. Del casi inabarcable círculo de los delitos extrae ciertas acciones precisamente delimitadas y construye así los (especiales) tipos de los crímenes en particular conminados con penas. En casos particulares, hace depender la admisión de la pena de la existencia de ulteriores condiciones de punibilidad”².

En nota, sostenía Liszt que Beling “coincide materialmente con el punto de vista del texto”, viendo entre ambos criterios una diferencia formal. En el fondo, quizá Liszt tuviese razón: Liszt afirmaba que “de las cuatro características surge el concepto (el *Tatbestand*) general del crimen. Las tres primeras son las características genéricas del delito; la cuarta es la especial característica del crimen”³. Esta tesis parece tener lejanos ecos de la tesis final de Beling, cuando apela a una “figura” omnicomprendiva del delito y, en cierto sentido, puede decirse que Liszt seguía el camino del legislador, que marcha siempre de la antijuridicidad a la tipicidad, en tanto que Beling permite el acceso al sendero que debe seguir el intérprete. El método de Liszt presentaba la notoria desventaja de querer explicar al delito, pero sin brindar al mismo tiempo un camino lógico para la averiguación del caso concreto, puesto que la relevancia penal de la conducta era el último peldaño de la interrogación.

Beling opuso a la teoría de Liszt el argumento, por demás fundado, de “que la definición corriente del crimen como una acción antijurídica culpable conminada con pena es inadmisibile, no requiere mayor consideración. No es falsa en cuanto a que menciona a la antijuridicidad y a la culpabilidad como características del crimen, pero es lógicamente insatisfactoria, puesto que la antijuridicidad y la culpabilidad son unas de las condiciones bajo las que tiene lugar la conminación penal; ellas encajan dentro del *conminada con pena*. Se choca así contra las leyes del pensamiento, que nos enseñan que no se pueden acumular con igual valor dos características, de las cuales una está ya contenida en la otra. Con ello no hay ninguna respuesta, sino dos características seguidas de un etcétera”⁴. No obstante, define por su parte al delito con sus características, considerando a la sexta como “la satisfacción de las condiciones de conminación penal”⁵. En definitiva, Beling proporciona un elemento que sirve como instrumento práctico para obviar el inconveniente de la teoría de Liszt, pues facilita, al que trata de averiguar la delictuosidad del caso particular, un camino lógico, pero en definitiva, al igual que Liszt enuncia unas características “seguidas de un etcétera”.

Max Ernst Mayer precisó más la tautología que implicaba la punibilidad como carácter del delito. Para M. E. Mayer los caracteres del delito siempre eran presupuestos de la punibilidad. Daba dos definiciones del delito, en ninguna de las cuales se la mencionaba: según su definición “nominal” el delito es “un suceso típico, antijurídico, imputable”⁶, y en un sentido “material” es

² *Idem*, p. 111.

³ *Idem*, p. 112.

⁴ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 5-6.

⁵ *Idem*, p. 7, igual en *Grundzüge*, Tübingen, 1928, p. 19.

⁶ MAYER, MAX ERNST, *Lehrbuch*, 1923, p. 13.

"un suceso imputable que corresponde a un tipo legal y que contradice una norma de cultura reconocida estatalmente" ⁷. De cualquier manera, pese a que M. E. Mayer no incluye la punibilidad en su definición, admite un grupo de "condiciones de punibilidad", difícil de caracterizar, pero que distingue nítidamente de las condiciones de procedibilidad, que asigna al derecho procesal.

"Las llamadas circunstancias de la acción —escribía M. E. Mayer— son, por cierto, todas presupuestos de las penas, pero —a diferencia de las modalidades de la acción— no son siempre elementos del tipo legal. Este grupo especial no es accesible a una exacta señalización desde el punto de vista positivo. Sin embargo, es corriente distinguirlo con un nombre especial de otros presupuestos de la pena: se los denomina "condiciones de punibilidad". Con buen fundamento surge que tienen un nombre y una especificidad de la circunstancia de que les es esencial sólo su aspecto negativo, su no pertenencia al tipo" ⁸.

El argumento de que la inclusión en la definición resulta tautológica se vio nuevamente debilitado cuando, por razones políticas, perdió importancia la tipicidad. De allí que Mezger, en 1938, la volviera a incluir en la definición del delito. "Hecho penal —decía Mezger— es el hacer u omitir típicamente antijurídico, personalmente imputable, conminado con pena, de un autor determinado" ⁹. "Habíamos pensado antes —explicaba— que la característica de estar conminado con pena constituía una tautología en la determinación del concepto del delito. Pero si limitamos la inclusión de la antijuridicidad en el hecho penal a la antijuridicidad típica, o sea, a la aproximadamente circunscrita en una ley, ya con ello está realmente expresada la característica de estar conminada con pena. Sería mejor y más claro decirlo también expresamente, puesto que así es en realidad: la exacta y cortante limitación del hecho penal y su delimitación respecto de otras manifestaciones de la vida jurídica, se logra sólo con su referencia a las consecuencias jurídicas unidas al hecho. Ellas pertenecen a su esencia. La tautología que hay en ello no es perjudicial. . . " ¹⁰.

En la doctrina alemana contemporánea, Jescheck afirma que entre los requisitos procesales y los requerimientos típicos, hay un grupo de factores que no pertenecen ni a una ni a otra categoría, que no incluye en su definición del delito ¹¹, y que son causas de exclusión o de cancelación de la penalidad, que se hallan fuera del injusto y de la culpabilidad ¹². Baumann no los incluye en la definición del delito ¹³ y afirma que permanece entre el delito y sus consecuencias jurídicas ¹⁴. Bockelmann reconoce que su ubicación dogmática es dudosa, pero admite también que es una cuestión que deja inalteradas las características del delito ¹⁵. Blei mantiene la posición de Mezger y la incluye en la definición de delito, como "tautología inofensiva" ¹⁶.

⁷ Idem, p. 57.

⁸ Idem, ed. 1915, pp. 100-101.

⁹ MEZGER, EDMUND, *Deutsches Strafrecht, Ein Grundriss*, Berlín, 1938, p. 37.

¹⁰ Idem, p. 38.

¹¹ JESCHECK, 159.

¹² JESCHECK, 449.

¹³ BAUMANN, 97.

¹⁴ BAUMANN, 480; igual WESSELS, 94.

¹⁵ BOCKELMANN, 32-33.

¹⁶ BLEI, 54.

En la doctrina italiana hay quienes consideran a la punibilidad como elemento del delito y a las causas que la excluyen como causas de exclusión del mismo¹⁷, en tanto que la mayoría sostiene que el delito no es el único presupuesto de la punibilidad, que puede ser excluida por causas distintas de la exclusión del delito¹⁸.

En nuestra doctrina nacional, Núñez afirma con gran claridad que la punibilidad no es un carácter del delito, sino una consecuencia del mismo, "ya que jurídicamente el delito se integra por el hecho típico, antijurídico y culpable. Otra cosa es decir, como nosotros, que la punibilidad, a la par de aquellos elementos, es un presupuesto de la pena"¹⁹. Para Soler tampoco integra el concepto del delito, aunque las "excusas absolutorias" eliminan la adecuación a una "figura"²⁰. Tampoco las excusas absolutorias eliminan el delito para Fontán Balestra²¹. Ésta es, pues, la tesis que domina en nuestro medio²² y que compartimos. La tesis contraria fue sostenida en nuestro medio por Jiménez de Asúa²³.

El argumento que pretende que no hay tautología en la definición, parte de un equívoco, que tiene su origen en una dualidad de sentido que hay en la voz "punibilidad". Sin percatarnos, usamos "punibilidad" en dos sentidos diferentes, lo que nos lleva a partir de una premisa falsa.

En efecto, pocas dudas puede haber respecto a que "delito es conducta punible", pese a que muchos dirán que no es verdad, porque hay delitos que no son "punibles". Para unos el delito es una conducta punible, en tanto que para otros la punibilidad puede depender de otros requisitos, además de que haya un delito. Ambas posiciones parecen encontradas en forma irreductible.

Sin embargo, a poco que meditemos, veremos que en unos casos estamos empleando la voz "punibilidad" como *merecimiento*

¹⁷ Así, RAINIERI, SILVIO, *Manuale di Diritto Penale*, Padova, 1956, pp. 175 y ss.

¹⁸ Así, SANTORO, *Manuale*, 229 y ss.; VANNINI, *Manuale di Diritto Penale*, Milano, 1953, p. 185; una amplia información en VASSALLI, GIULIANO, *Cause di non punibilità*, en "Enciclopedia del Diritto", t. VI, Milano, 1960, pp. 609 a 636.

¹⁹ NÚÑEZ, *Manual*, 131, nota 16.

²⁰ SOLER, I, 222; II, 200.

²¹ FONTÁN BALESTRA, III, 428; igual TERÁN LOMAS, I, 215.

²² Cfr. BACIGALUPO, *Lineamientos*, p. 17; parece considerarlo igual CREUS, que trata la punibilidad en la teoría de la "sanción" (p. 161); VARELA, BERNARDO C., *Condiciones de punibilidad*, en "Cuadernos de los Institutos", Córdoba, n° 50, p. 47; GAVIER, ERNESTO, *Las excusas absolutorias (teoría general)*, en "Revista del Centro de Estudios Criminológicos", Mendoza, 1968, n° 3; GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado*, IV, 402; LAJE ANAYA, JUSTO, *Excusa absoluta en los delitos contra la propiedad*, Bs. As., 1974; ITURBE, M. OCTAVIO, *Excusas absolutorias*, en "Enc. Jurídica Omeba", VI, 472.

²³ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VII, 107 y ss.

o *dignidad de pena o de punición*, en tanto que en otros la empleamos como *efectiva posibilidad jurídica de aplicar pena*. Si tenemos en cuenta este doble sentido, que es pasado por alto de ordinario en el discurso, el delito, por el mero hecho de ser una conducta típica, antijurídica y culpable, es un "hecho punible" (porque "merece pena"), aunque ocasionalmente no sea "punible" (no haya posibilidad jurídica de aplicarle pena). Aclarado que sea, que estamos usando la expresión en un doble sentido, las posiciones no resultan ya opuestas en forma tan irreductible.

Si tenemos en cuenta esta distinción, veremos que una conducta típica, antijurídica y culpable a la que el derecho penal impide la aplicación de pena, no deja de ser "digna de pena", sino que no se le aplica la pena de que es digna. Tanto en el plano jurídico como en el óntico, no todo lo que es digno o merecedor de algo recibe efectivamente aquello de que es digno (el acreedor es digno de ser pagado, pero si no lo es, no por ello pierde su "dignidad" de acreedor; la mujer honesta es digna de respeto, pero si no es respetada, no por ello pierde el merecimiento de respeto). De allí que al merecimiento de penalidad no se siga automáticamente la aplicación de la penalidad, porque ésta puede inhibirse por razones que le son propias y que para nada dependen de los caracteres específicos del delito reunidos en la punibilidad (entendida como "dignidad de penalidad"). La punibilidad, entendida como "dignidad de penalidad" y derivada de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, puede no satisfacerse (y no operar en consecuencia la penalidad) por no darse la punibilidad, entendida como posibilidad de la penalidad merecida. *La operatividad de la penalidad (punibilidad en este segundo sentido) no es una cuestión que afecte al delito (a la dignidad de pena de una conducta delictiva), sino que se trata de un problema que se plantea y resuelve en la teoría de la coerción penal (un niño puede comportarse tan mal que se haga merecedor de una palmada correctiva, pero la madre puede desistir de la misma por tener la mano herida, sin que ello afecte en absoluto el merecimiento de corrección de la conducta del infante malcriado; sigo siendo merecedor de que mi crédito me sea satisfecho, pese a que no pueda hacer efectivo el cumplimiento de la obligación porque mi deudor carece de bienes).*

En alemán se habla de *Strafwürdigkeit* (dignidad de pena) y *Strafbarkeit* ("punibilidad"), y, aunque no suele hacerse la distinción, ambos términos se confunden vertidos al castellano con la voz "punibilidad". La distinción entre

ambos vocablos la hizo Sauer, aunque en un sentido que no compartimos: “penabilidad es el conjunto de los presupuestos positivos de la pena según la ley, o la sentencia, en tanto que “dignidad de pena” sería “el conjunto de los presupuestos normativos de la pena para la ley y la sentencia de acuerdo con las exigencias de la idea del derecho (la justicia y el bien común)”²⁴. No compartimos esta distinción jusnaturalista en el campo dogmático, pero creemos que los traductores de Sauer (Del Rosal y Cerezo), yerran al traducir “Strafbarkeit”, por “penalidad”, pues, aunque sea un feo neologismo, su exacta traducción es “penabilidad”. Para hablar con precisión deberíamos referirnos a “dignidad de pena” (o punibilidad) para denotar el carácter que la conducta adquiere como resultado de la presencia de los caracteres delictivos, y “penabilidad” para connotar la posibilidad de que le sea aplicable la “penalidad” de que es digna. Siguiendo la norma de no hacer cambios terminológicos que pueden oscurecer los conceptos, preferimos seguir usando la voz “punibilidad” con la advertencia de su doble sentido.

En rigor, también preferimos no innovar terminológicamente, porque tampoco hallamos expresiones que se adecuen exactamente a uno y otro de los sentidos indicados, lo que nos obligará a usar toda una frase: delito es conducta que *merece ser penada*; pena es lo que el delito merece, aunque a veces no *pueda serle aplicada*.

Cuando empleamos la voz “punibilidad” en el texto, generalmente lo hacemos en el segundo de los sentidos señalados, entendiendo que es también el sentido en que lo emplea nuestra doctrina dominante, la que, con razón, excluye a la punibilidad de la teoría del delito. Entendemos que la posición contraria confunde ambos sentidos y le asigna el sentido de posibilidad jurídica de aplicar pena, al partir de la base de que el delito es un “hecho punible” cuando allí, justamente, sólo puede tener el sentido de “merecedora de pena”.

La punibilidad, entendida como merecimiento de penalidad (Strafwürdigkeit) nunca puede escindirse del delito, pero la punibilidad entendida como posibilidad jurídica de hacer efectiva la penalidad que el delito merece (Strafbarkeit) es un problema que debe resolverse en el ámbito mismo de la penalidad, es decir, en el núcleo central de la teoría de la coerción penal.

La circunstancia de que al delito —que, por ser tal, siempre será merecedor de pena— no se le pueda aplicar la pena que tiene merecida, resulta como necesaria consecuencia de que el derecho penal no se limita a abarcar típicamente conductas que son antijurídicas y culpables, asociándoles una sanción retributiva, sino a que con la pena que le asocia —y que no tiene naturaleza predominantemente retributiva— provee a la seguridad jurídica de una manera singular, por lo cual, características que son propias de su forma de proveer

²⁴ SAUER, WILHELM, op. cit., p. 36.

a la seguridad jurídica pueden determinar que un delito no sea penado, pese al abstracto merecimiento de la pena que conlleva siempre. A este respecto es muy preciso Vasalli: "Resulta claro —dice— que si la norma penal no tuviese otra estructura y función que la de sancionar imperativos ya establecidos por otras ramas del ordenamiento jurídico, no sería concebible hablar de delito sin punibilidad, porque en la previsión de la sanción se agotaría enteramente la norma penal"²⁵.

Las llamadas entre nosotros "excusas absolutorias" no son más que las causas que impiden la operatividad de la coerción penal, es decir, que apartan las condiciones en que la misma opera. Eliminan la operatividad de la coerción penal que la conducta merece, pero no el merecimiento, porque éste ya se halla afirmado con la presencia misma del delito, pues *si el merecimiento de la coerción penal no estuviese ya afirmado con el delito, sería absurdo plantearse la cuestión acerca de la posibilidad de proveerlo.*

En síntesis: *hay dos sentidos de la palabra "punibilidad" (merecimiento de penalidad" y "posibilidad de aplicar la penalidad merecida"). La pregunta sobre el merecimiento de penalidad queda respondida con la afirmación de que hay un delito; la pregunta sobre si esa penalidad puede operar, debe resolverse dentro de la teoría de la coerción penal, que es a la que corresponde tratar su propia operatividad*

583. El apartamiento de las condiciones de operatividad de la coerción penal. Cometido el delito, la coerción penal opera siempre que haya ciertas condiciones, las que sólo parcialmente pertenecen al derecho penal, puesto que una buena parte de las mismas corresponde al derecho procesal penal. Conforme a esto, las condiciones de operatividad de la coerción penal pueden ser *penales o procesales.*

Ante todo, nos interesará ocuparnos de las circunstancias en que se apartan las *condiciones penales de operatividad de la coerción penal*, lo que tiene lugar cuando existen *causas que excluyen la penalidad o causas que cancelan la penalidad.* Estas causas siempre son de carácter *personal*, siendo *anteriores o concomitantes* al hecho las que excluyen la penalidad, en tanto que advienen con posterioridad al hecho las que *cancelan* la punibilidad.

Esta es la terminología y sistematización más moderna²⁶, que evita el

²⁵ VASSALLI, GIULIANO, op. cit. en "Enciclopedia del Derecho, VI, 616.

²⁶ V. STRATENWERTH, 76; SCHMIDHÄUSER, 389-390; WESSLELS, 94; SCHULTZ, I, 192; MAURACH, 420; BAUMANN, 481; JESCHECK, 445; etc.

equivoco nombre de "excusas absolutorias", usual en nuestro medio. Causas personales de carácter penal que *excluyen* la penalidad son, por ejemplo, el parentesco en el art. 185; las que *cancelan* la punibilidad son, por ejemplo, el matrimonio posterior en algunos delitos contra la honestidad (art. 132), la prescripción de la pena (art. 65), el indulto (art. 68), el perdón de la parte ofendida en los delitos de acción privada (art. 69). No puede considerarse a la amnistía como una causa que cancela la punibilidad, puesto que se trata de una desincriminación anómala que tiene por efecto eliminar la tipicidad. Con criterio claro, Porta distingue también entre las "causas de extinción" de la acción o de la pena, que son sobrevinientes —y que equivalen a lo que llamamos "causas que cancelan la penalidad"— y "excusas absolutorias", locución a la que da el sentido en que nosotros hablamos de "causas que excluyen la penalidad". Con este particular sentido restrictivo, dice que "las excusas absolutorias son siempre anteriores o coetáneas a la perpetración del suceso delictivo e impiden que se origine o comience la acción" ^{26 bis}.

Las condiciones procesales de operatividad de la coerción penal incluyen al proceso penal mismo, como ineludible presupuesto constitucional. Pese a ello, el código penal se refiere a varias de estas condiciones, lo que se explica constitucionalmente por el propósito de salvar el principio de igualdad ante la ley, pese a la diversidad de legislaciones procesales penales. Nos ocuparemos brevemente aquí de las que se hallan reguladas o mencionadas en el código penal, puesto que las restantes pertenecen totalmente al estudio de la otra disciplina.

Por supuesto que también tienen carácter procesal las que están legisladas en el código penal, pero las trataremos por estar en una relación más íntima con nuestra materia. Max Ernst Mayer había distinguido cuidadosamente estas condiciones de procedibilidad, a las que consideraba claramente procesales. "El lugar lógico de las condiciones de procedibilidad —decía— es el derecho procesal; es así contrario a sistema que el derecho de querrela haya encontrado su lugar en el código penal" ²⁷. La diferencia entre lo penal y lo procesal, la establecía por la forma en que la norma penal de fondo se dirige al juez penal, haciéndolo a modo de una pauta para la valoración y no en la forma en que se dirige a la generalidad ²⁸.

Esta categoría de condiciones de operatividad de la coerción penal se compone de los llamados *requisitos de perseguibilidad del delito*, que pueden referirse a ciertos delitos o a ciertas acciones o

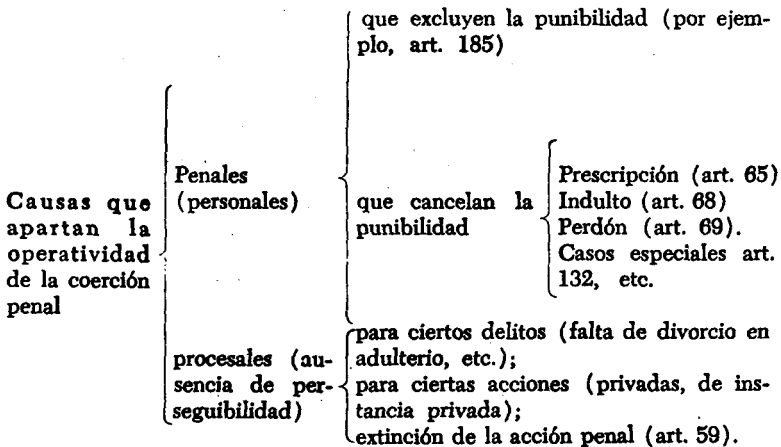
^{26 bis} PORTO, JESÚS E., *Causas de extinción de la acción y de la pena y excusas absolutorias: su delimitación con especial referencia a la legislación peruana*, Lima, 1979, p. 13.

²⁷ MAYER, MAX ERNST, *Lehrbuch*, 1915, p. 101.

²⁸ *Idem*, p. 34.

a la acción procesal penal en general. Dichos requisitos no se cumplen —impidiendo consiguientemente la operatividad de la coerción penal— cuando faltan los que son exigidos respecto de algún delito en particular (la sentencia firme de divorcio por causa de adulterio, por ejemplo), respecto de algunas acciones procesales (el impulso procesal del titular en las acciones privadas, la denuncia del particular en las que dependen de instancia privada) o respecto de la misma acción penal pública (que no se halle extinguida).

En síntesis, el cuadro general de las causas que apartan la operatividad de la coerción penal (excluyéndola o cancelándola, penales y procesales) sería el siguiente:



II. — LAS CAUSAS DE NATURALEZA PENAL QUE APARTAN LA PUNIBILIDAD

584. Causas personales de exclusión de la punibilidad. Estas causas suelen llamarse en nuestra doctrina “excusas absolutorias”, nombre que preferimos omitir, porque la referencia a “absolución” importa connotaciones procesales que desvirtúan su verdadera naturaleza. No se trata de causas que impongan la absolución, sino que su existencia, puesto que es siempre concomitante con el delito, descarta *ab initio* la operatividad de la coerción penal, de modo que elimina cualquier posibilidad de que la ac-

ción procesal se ponga en movimiento contra quien se halla en esa situación o posición.

Además, la calificación de "personal" recalca suficientemente su efecto personal, en forma que queda claro que la misma no ampara al partícipe ni al co-autor, sino únicamente al autor o partícipe que se halla en esa situación o estado. Tratándose de causas que tienen como único efecto excluir la punibilidad, pero que para nada afectan la existencia del delito, no tienen que estar abarcadas por el conocimiento efectivo del dolo ni por la posibilidad de conocimiento de la culpabilidad.

En estas causas personales de exclusión de la punibilidad, la coerción penal queda paralizada desde el mismo momento del hecho. El fundamento de esta inhibición simultánea con la comisión misma, es siempre alguna razón *político-penal*. No estamos en condiciones, ni corresponde, referirnos aquí a todas las causas de exclusión de la punibilidad, puesto que es un problema cuya consideración en particular es materia propia de la parte especial. Menos aún corresponde que nos ocupemos de todos los supuestos en que se ha considerado que se presenta alguna de estas causas personales y que, en realidad, son distintos casos de ausencia de delito.

Creemos que son claros supuestos de causas personales de exclusión de la punibilidad algunos delitos contra la propiedad cometidos entre próximos parientes (art. 185); la menor edad cuando no se trata, realmente, de casos de inimputabilidad; la impunidad de la mujer que intenta su propio aborto; la impunidad de las injurias recíprocas cuando no se trata de una legítima defensa; las injurias vertidas en juicio no dadas a publicidad.

Otros casos, que se trataron de encuadrar dentro de estas causas, entendemos que son supuestos de ausencia de delito: el encubrimiento entre íntimos, creemos que es un caso de inculpabilidad; la *exceptio veritatis* entendemos que son casos de atipicidad o de justificación; la "colisión de deberes" creemos que es un supuesto de atipicidad o de error de prohibición; etc. Son suficientes estos ejemplos para poner de manifiesto cómo se ha abusado otrora de estas causas, cuyo ámbito se ha reducido notablemente en la doctrina contemporánea ²⁹.

Como dato legislativo de interés, cabe consignar que el proyecto de 1951 trató las excusas absolutorias en la parte general (art. 31 a 36). El proyecto de 1953 disponía en su art. 40 que "las causas de no punibilidad estableci-

²⁹ Sumamente criterioso es el estudio de VIÑALES SORICH, OMER-SCHMIDT GEBAUER, RENÉ, *Las eximentes de la parte especial del Código Penal Chileno*, Memoria de Prueba, Valparaíso, 1977.

das en el Libro Segundo de este Código, sólo eximen al agente de la pena establecida en la ley y no de las demás consecuencias del delito”.

585. Los casos especiales de causas personales que cancelan la punibilidad. En tanto que las causas personales que excluyen la punibilidad deben existir al tiempo del hecho, las que la cancelan son sobrevinientes al mismo, por lo que una de las denominaciones tradicionales en nuestro medio es la de “excusas absolutorias posteriores al delito”. Nos ocuparemos en especial de la prescripción de la pena, del indulto y del perdón del ofendido. No obstante, hay otras varias causas personales de cancelación de la penalidad, cuyo estudio particularizado corresponde a la parte especial, sin perjuicio de lo cual cabe que hagamos mención de los principales supuestos de esta naturaleza ³⁰.

Dentro de estos casos especiales de causas que cancelan la punibilidad, cabe la *retractación del art. 117*: “El culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación, quedará exento de pena, si se retractare públicamente, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo” ³¹. El segundo párrafo del art. 218, referido a la *conspiración para cometer traición* dice: “Estarán exentos de pena los que desistieren voluntariamente antes del comienzo de la ejecución del hecho propuesto y antes de iniciarse el proceso por conspiración, y los que espontáneamente impidieran la realización del plan”. En casos de *rebelión o sedición*, el art. 232 dispone: “En caso de disolverse el tumulto sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, sólo serán enjuiciados los promotores o directores, a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito”. Para algunos *delitos contra la honestidad*, el art. 132 dispone: “En los casos de violación, estupro, raptó o abuso deshonesto de una mujer soltera, quedará exento de pena el delincuente si se casare con la ofendida, prestando ella su consentimiento, después, de restituída a casa de sus padres o a otro lugar seguro”.

Soler considera que el caso del art. 132 es un impedimento procesal, es decir, una causa de extinción de la acción, basado en que no tendría sentido

³⁰ Sobre estas causas de cancelación puede verse, con provecho para nuestro derecho, el cit. trabajo de VIÑALES SORICH-SCHMIDT GEBAUER.

³¹ V. VERNENGO, ROBERTO JOSÉ, *La retractación como eximente de pena en el derecho argentino*, Bs. As., 1948 (con una amplia exposición de puntos de vista egológicos).

extinguir la punibilidad y continuar la acción³². No compartimos el criterio porque entendemos que aquí se extingue la acción, justamente por extinción de la punibilidad. Por otra parte, no creemos que sea una simple extinción de la acción, porque la ley dice claramente "exento de pena", de modo que la extinción de la punibilidad opera aun cuando ya haya recaído sentencia condenatoria firme³³.

Respecto del *adulterio*, la muerte del cónyuge ofendido tiene el efecto de cancelar la punibilidad, aún cuando ya hubiese mediado sentencia condenatoria y estuviese en curso su ejecución. El último párrafo del art. 74 dispone: "La muerte del cónyuge ofendido extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la pena".

Al margen de estos casos especiales, hay otros supuestos generales que no pueden pasarse por alto. Nos hemos ocupado ya del *desistimiento en la tentativa*, que es una causa personal de cancelación de la punibilidad que cubre únicamente a la tentativa, pero no a los delitos que se hubiesen consumado en su curso. Los supuestos de *menor peligrosidad del autor de tentativa inidónea* también son causas personales de cancelación de la punibilidad. Creemos que puede considerárselo también un caso de exclusión de la punibilidad, pero si tenemos en cuenta que la peligrosidad se juzga en el momento de la sentencia, o sea que puede haber una menor peligrosidad sobreviniente, es preferible ubicarla como cancelación. En el ámbito de la *complicidad*, cuando quien había prometido una ayuda posterior al delito no la cumple, también queda impune, tratándose de una cancelación de la punibilidad, puesto que es una condición posterior al delito³⁴.

Un indiscutible supuesto de cancelación de la punibilidad, no mencionada por el código, lo que a nuestro juicio es correcto, puesto que no hace más que remitirse a la naturaleza de las cosas, es la *muerte del sujeto activo*, cuyo efecto se opera incluso en el caso de la pena de multa, que por su carácter penal es intrascendente y no puede pasar a los herederos.

586. La prescripción de la pena. La prescripción en el derecho penal es una cuestión que se halla seriamente debatida, puesto que se le han asignado los más dispares fundamentos, tanto sea prescripción de la pena como de la acción, buscándose algunos de ellos en el derecho penal y otros fuera de él.

³² SOLER, II, 463.

³³ Cfr. MARQUES, JOSÉ FEDERICO, *Tratado de Derecho Penal*, III, p. 420.

³⁴ V. *supra*, § 547.

^a) Quienes pretendieron hallarle fundamento *fuera del derecho penal*, lo hicieron fundados en que bastaba el mero *transcurso del tiempo* o bien argumentando con base en puras consideraciones de índole procesal. Berner le asignaba como "fundamento de los fundamentos" el tiempo³⁵ y Hugo Meyer decía que el tiempo hacía caer la justicia de la pena y su adecuación a sentido³⁶. "Cabe replicar que el mero transcurso del tiempo no puede justificar la prescripción. Ésta sólo puede verse a través de conceptos que son tomados del derecho penal, como son la pérdida de necesidad de la pena o la imposibilidad de cumplimentar su objetivo"³⁷. Dicho más claramente: pretender explicar la prescripción como algo que se funda sin más en el puro transcurso del tiempo implica no explicar nada.

Siendo obvio el fracaso de esta explicación, se apeló a la *teoría de la prueba*, que sostiene que es imposible reunir las pruebas para un proceso penal después que haya transcurrido un tiempo tan largo³⁸. Tiene el inconveniente de que es insuficiente para explicar el fundamento de toda la prescripción penal, pues a lo sumo puede pretender explicar la prescripción de la acción. Aún así, tampoco es satisfactoria, puesto que no explica por qué los plazos son distintos, según sea la gravedad del delito. En general, se trata de una teoría que no tiene defensores y que sólo suele usarse como complemento de otras³⁹.

^β) Para todos los autores que buscan un fundamento para la prescripción *dentro del mismo derecho penal*, no puede menos que ser distinta la explicación, según cuál sea la teoría de la pena de que partan. Las teorías absolutas de la pena no han podido desarrollar explicaciones coherentes de la prescripción penal, puesto que se hallan en contradicción con ella. Uno de los argumentos de estas tesis, bastante ingenuo, por cierto, es el de la teoría de la expiación, que pretende que el sujeto ya habrá expiado su culpa con el permanente temor a la pena en que habrá vivido.

Para Mittermaier el poder del tiempo borra el recuerdo del delito de la conciencia del pueblo y cambia la misma personalidad del autor, de modo que la pena no ejercería coacción psicológica alguna⁴⁰. Es la llamada "teoría del recuerdo borrado del hecho", que prevalece entre los partidarios de conceptos retributivos y preventivo-generales de la pena.

Para los partidarios de la prevención especial, particularmente para los correccionalistas, se entendía que la prescripción halla su fundamento en la falta

³⁵ BERNER, *Lehrbuch*, 310.

³⁶ MEYER, HUGO, *Lehrbuch*, 321; parece aproximarse a esta teoría JOSÉ RAFAEL MENDOZA TROCONIS, *Algunas cuestiones referentes a la prescripción penal*, Caracas, 1971.

³⁷ Cfr. LORENZ, MAX, *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung. Eine Untersushung de lege lata und de lege ferenda*, München u. Berlin, 1955, p. 92.

³⁸ Su principal sostenedor fue BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 823.

³⁹ Cfr. LORENZ, MAX, op. cit., pp. 93-4.

⁴⁰ LORENZ, op. cit., p. 96, atribuye esta teoría a FEUERBACH. FEUERBACH dice que "todo lo que se diga de los fundamentos políticos o jurídico-materiales de su introducción no puede probarse y son presunciones infundadas" (*Lehrbuch*, GIESSEN, 1826, p. 62). Lo mismo se repite en la p. 124 de la edición de GIESSEN de 1847, sólo que C. J. A. MITTERMAIER agrega una nota a la p. 125 ("nota II del editor" dice) donde da los fundamentos —de MITTERMAIER— que LORENZ toma como de FEUERBACH.

de objeto, aunque algunos extraían como consecuencia la necesidad de que el mejoramiento alcanzado por el sujeto haya sido efectivo.

En general prevalecen teorías que combinan distintos fundamentos para la prescripción, es decir, fundamentos que apelan a la prevención general y especial y que se complementan con argumentos procesales. Lorenz divide estas teorías según que primen en ellas el elemento jurídico-material o el procesal. En la primera variante menciona a von Bar, a von Hippel y a Stooss.

Bar sostenía que con el curso del tiempo desaparece la impresión del hecho, quedando sin objeto alguno la desvaloración que con la pena se hace del hecho. Agregaba que también se modifica la personalidad del autor, lo que dificulta la cuantificación de la pena y, por último, también se refería al oscurecimiento de las pruebas ⁴¹.

Hippel también decía que disminuiría paulatinamente el requerimiento natural de retribución y que el sentimiento que produce la reapertura de estas antiguas heridas suele doler más que un respetuoso silencio. Agregaba que la pena puede ser socialmente dañosa, puesto que toma al autor en condiciones que han variado por completo y, por último, también apelaba a la teoría de la prueba ⁴².

Stooss consideraba también que con el tiempo pierde fuerza el sentimiento producido por la agresión antijurídica, la que va desapareciendo cada vez más del recuerdo de los vivos, con lo que decrece el requerimiento de protección penal ⁴³.

Contra estas teorías, que pretenden dar a la prescripción siempre un fundamento penal, se alzan las tesis procesalistas, para las cuales el fundamento y naturaleza de la prescripción es fundamentalmente procesal. Schönke sostuvo que su correcta naturaleza es la de un impedimento procesal, fundado en que después de un cierto tiempo se pierde el interés estatal, además de hacerse difícil o imposible la persecución penal ⁴⁴. Nagler escindió ambas prescripciones, considerando penal a la prescripción de la pena y procesal a la de la acción ⁴⁵. Como impedimento procesal fue considerada por Henkel, Eb. Schmidt y Hellmuth von Weber ⁴⁶.

En la argumentación acerca de la prescripción se ha vinculado estrechamente su fundamento con su naturaleza, puesto que si la prescripción no se funda en razones político-criminales, no podrá tener el carácter de una causa personal de cancelación de la pena, que obedece siempre a tales fundamentos. Hay autores que no ven

⁴¹ V. LUDWIG VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Berlín, 1909, III.

⁴² HIPPEL, ROBERT VON, *Lehrbuch*, Berlín, 1932, 181-2.

⁴³ STOOSS, KARL, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, Wien u. Leipzig, 1910, p. 225. La tesis material la sostienen también LISZT-SCHMIDT (p. 4551) y LORENZ (op. cit.); entre nosotros NÚÑEZ, *Manual*, 387.

⁴⁴ SCHÖNKE, ADOLF, *StGB Kommentar*, 1942, p. 257.

⁴⁵ NAGLER, *Leipziger Kommentar*, 1944, p. 517.

⁴⁶ WEBER, HELLMUTH VON, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 1946, p. 130; HENKEL, HEINRICH, *Strafverfahrenrecht. Ein Lehrbuch*, Stuttgart u. Köln, 1953, p. 281, nota 8; SCHMIDT, EBERHARD, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung u. zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Göttingen, 1952, I, 71-2.

en ella fundamento político-penal alguno⁴⁷, por lo que muchos la remiten casi por entero al campo procesal⁴⁸.

Contra la tesis procesalista habla la circunstancia de que ésta sea insuficiente para explicar por qué los plazos de prescripción son distintos, como también que no alcanza a la prescripción de la pena y que tampoco satisface en cuanto a la razón que determina el especial efecto de comisión de otro delito por parte del autor. Ello hizo que muchos autores pensasen en asignar a la prescripción una naturaleza y explicación mixta o compleja⁴⁹.

Por nuestra parte, creemos que hay una diferencia entre la prescripción penal referida a la pena y la que se refiere a la acción, no sólo en cuanto a su fundamento, sino también en cuanto a su naturaleza, sobre la cual el mismo tiene efecto directo. Hay un núcleo fundamentador común, que no puede negarse, pero que tampoco puede exagerarse hasta el extremo de asignarle a ambos un fundamento único⁵⁰. Básicamente, *creemos que el fundamento común a toda la prescripción es la inutilidad de la pena, sea la impuesta (prescripción de la pena) o la conminada (prescripción de la acción)*.

“Transcurrido considerable tiempo entre el hecho y el juicio, no es el mismo hombre el que está delante del tribunal que el que cometió el hecho”⁵¹, y lo mismo pasa cuando ha transcurrido considerable tiempo entre la sentencia condenatoria y la ejecución de la misma: el sujeto que se halla delante del órgano de ejecución penal, tampoco es el sujeto al que el tribunal condenó. En esas circunstancias, cabe preguntarse si la pena, que persigue fundamentalmente un objetivo preventivo especial, tiene aún sentido. La respuesta a este interrogante debería darse caso por caso, pero resulta obvio que un sistema semejante afectaría la seguridad jurídica, por lo que la ley se contenta con establecer plazos, durante los cuales basta que el sujeto no haya cometido otro delito. Para nosotros, el fundamento común de la prescripción penal es que no tiene sentido privar de bienes jurídicos a un sujeto para someterlo a una resocialización, cuando la conducta del sujeto posterior al hecho, continuada durante un tiempo que guarda cierta re-

⁴⁷ Así MAURACH, 947.

⁴⁸ En contra HILDE KAUFMANN, *Strafenspruch, Strafklagrecht*, 1968, p. 154.

⁴⁹ Así, BAUMANN, 483; JESCHECK, 726; RUDOLPHI, 535.

⁵⁰ Así lo hace VALOTTA, RICARDO, *Prescripción de la pena*, en LL, 117.

⁵¹ SCHULTZ, I, 194.

lación con la gravedad del hecho, pone suficientemente de manifiesto que esa resocialización ya no es necesaria. Este es un preciso fundamento político-penal que explica claramente la naturaleza de causa personal de cancelación de pena que tiene la prescripción de la pena.

Este fundamento es común con la prescripción de la acción, pero hay una diferencia que es necesario hacer notar. Los plazos para la prescripción de la acción tienden a ser más cortos o, al menos, a tener un tope máximo más corto. El máximo plazo de prescripción de la acción penal, para la más grave pena constitucionalmente legislada, es de quince años, en tanto que el máximo de la prescripción de la pena más grave es de veinte años. Aquí también pesa la circunstancia de que la pena se va haciendo innecesaria, pero paralelamente, hay razones procesales que fundan una limitación de los plazos.

Antes de nada, el Estado o el particular que no ha accionado penalmente, ha mostrado con ello un cierto desinterés por la penalidad del hecho, que no puede ponerse a cargo del procesado. Por otra parte, es verdad que con el transcurso del tiempo las pruebas se hacen más difíciles y la posibilidad de errores judiciales se acrecienta, la personalidad del sujeto cambia y la cuantificación penal se dificulta. Todo ello hace que la prescripción de la acción deba estar sometida a un régimen distinto, para el cual no basta con que el sujeto no cometa otro delito, sino que también es menester que el titular de la acción haya manifestado su interés en la persecución del delito, no corriendo esos plazos de prescripción cuando tal interés no podía ser puesto de manifiesto.

Estas diferencias entre la prescripción de la pena y la de la acción, pese a que ambas tengan un fundamento parcialmente común, nos llevan a considerar que la primera es un instituto de naturaleza predominantemente material, en que la ley se dirige al sujeto indicándole que ya no está sometido a pena alguna, en tanto que el segundo es un instituto de naturaleza predominantemente procesal, en que la ley se dirige al juez para indicarle que cualquier medida con la que tienda a hacer efectiva la punibilidad será nula.

En síntesis, creemos que la prescripción se funda en la innecesariedad de la pena, pero tratándose de prescripción de la acción, consideraciones serias de carácter procesal hacen que esos

plazos sean más limitados. De allí que la prescripción de la pena tenga carácter penal (la disposición se dirige primordialmente al mismo penado), en tanto que la prescripción de la acción tiene carácter procesal (la disposición se dirige primordialmente al juez).

Debe quedar muy claro que aunque la prescripción de la acción tenga carácter procesal, también está alcanzada por el principio de irretroactividad de la ley, puesto que, conforme a nuestra Constitución, la ley procesal tampoco puede tener efecto retroactivo cuando perjudica al reo. En Alemania se puso en duda la cuestión cuando, después de la Segunda Guerra, se prolongaron los plazos de prescripción para evitar que los criminales nazis pudieran ampararse en ella. Se pretendió que la irretroactividad de la ley penal alcanzaba sólo a la advertencia previa, pero que nada tenía que ver con los plazos de prescripción y ésta fue la tesis sostenida por un sector de la doctrina y acogida por el Tribunal Constitucional Federal ⁵².

Creemos que la opinión contraria, que entiende que el principio de irretroactividad legal marca el límite del poder estatal, es la correcta ⁵³, por mucho que nos repugne la impunidad de los criminales nazis. De cualquier manera, la cuestión pudo plantearse en Alemania, pero frente a nuestro texto constitucional no hay ninguna posibilidad de duda en el sentido de que una ley que prolongare cualquier plazo de prescripción no puede aplicarse retroactivamente.

La circunstancia de que nuestro código haya acogido a la prescripción de la pena como una de las causas de cancelación de la punibilidad, revela una vez más que la pena no tiene en nuestro sistema positivo una irracional "naturaleza retributiva", sino una racional función aseguradora llevada a cabo mediante la resocialización. En nuestro código no hay penas que se excluyan de la prescripción, aunque en la realidad social hay "delitos que no se olvidan". Ello pone de manifiesto que nuestra ley penal no procura la "prevención general", pues de ser ella cierto habría delitos que no se prescribirían, como sucede en otras legislaciones ⁵⁴.

Este sentido de la prescripción estaba aún más marcado en el proyecto de 1891, cuyos autores no querían que la prescripción se operase "por el solo transcurso del tiempo, pues él no garantiza suficientemente a la sociedad del arrepentimiento del culpable" ⁵⁵. Conforme a ello el art. 99 del proyecto, siguiendo al código de Baviera (art. 139) disponía que "las penas se prescribirán por la buena conducta del condenado", disposición que se mantuvo hasta el proyecto de 1906 (art. 69). Este criterio no fue aceptado por Segovia y lo

⁵² Así SCHEIDHÄUSER, 75; RUDOLPHI, 534.

⁵³ WELZEL, 24-5; BAUMANN, 127.

⁵⁴ Código alemán, parág. 79,2.

⁵⁵ Proyecto de 1891, Exposición de Motivos, p. 105.

criticó duramente Julio Herrera, dada la inseguridad que introducía ⁵⁶, pero no porque con su supresión se hubiese querido dar un fundamento distinto para la prescripción ⁵⁷.

Conforme a lo establecido en el art. 65, todas las penas pueden prescribirse en nuestro código. No obstante, podría pensarse otra cosa debido a que el art. 65 no menciona la pena de inhabilitación, lo que hace que algunos opinen que la inhabilitación no se prescribe ⁵⁸.

La prescripción de la inhabilitación no ofrece ningún problema cuando la misma se impone como pena accesoria, puesto que su prescripción puede hacerse depender de la prescripción de la pena principal ⁵⁹, pero la omisión de ella en el enunciado del art. 65, crea problemas cuando resulta prevista en forma conjunta o como pena única (p.ej., en el art. 260). No hay ningún criterio racional que permita explicar la pretendida imprescriptibilidad de la inhabilitación que, además, sería un rigor inadecuado, especialmente porque la inhabilitación se prescribiría cuando es accesoria de una pena principal en delitos más graves, no prescribiéndose para delitos de menor gravedad, en que sería impuesta como pena independiente, lo que carece de lógica.

Creemos que es correcta la tesis que sostiene que debe aplicarse analógicamente el inc. 5º del art. 62, es decir, la disposición que rige para la prescripción de la acción por un delito penado con inhabilitación temporal ⁶⁰. Creemos que para nada obsta a esta solución la tipificación del quebrantamiento de la inhabilitación conforme al art. 281 bis, puesto que éste es un delito contra la administración de justicia, que funciona de modo independiente. La administración de Justicia queda afectada por el quebrantamiento de la inhabilitación judicialmente impuesta, pese a que con el transcurso del tiempo resulte carente de significación y objeto obligar al cumplimiento de la misma.

Los restantes plazos de prescripción consagrados en el art. 65 son: de veinte años para la prisión y la reclusión perpetuas, un tiempo igual al de la condena en la reclusión o prisión temporal y tres años para la multa.

⁵⁶ HERRERA, JULIO, *La reforma penal*, 599.

⁵⁷ V. *Edición oficial del código penal*, 1921, p. 261.

⁵⁸ Así, FONTÁN BALESTRA, III, 430; NÚÑEZ, *Manual*, 387.

⁵⁹ Cfr. FONTÁN BALESTRA, III, 435; en Suiza, SCHULTZ, I, 197.

⁶⁰ Cfr. MALAGARRIGA, I, 415.

El texto original del código establecía iguales plazos de prescripción, salvo para la multa, que se prescribía a los tres años cuando era mayor de dos mil pesos y al año siendo de esa suma o menor. La ley 17.567 reemplazó al texto original, unificando en tres años el plazo para la prescripción de la multa. La ley 18.953 había agregado un inciso 1º a), conforme al cual se prescribía a los veinticinco años la pena de muerte, derogado el 27 de diciembre de 1972. La ley 20.509 volvió al texto original del código. La ley 21.338 introdujo el texto vigente, que agrega la prescripción de la llamada "pena de muerte" a los veinticinco años.

El art. 193 del código Tejedor establecía que las penas de muerte y presidio o penitenciaria por tiempo indeterminado se prescribían a los treinta años, por tiempo determinado a los veinte años, las demás penas por un tiempo igual al de la condena y dos años más, la de multa a los tres años. El art. 90 del código de 1886 establecía que la pena de muerte, presidio o penitenciaria indeterminada se prescribía a los veinte años, las demás por un tiempo igual al de la condena y dos años más y la de multa al año.

Hay una incongruencia en la tabulación de los plazos, que debe ser corregida jurisprudencialmente, puesto que proviene de un error de redacción que carece de cualquier explicación lógica: las penas privativas de libertad perpetuas pueden prescribirse antes que las temporales. Así, un condenado a reclusión perpetua vería prescribir su pena a los veinte años y un condenado a veinticinco años de prisión, cinco años más tarde.

El error proviene de que el código de 1886 establecía un máximo de quince años para las penas temporales (art. 54), pero al redactarse el vigente no se advirtieron las consecuencias de la elevación de ese máximo a veinticinco años.

Creemos que *ninguna pena de prisión o reclusión puede prescribirse en un tiempo mayor de veinte años*, puesto que lo contrario resulta violatorio de la racionalidad del derecho, impuesto por el art. 1º constitucional.

El momento desde el cual comienza a correr la prescripción de la pena lo establece el art. 66: "La prescripción de la pena empezará a correr desde la media noche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiera empezado a cumplirse".

El art. 194 del código Tejedor establecía que la prescripción corre "desde que se interrumpe su ejecución". Igual criterio seguía el art. 91 del código de 1886. El art. 101 del proyecto de 1891 es el texto del art. 66 vigente, con variantes de estilo. Similar era el art. 89 del proyecto de Segovia, sólo que incluía el día del quebrantamiento en el plazo. El texto del art. 101 del proyecto de

1891 fue introducido en el código de 1886 por la reforma del 22 de agosto de 1903 como segunda parte del art. 91⁶¹.

La fuente más cercana de este artículo 134 es el código español de 1870, que dice: "El tiempo de esta prescripción comenzará a correr desde el día en que se notifique personalmente al reo la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena si hubiera ésta comenzado a cumplirse". Tampoco han sido ajenos a esta disposición otros textos, como el art. 86 del código de Zardelli ("La prescripción de la condena corre desde el día en que la sentencia se vuelve irrevocable, o de aquél en que se interrumpió de cualquier modo la ejecución ya comenzada de la condena"), el 77 del código holandés, el 70 del código alemán de 1871, el 121 del código húngaro (casi textualmente igual al italiano), etc.

La referencia a la "medianoche" proviene de que el código de 1886 no establecía nada al respecto, habiéndose generado dudas⁶², que llevaron a la precisión del día a los autores del proyecto de 1891.

El código prevé dos hipótesis distintas: que la pena haya comenzado a ejecutarse o que no haya tenido aún comienzo de ejecución.

El primer supuesto es el del quebrantamiento de la condena, que para la pena privativa de libertad se opera desde que el sujeto se sustrae a la privación de libertad en forma violatoria de la ley, para la multa cuando no se paga y para la inhabilitación cuando se realiza alguna conducta para la cual el sujeto se halla inhabilitado. En cuanto a la multa, en el supuesto en que se haya autorizado su pago en cuotas, se quebranta la pena cuando no se paga una cuota, comenzando a correr la prescripción a partir de la medianoche del día en que debió pagar la primera cuota incumplida⁶³. El pedido formulado para que se conceda el beneficio del pago en cuotas y la notificación de ese beneficio no son actos de cumplimiento de la pena de multa, pues ésta se cumple mientras se paguen las cuotas⁶⁴ y se interrumpe cuando se deja de pagar.

La prescripción de la pena presupone que se haya terminado el proceso, esto es, que haya una sentencia condenatoria, y que la pena impuesta por la misma no se haya cumplido totalmente. En el caso de la inhabilitación, el no cumplimiento significa que el sujeto no se haya abstenido de realizar o ejercer aquello para lo

⁶¹ V. *Código Penal de la Nación Argentina y Ley de Reformas del 22 de agosto de 1903*, Edición oficial, Talleres Tipográficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1903, pp. 32-33.

⁶² V. RIVAROLA, *Exposición y crítica*, I, 389-392.

⁶³ Cfr. SOLER, III, 467; NÚÑEZ, *Manual*, 387; FONTÁN BALESTRA, III, 432.

⁶⁴ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 388.

que estaba inhabilitado. Teniendo esto en cuenta, el código ha querido prever el caso en que la pena impuesta no haya comenzado a cumplirse, supuesto que parecía estar fuera de la letra del art. 91 del código de 1886, lo que resultaba absurdo, puesto que carecía de sentido que esa ley previese la prescripción de la acción, de la pena parcialmente ejecutada, pero no de la pena que aún no había comenzado a ejecutarse⁶⁵.

El código ha querido contemplar la situación del que tiene sentencia definitiva, por lo que no puede beneficiarse con la prescripción de la acción, puesto que ya no hay proceso penal, pero no ha comenzado a ejecutarse la pena. Pese a ello, lo ha hecho con una técnica defectuosa, que ha dado lugar a las más encontradas interpretaciones.

Las exigencias de sentencia firme y de notificación al reo, han dado lugar a que se creyese que no tiene igual valor la notificación al defensor. Lo cierto es que el artículo padece de una contradicción que no puede salvarse racionalmente. Si por "sentencia firme" se entiende "sentencia irrecurrible", es obvio que ésta pone fin al proceso. Cuando una sentencia está "firme" ya no hay "reo" al que notificar, sino condenado⁶⁶. Esta contradicción no hay quien la salve y es tan cierta, que fue la determinante de que en España se modificase el artículo que sirvió de modelo a nuestro codificador de 1891.

Hay sólo dos posibles soluciones: a) la pena impuesta en sentencia de segunda instancia, que queda firme desde que se pronuncia —al igual que la de única instancia— se prescribe desde que se notifica al defensor; b) la pena impuesta por sentencia de segunda instancia o única instancia y no notificada al condenado en forma personal no prescribe jamás. Queda muy claro que nuestro legislador quiso evitar la segunda solución.

Que nuestro legislador quiso evitar la segunda solución lo expresa con meridiana claridad Rodolfo Rivarola, quien criticando el art. 91 del código de 1886 decía: "Tal como está redactado el artículo, y estando a su letra sería imprescriptible la pena del que, pronunciada ya la sentencia, definitiva e irrevocable, fugara de la cárcel antes de haber comenzado la ejecución de la pena. Esta no es, sin embargo, la voluntad de la ley, que, admitiendo la prescripción de la acción para acusar y de la pena interrumpida, no ha podido admitir la

⁶⁵ Idem, 389.

⁶⁶ VILLALDA, JOSÉ L., *Incongruencia del artículo 66 del código penal*, en "Rev. del Colegio de Abogados de La Plata", VI, nº 12, p. 339.

imprescriptibilidad de la condenación o de la pena no comenzada a cumplir”⁶⁷. No pudo ser otra la consideración que movió a Rivarola a introducir esta disposición en el proyecto de 1891, siguiendo el modelo español, que él mismo recomendaba en su obra crítica⁶⁸.

Refiriéndose a la disposición española que fue modelo de la nuestra, Rodríguez Devesa dice: “Antes de la redacción actual dada por la ley del 24 de abril de 1958, el código decía: “desde que se notifique personalmente al reo la sentencia firme”, con lo que, si después de condenado y antes de serle notificada la sentencia eludía la acción de la justicia, no comenzaba el plazo de prescripción, y se daba así un segundo caso de “ni se perdona ni se olvida” tan justamente criticado por Silvela”⁶⁹. Este grave defecto ya lo había notado Pacheco, quien decía que “no sería equitativo que quien evita la pena después de notificado pudiese prescribirla, y que no pudiese de ningún modo hacerlo aquel que la evita desde antes que le notifiquen”⁷⁰. Pese a estas observaciones, esa fue la interpretación española⁷¹.

Da toda la sensación de que Rivarola criticó lo que él mismo consagró en su proyecto de 1891. En la crítica esta contradicción es flagrante, puesto que recomienda abiertamente el art. 134 del código español de 1870. Sin duda no se había percatado de que lo que allí criticaba era lo que consagraba en forma expresa la disposición que proponía. Sin embargo, y aunque no lo consigna la *Exposición* de 1891, allí cae en la cuenta de la contradicción, porque nuestro artículo no es la reproducción del 134 español de 1870, sino que sigue el criterio del art. 126 del código español de 1850, puesto que, como en aquel texto, desaparece el requerimiento de que la notificación sea *personal*, propio del texto de 1870. El código español de 1850 decía: “El término de la prescripción se cuenta desde que se notifica la sentencia que cause la ejecutoria en que se imponga la pena respectiva”⁷².

Rivarola no pudo desconocer la literatura española de su tiempo y, por consiguiente, no pudo ignorar la crítica de Pacheco ni la importancia que Viada le asignaba al agregado de que la notificación sea “personal” y, lo cierto, es que suprimió lo de “personal” en su proyecto, dejando la voz “reo”, que, en verdad, es irreductiblemente contradictoria, puesto que no puede haber procesado cuando terminó el proceso.

Existe también otro importante antecedente, y es que en el proyecto de Villegas, Ugarriza y García, se disponía que la prescripción comenzaba a correr “desde la sentencia final o desde que se interrumpe su ejecución” (art. 106 inc. 3º). Comentándolo, decía Adán Quiroga: “Nada más natural, en efecto, que dar como punto de partida de la prescripción de la pena el día de la sentencia final, toda vez que es desde este día cuando el derecho de ejecución

⁶⁷ RIVAROLA, *Exposición y crítica*, I, 392.

⁶⁸ Ídem, 393.

⁶⁹ RODRÍGUEZ DE VESA, p. 584, nota 117.

⁷⁰ PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO, *El Código Penal*, Madrid, 1870, I, p. 532.

⁷¹ V. GROIZARD, II, 712; VIADA y VILASECA, I, 1890, 592.

⁷² PACHECO, I, 531; ver la importancia que le conceden a la modificación de 1870 VIADA y VILASECA, loc. cit.

toma nacimiento, y desde este mismo día deja de correr la prescripción de la acción pública para que empiece la de la acción penal”⁷³.

Lo cierto es que nos hallamos con un texto contradictorio, que no podemos tomar “a la letra” porque no tiene sentido alguno, desde que dispone que hay que notificar una sentencia firme condenatoria a un “procesado” (“reo”), es decir, a un personaje que como tal la misma sentencia que se le notifica ha hecho que desaparezca. Por otra parte, tenemos dos posibles interpretaciones y sabemos, además, cuál es la *ratio legis* del precepto. Una de las interpretaciones coincide con la *ratio legis*; la otra consagra justamente lo contrario y, además, tampoco tiene una explicación racional. Por añadidura, la que coincide con la *ratio legis*, según la cual bastaría con la notificación al abogado, encuentra apoyo en que el legislador copió un modelo del que suprimió el requisito de que la notificación fuese “personal”. Ante este panorama interpretativo, no creemos que queden muchas dudas acerca de cuál es la interpretación preferible.

Por otra parte, cabe tener en cuenta —al margen de los argumentos históricos y semánticos— los propiamente dogmáticos. Si sólo hay condenación desde que hay sentencia firme, cabe preguntarse para qué la ley exige la notificación. Parece no ser lógico que se tome como punto de partida el de la notificación, cuando la pena ya está impuesta con la sentencia firme. Pero sucede que el objetivo del art. 66 es fijar con precisión el momento desde el cual corre la prescripción, que es lo que no debemos perder de vista. El momento de la notificación no siempre es el momento en que comienza la omisión del cumplimiento de la pena, porque bien puede ser que se le notifique una sentencia de primera instancia y que ésta quede firme con posterioridad, o que, en el caso de la pena de multa, se determine en la sentencia el momento en que el sujeto debe pagar. Por consiguiente, la notificación no puede ser nunca un requisito de fondo para que corra la prescripción de la punibilidad, sino sólo un límite o medida de tiempo. De allí que cuando no se la pueda notificar al condenado, debe valer como tal la notificación al abogado, puesto que lo contrario significaría consagrar una *delicadeza letal*: como no se sabe certeramente desde

⁷³ QUIROGA, ADÁN, *Derecho Penal Argentino, Delito y Pena, Estudio de la Parte General del Proyecto de Código Penal de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, por el Dr.*, Córdoba, 1886, p. 307.

qué momento corre la prescripción, para no perjudicar al condenado a causa de esta incertidumbre, en lugar de buscar un momento aproximado, se preferiría eliminar todo el tiempo transcurrido.

Creemos que ante lo inadmisibile de este criterio, lo único que resta es suscribir la opinión doctrinaria y jurisprudencial que entiende que la *prescripción corre desde la notificación al condenado o a su abogado*⁷⁴.

La Cámara de la Capital, en el plenario "Barba", del 23 de marzo de 1979⁷⁵ se afilió al criterio más represivo, sosteniendo que no basta la notificación al defensor y, algunos opinantes, afirmaron incluso que no era suficiente la notificación por cédula⁷⁶. De cualquier manera, la interpretación "procesalista" que se consagra tiene el grave inconveniente de desvirtuar el sentido del art. 66, que sólo quiso precisar un momento en el tiempo, para convertirlo en una remisión a las leyes procesales —e incluso a los reglamentos administrativos— con serio peligro del principio de igualdad ante la ley. Núñez, que insiste en su posición de que la notificación al defensor no es suficiente y que cada ley procesal establece la forma en que se debe hacer la notificación al reo, lleva razón en cuanto a que el legislador de fondo no quiso limitar aquí la facultad legislativa local en materia procesal, pero yerra a nuestro juicio en cuanto pasa por alto que lo único que quiso hacer el legislador fue establecer un *momento único* en todo el país, al efecto de proporcionar certeza e igualdad de trato.

La aclaración de que el plazo comienza a contarse desde la medianoche del día en que comienza el incumplimiento, no es más que una manifestación expresa de que el cómputo del plazo de la prescripción se hace conforme con el art. 24 del código civil.

Si por "*interrupción*" entendemos el fenómeno que hace caer todo el tiempo transcurrido, determinando que para que se opere la prescripción, a partir de él o con posterioridad al mismo, deba iniciarse un nuevo plazo sin tomar en cuenta para nada al interrumpido, en tanto que por "*suspensión*" entendemos al fenómeno

⁷⁴ Cft. FONTÁN BALESTRA, III, 432-3; DE LA RÚA, 820; GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado*, I, 686; MALAGARRIGA, I, 415; MANIGOT, *El código penal de la Nación Argentina*, 114; JACOBY, PABLO M., *Prescripción de la pena*, en LL del 7-IV-1977 (con muy buena indicación jurisprudencial); la opinión contraria: SOLER, II, 467; NÚÑEZ, *Manual*, 387.

⁷⁵ LL, marzo 23 de 1979.

⁷⁶ V. NÚÑEZ, R., *¿Cuál es la notificación que exige el art. 66 del Código Penal?*, en LL, 7-VI-79.

que determina que el tiempo durante el que tiene lugar se descuenta del plazo prescriptivo, que cuando vuelva a correr lo hará por el que faltaba para completarlo, veremos que el código se ocupa únicamente de la interrupción de la prescripción de la pena, pero no trata de la suspensión de la misma.

De cualquier manera, creemos que se impone admitir la *suspensión de la prescripción de la pena* cuando la ley misma impide su ejecución⁷⁷, como acontece en el caso de que el sujeto tenga pendiente otro hecho por el cual deba ser juzgado en extraña jurisdicción con anterioridad⁷⁸. En el caso de que el condenado fugue antes de ser juzgado por el otro hecho, creemos que comenzará a correr la prescripción de la pena cuando se haya prescrito la acción por el otro delito, puesto que en ese momento se renovará el obstáculo legal para la misma.

La *interrupción de la prescripción* de la pena se opera cuando el condenado comete un nuevo delito (párrafo 3º del art. 67). Si bien el párrafo 3º del art. 67 dice que la "prescripción se interrumpe por la comisión de otro delito o por la secuela del juicio, lo cierto es que la "secuela del juicio" no interrumpe la prescripción de la pena, sino la de la acción penal⁷⁹. Debe quedar bien en claro que la actividad jurisdiccional o administrativa tendiente a obtener la ejecución de la pena no interrumpe su prescripción. Por consiguiente, no tiene carácter interruptivo la reiteración de una orden de captura.

No iniciada la ejecución de la pena, o iniciada y quebrantada la misma, el cumplimiento parcial posterior tiene el efecto de interrumpir la prescripción, cayendo todo el tiempo transcurrido, debiendo correr el plazo completo en caso de producirse un nuevo quebrantamiento. Así, si se trata de una pena de cinco años y el sujeto es detenido después de tres años de sustraerse a la misma, en caso de fuga posterior deberán transcurrir cinco años completos a partir de la medianoche del día de la fuga para que la pena se prescriba.

Creemos que este es el criterio de toda nuestra doctrina⁸⁰, aunque hay a nuestro juicio un malentendido entre lo dicho por Soler y Núñez, que nos pa-

⁷⁷ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 389.

⁷⁸ Cfr. FONTÁN BALESTRA, III, 433; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 579.

⁷⁹ Cfr. FONTÁN BALESTRA, III, 433; NÚÑEZ, *Manual*, 378.

⁸⁰ SOLER, II, 468; NÚÑEZ, II, 546; FONTÁN BALESTRA, III, 433.

rece idéntico. Núñez dice que el cumplimiento parcial "interrumpe" la prescripción, en tanto que Soler opina que la "hace cesar", sosteniendo que Núñez parece creer "que se pueden ir sumando los períodos de vacaciones". Creemos que Núñez tampoco afirma esto, sino que se limita a sostener la diferencia que media entre la interrupción por la comisión de un nuevo delito y por el cumplimiento parcial de la pena, que finca en que en el primer caso corre la prescripción desde ese mismo día nuevamente, en tanto que en el segundo no corre nuevamente sino desde el momento en que vuelve a quebrantar la condena ⁸¹.

Para la prescripción de la pena debe tomarse en cuenta la cuantía total efectivamente exigible de la misma, es decir, que debe descontarse lo que se haya disminuído por conmutación ⁸².

En casos de concurso y de unificación de penas, debe tomarse en cuenta la pena única. En el supuesto en que no se hubiese unificado la pena, las distintas penas se prescriben paralelamente, sean o no de la misma naturaleza ⁸³.

A este respecto, Soler afirma que en caso de penas de igual naturaleza, éstas no se prescriben paralelamente, sino sumadas ⁸⁴. Se sostiene que las penas privativas de libertad no pueden prescribirse paralelamente, en forma tal que la prescripción de una opera como impedimento legal que interrumpe la prescripción de las otras ⁸⁵. Creemos que no hay interrupción porque no se trata de un impedimento legal, sino de una imposibilidad material que se daría en un hipotético caso de cumplimiento.

Cuando se trate de la conversión de una multa en prisión, por falta de pago de la multa, el plazo de prescripción no será el que corresponde a la prisión sustitutiva, sino el que corresponde a la multa, pues la conversión no cambia la naturaleza de la pena.

En cuanto a los casos de condena condicional y de libertad condicional, también puede haber prescripción de la pena, pues ésta comienza a correr desde el incumplimiento de la condena, cualquiera fuese. En la condena condicional la prescripción comenzará a correr desde que se comete un nuevo delito, en tanto que en la libertad condicional lo será desde que no se cumplen los requisitos a que se sometió al liberado ⁸⁶.

⁸¹ V. NÚÑEZ, II, 546; este malentendido lo aclara correctamente FONTÁN BALESTRA, III, 434.

⁸² Cfr. FONTÁN BALESTRA, III, 435; en contra SCHÖNKE-SCHRÖDER, 578.

⁸³ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 388.

⁸⁴ SOLER, II, 469.

⁸⁵ Así parecía sostenerlo NÚÑEZ, II, 543, en contra de la jurisprudencia de la Cámara de la Capital.

⁸⁶ Cfr. VERA BARROS, OSCAR, *La prescripción penal en el código penal y leyes especiales*, Bs. As., 1960, p. 178.

Aún cuando nuestro código nada dice al respecto de la prescripción de las medidas del art. 34, lo cierto es que no puede considerarse que las mismas no sean prescriptibles. Si bien tienen naturaleza administrativa, también a su respecto rigen los principios generales del derecho, fundamentalmente de racionalidad y de humanidad, como lo demostraremos en su momento⁸⁷. Entendemos que se trata de un supuesto en que por imperio de principios constitucionales (arts. 1º y 19 de la Constitución Nacional) se hace necesario integrar *en bonam partem* la ley penal, por lo que entendemos que deben aplicarse analógicamente los principios de la prescripción de las penas en sus grados máximos.

Dada la euforia positivista que llevó a que se bautice como “medida” a la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, no se ha previsto la prescripción de la misma. Hemos demostrado suficientemente que se trata de una pena y, por consiguiente, no vemos razón alguna que obste a su prescripción, habida cuenta de que no puede considerársela más grave que la reclusión perpetua. Por consiguiente, consideramos que el plazo de prescripción de ésta debe regir también la prescripción de la reclusión por tiempo indeterminado.

Siendo la prescripción de las penas una causa personal de cancelación de la punibilidad, se impone la solución que nuestro código consagra expresamente en su art. 67 inc. 4º: “La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del delito”. La expresión “partícipes” debe entenderse en el sentido lato de “participantes”, es decir, abarcando a autores, cómplices e instigadores.

Los autores del proyecto de 1891 decían en la exposición de motivos: “Cerramos las disposiciones sobre la prescripción con la declaración de que ella corre o se interrumpe para cada uno de los partícipes de un hecho punible. Evitamos así una cuestión ardua a la jurisprudencia. La solución contraria, adoptada por el código italiano, no nos parece ajustada a los principios del derecho penal. La prescripción es una gracia que la sociedad hace al culpable, y no debe otorgarse sino a aquellos que la han merecido por su conducta individual, no habiendo justicia ni lógica en que los beneficios de la prescripción concedida a un delincuente se hagan extensivos a los copartícipes que por su conducta no la hayan merecido”⁸⁸.

⁸⁷ V. *infra*, § 658 y ss.

⁸⁸ *Proyecto*, 1891, p. 107.

Hay una aclaración que debemos formular, con el objeto de poner suficientemente de resalto una circunstancia que no debe mover a confusión. "Punibilidad" en el sentido en que comprendemos el vocablo es la "posibilidad jurídica de aplicar la pena". La punibilidad, en consecuencia, no implica la imposibilidad de condenar, sino la simple imposibilidad de llevar a efecto la ejecución de la pena, a la que se pueden agregar otros efectos. En el caso de la prescripción de la pena, lo único que se cancela es la ejecución física de la pena misma, sin que esa impunidad tenga efecto en cuanto a otras consecuencias que suelen acarrear. En el caso concreto que nos ocupa, esta impunidad queda circunscripta en forma tal que para nada obsta a la reparación del daño ni a los efectos que la condena pueda surtir en cuanto a la reincidencia del condenado.

587. **El indulto.** El art. 86 CN otorga en su inc. 6º, al Presidente de la República, la facultad de "indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados". En el orden provincial, el derecho público interno de cada provincia suele conceder igual atribución al Gobernador, aunque algunas Constituciones Provinciales la conceden al Poder Legislativo⁸⁹. De allí que pueda definirse al indulto o a la conmutación como "la facultad otorgada a poderes distintos del judicial para extinguir la pena impuesta o disminuirla por razones de oportunidad"⁹⁰. "Por indulto se entiende el perdón absoluto de la pena ya impuesta por el juez competente, y por conmutación, en este caso, el cambio de una pena mayor por otra menor, pero el poder, en general, es denominado por los autores, de *perdonar*, y procede de la tradicional prerrogativa que han tenido siempre los soberanos, de conceder gracia en nombre de la "piedad cristiana y de la civilización"⁹¹.

⁸⁹ Suele distribuirse entre el poder ejecutivo, al que autoriza a conmutar (Buenos Aires, art. 132 inc. 4º; Catamarca, art. 158 inc. 7º; Córdoba, art. 116 inc. 5º) y el poder legislativo, al que se le atribuye la facultad de indultar (Buenos Aires, art. 90 inc. 5º; Catamarca, art. 105 inc. 9º; Córdoba, art. 23 inc. 24).

⁹⁰ CREUS, 192.

⁹¹ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, pp. 504-1.

El indulto es, pues, una expresión del “derecho de gracia”, es decir, un “perdón de la pena”⁹², pese a requerir la expresión cierta precisión que la haga compatible con su existencia republicana.

Los arts. 99 y 100 del código Tejedor limitaban la facultad de gracia en el caso de las penas de presidio y de penitenciaria⁹³, disposiciones que eran tomadas casi a la letra de los arts. 12 y 13 del código de Baviera⁹⁴. Con ligeras modificaciones, pasaron a ser los arts. 73 y 74 del código de 1886⁹⁵. Estas disposiciones planteaban un grave problema constitucional, puesto que, aparentemente, restringían las facultades del Poder Ejecutivo, suscitando un serio debate que llevó a concluir en que se trataba de una institución distinta del indulto constitucional y del resorte exclusivo del Poder Judicial⁹⁶.

El texto vigente de 1921 terminó con este problema, cuyo verdadero origen fincaba en que Tejedor había seguido fielmente al modelo bávaro, sin reparar en el impedimento constitucional argentino.

El indulto no tiene la característica de un acto judicial —que entraría en contradicción con el art. 95 CN— ni la de un acto administrativo, sino que es un acto de gobierno, un “acto de poder”, por lo cual no puede ser una actividad reglada⁹⁷. Si se olvida esta característica, el indulto parece ser una ingerencia del poder ejecutivo en el judicial⁹⁸.

La naturaleza de acto político que el indulto y la conmutación tienen, se suele fundamentar, de modo más o menos uniforme, en consideración a la imposibilidad de la ley de prever todas las situaciones, lo que genera la necesidad de un medio extraordinario para supuestos en que la ley resulte “drástica o anacrónica y que su aplicación podría ser perturbadora del orden público”⁹⁹. De allí que en esos supuestos el P.E. se limite a no aplicar la pena, habiendo perdido el indulto su carácter de “perdón graciable” o “dispensa de castigo”: es “perdón” sólo en el sentido de que no se ejecuta la pena.

⁹² Cfr. SOLER, II, 465; NÚÑEZ, *Manual*, 386.

⁹³ TEJEDOR, *Proyecto*, p. 104.

⁹⁴ VATEL, CH., pp. 47-48.

⁹⁵ AGUIRRE, JULIÁN S., *Código Penal de la República Argentina*, Bs. As., 1887, pp. 69-73.

⁹⁶ Cfr. RIVAROLA, *Exposición y crítica*, I, 364; Corte Suprema, *Fallos*, t. 120, p. 19 (reproducido por CLODOMIRO ZAVALÍA, *Jurisprudencia de la Constitución Argentina*, Bs. As., 1924, pp. 20-24).

⁹⁷ Cfr. BIELSA, RAFAEL, *Derecho Constitucional*, Bs. As., 1959, p. 650.

⁹⁸ Así lo creía MONTES DE OCA, M. A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Bs. As., 1896, II, 437.

⁹⁹ Cfr. BIELSA, op. cit., p. 651.

Joaquín V. González hallaba su fundamento “en la posible imperfección de la justicia”¹⁰⁰. De Vedia dijo que “el poder de la clemencia es el poder conciliatorio que nos ampara contra la tiranía de la ley”¹⁰¹. Para Estrada se funda en que “el juez no puede apreciar todas las circunstancias del crimen, porque el mismo acto envuelve fenómenos psicológicos y morales tan opuestos, que lo que en un caso es un crimen, puede no serlo en otro o tener caracteres que disminuyan su gravedad”¹⁰². La Corte Suprema ha entendido que con él se han querido prevenir “los inconvenientes que puedan derivar de la aplicación estricta de las leyes penales, en las que no es posible prever todas las modalidades de los casos particulares, a lo que se agrega que la infracción o el delito pueden cometerse hallándose el culpable en circunstancias que lo hagan excusable ante la moral y la justicia absoluta, aunque no ante los términos estrictos de la ley”¹⁰³. Creemos que este fundamento jusnaturalista de la Corte Suprema choca con el que el instituto tiene, que es el de que la pena no afecte al orden jurídico en lugar de conservarle, es decir, un sentido práctico¹⁰⁴.

Para Radbruch el indulto sirve, por un lado, para la corrección de la justicia en el caso individual y, por el otro, no depende de la coacción de la justicia, sino de necesidades políticas¹⁰⁵. En cierto sentido, esta posición coincide con la de Ihering, para quien el indulto configura un “ventilete de seguridad” del derecho, que proponía ampliar con la contrapartida de la creación jurisprudencial del derecho en manos de una suerte de “corte de equidad”, sacándolo de la órbita del Poder Ejecutivo¹⁰⁶. Para algunos autores contemporáneos, estos criterios no son recomendables, puesto que introducen consideraciones irracionalistas, prefiriendo afirmar que refleja una división de tareas entre el ejecutivo y el judicial¹⁰⁷. Geerds afirma que “en el secularizado Estado de derecho democrático es erróneo conceptuar en base a la irracionalidad el contenido de sentido del ejercicio de la gracia”¹⁰⁸. No obstante, otros autores siguen opinando que sirve para “solucionar situaciones que son inevitables de otro modo, pues su injusticia no puede ser excluida *a priori* por ningún sistema penal”^{108 bis}.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., op. cit., p. 542.

¹⁰¹ DE VEDIA, AGUSTÍN, *Constitución Argentina*, Bs. As., 1907, 434; también para HAMILTON esa facultad graciable se funda en razones de humanidad (*El Federalista*, trad. de Ildefonso Isla, Bs. As., 1887, p. 507).

¹⁰² ESTRADA, JOSÉ MANUEL, *Curso de derecho constitucional*, III, Bs. As., 1902, p. 312.

¹⁰³ T. 136, p. 244; reproducido en ZAVALÍA, CLODOMIRO, op. cit., II, 24.

¹⁰⁴ En similar sentido, aunque crítico, ESTRADA, 313.

¹⁰⁵ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 276.

¹⁰⁶ IHERING, RUDOLF, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1904, 428 (t. 306, de la trad. de Diego Abad de Santillán, Puebla, 1961).

¹⁰⁷ Así, HUSER, CLAUS, *Begnädigung und Amnestie als kriminalpolitisches Instrument*, Diss., Hamburg, 1973, pp. 7-8; DÜRIG, G., en JZ, 61-166; también DREWS, RICHARD, *Das deutsche Gradenrecht*, Augsburg, 1971.

¹⁰⁸ GEERDS, FRIEDRICH, *Gnade, Recht und Kriminalpolitik*, Tübingen, 1960, p. 42.

^{108 bis} SALVINI, GUIDO, *La grazia: attualità dell'istituto e problemi di legittimità costituzionale*, en “Riv. It. di Diritto e Proc. Penale”, 1981-3-1007.

Cabe convenir en que el indulto republicano no puede identificarse con el derecho de gracia —o mejor, “poder de gracia”— del absolutismo, que “era una prerrogativa arbitraria de la que podía usar y abusar el monarca”¹⁰⁹, pero ello no obsta a que el fondo campee siempre en el indulto una cuestión un tanto irracional, que es prácticamente imposible eliminar. Este inevitable contenido irracional llevó a algunos de nuestros constitucionalistas a criticarlo, como resabio del sistema monárquico¹¹⁰, reverdeciendo los argumentos de Beccaria contra esta facultad.

Montes de Oca lo consideraba una ingerencia del poder ejecutivo en el judicial¹¹¹ y Estrada afirmaba que con una justicia que funcionase correctamente y una corte de equidad, se podían solucionar los problemas sin acudir al indulto¹¹². Todas éstas eran manifestaciones del pensamiento expresado por Beccaria, para quien el indulto era una consecuencia de la imperfección de las leyes, en tanto que en un sistema racional y sin penas atroces no habría necesidad del mismo¹¹³. Tampoco fueron partidarios del indulto, por supuesto que por razones totalmente dispares, Bentham, Feuerbach, Filangieri, Kant, etc., al igual que los positivistas, en especial Lombroso y Garofalo¹¹⁴. Kant sostenía que el derecho a perdonar a los culpables correspondía al soberano sólo en los delitos que a él le agravian (“crímenes de lesa majestad”) y ello en la medida en que la impunidad no fuese peligrosa para la seguridad pública, pero que el soberano no podía perdonar agravios a otros¹¹⁵.

Está fuera de duda que el indulto y la conmutación no pueden ser actos enteramente arbitrarios del poder ejecutivo, pero nadie podrá negar el fondo de irracionalidad que siempre hay en ellos, puesto que, cuando no responden a razones políticas, no son más que un remedio práctico para resolver las indeseables consecuencias de una legislación penal que pretende ser rígida e intimidatoria y que no confía en los jueces. Es así como las facultades que la ley penal le retacea a sus jueces deben ser suplidas por decretos del poder ejecutivo, que frecuentemente no tienen más fundamento que ser expedidos el 25 de mayo, el 9 de julio o el 25 de diciembre.

La Constitución Nacional exige como único recaudo para el indulto y la conmutación de delitos conocidos por la justicia fede-

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ FLORES, MARÍA INMACULADA, *El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1971, p. 227.

¹¹⁰ Así, ESTRADA, III, 215; tampoco lo veía con simpatía MONTES DE OCA, II, 437 y 442.

¹¹¹ MONTES DE OCA, II, 442.

¹¹² ESTRADA, III, 316.

¹¹³ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, 1822, p. 205.

¹¹⁴ Sobre todos ellos, LEÓNIDAS ANASTASI, en JA, I, p. 95; más extensamente, RUIZ FUNES, MARIANO, *El delincuente y la justicia*, Bs. As., 1944, pp. 21 y ss.

¹¹⁵ KANT, *Principios metafísicos del derecho*, Bs. As., 1974, p. 153.

ral o de la Capital¹¹⁶, el informe previo del tribunal¹¹⁷, pero sin que el poder ejecutivo deba seguir lo aconsejado por el tribunal en caso que éste quiera aconsejar el criterio que le parece oportuno, puesto que el informe constitucionalmente requerido se limita a proporcionar los datos de la causa. El indulto y la conmutación son actos políticos privativos del poder ejecutivo, que si se realizan en forma arbitraria o desmedida tendrán como consecuencia la responsabilidad política del poder ejecutivo, pero que no pueden ser revisables judicialmente¹¹⁸, salvo porque no cumplan con el requisito constitucional del informe previo o porque afecten derechos, como el de defensa en juicio.

Joaquín V. González puntualizaba que “los motivos por los que el poder ejecutivo concede un indulto o perdón, no están librados a un caprichoso albedrío, ni a las expansiones del corazón, ni a los simples dictados de su ánimo enternecido, sino que, siendo la piedad su fundamento esencial, debe otorgarse, o no, según lo aconsejen los principios de la justicia y de la equidad”¹¹⁹. Montes de Oca, sin ocultar su antipatía por esta facultad, decía que “si el poder administrador, saliendo de la órbita de su acción propia, se deja guiar exclusivamente por la presión de sus simpatías unas veces, por la presión de las circunstancias otras, el perdón o el indulto aniquilan la majestad de los fallos y la autoridad de que se busca revestirlos”¹²⁰. De Vedia hacía una extensa referencia a la corruptela en que había caído el uso de esta facultad en los Estados Unidos, y decía que “es mucho más satisfactorio el cuadro que ofrecen las instituciones y la costumbre en la República Argentina”¹²¹ afirmación que hoy no podríamos repetir, puesto que el indulto suele concederse en forma masiva, indiscriminada y arbitraria¹²². Creemos que, al menos, el acto por el cual se otorga un indulto o conmutación, debe ser fundado, para poder reconocer la motivación del mismo. Desgraciadamente, ni siquiera este requisito se cumple siempre. En la práctica judicial sabemos que las condenas a perpetuidad difícilmente excedan los 15 años de ejecución como promedio, al menos en la región central del país.

Esta realidad del indulto y la conmutación nos confirma en la opinión de que los mismos suplen las restricciones a las facultades de individualización

¹¹⁶ Aunque la Constitución se refiere sólo a la justicia “federal”, es obvio que también abarca los casos juzgados por la justicia ordinaria de la Capital (MONTES DE OCA, II, 437).

¹¹⁷ En algunas constituciones provinciales se requiere el consejo favorable del Tribunal (V. FIERRO, GUILLERMO J., *El indulto y su interpretación jurisprudencial*, en NPP, octubre-diciembre 1976, pp. 533 y ss., 542).

¹¹⁸ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 386.

¹¹⁹ GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., op. cit., p. 544.

¹²⁰ MONTES DE OCA, op. cit., II, 442.

¹²¹ DE VEDIA, AGUSTÍN, op. cit., p. 436.

¹²² JULIO HERRERA criticaba en su tiempo la forma en que se lo concedía (p. 540); con mucha mayor razón lo hace ahora NÚÑEZ, (*Manual*, 386).

penal que la ley otorga al juez, las que quedan en manos del poder ejecutivo, que en nuestra realidad política se maneja por motivaciones de esa índole, "slogans", electoralismo, rigorismo o laxitud —según la tónica política de turno—, compadrazgo político, etcétera.

Es frecuente en nuestro medio la apelación a los indultos "generales", los que han sido frecuentemente convalidados por los tribunales, aún sin informe previo del órgano judicial y alguna vez salvando esa formalidad por el requerimiento posterior ¹²³.

De cualquier manera, el principio general de que el indulto no es revisable jurisdiccionalmente es un principio que se halla limitado al control de sus motivaciones, pero nadie puede sostener seriamente que el indulto es más intocable que una ley en todos sus demás aspectos, particularmente en cuanto a la lesión de derechos que puede implicar. En este sentido, creemos que el indulto es susceptible de control jurisdiccional no sólo cuando afecta el derecho de defensa del procesado y es éste quien lo impugna, alegando su derecho, sino también, en los casos de "indultos generales", cuando el mismo llegue a límites tan exagerados que ponga en peligro los derechos de la población.

La tutela de bienes jurídicos no es una "potestad" del Estado, sino un deber que le impone la Constitución al garantizar una serie de derechos a los habitantes. Un "indulto colectivo" de magnitud tal que, por ejemplo, implicara el perdón de todas las condenas por cualquier delito o la rebaja de sus cuatro quintas partes, sería obviamente revisable por el poder judicial, puesto que su manifiesta inconstitucionalidad deviene de la desprotección en que deja a los bienes jurídicos que la Constitución le obliga a tutelar. Igualmente inconstitucional e impugnable sería un indulto de todas las penas por robo, por homicidio, por violación, o por cualquier delito claramente afectante de un derecho constitucionalmente garantizado y de jerarquía notoria.

Por supuesto que el indulto es revisable jurisdiccionalmente cuando no reúne algún requisito constitucional, como puede ser, la falta de informe del tribunal, que es requerido como garantía de que el poder gracioso conoce las circunstancias que dieron lugar a la pena que indulta o conmuta, o bien si se refiere a delitos cuyas penas no puede indultar el poder ejecutivo.

En definitiva, la naturaleza del indulto en ningún momento dio lugar a la posibilidad de una arbitrariedad total, ni siquiera

¹²³ Sobre ello, FIERRO, GUILLERMO J., op. cit.

en los tiempos antiguos y de mayor absolutismo. En la Edad Media y luego, en las monarquías absolutas, fue sumamente debatida la cuestión, argumentándose que los soberanos sólo podían indultar las penas establecidas en sus leyes, pero no las que tenían origen divino, por haber sido establecidas para ciertos delitos en el Antiguo Testamento ¹²⁴.

En algunas Constituciones provinciales el círculo de los delitos cuyas penas pueden indultarse es más reducido que en el orden federal ¹²⁵, pues la única limitación que hay en este último es que no se trate de delitos en que media acusación de la Cámara de Diputados. La excepción proviene de la tradición inglesa ¹²⁶ y obedece a que el mismo Presidente y sus ministros están sometidos a tales acusaciones ¹²⁷. Dada la clara *ratio legis* de esta limitación constitucional, cabe entender que en los sistemas "de facto" el poder ejecutivo no tiene facultades para indultar a sus ministros. En la Constitución de 1853, los delitos por los que la Cámara de Diputados podía acusar eran limitados, extendiéndose prácticamente a cualquier delito por la reforma de 1860 ¹²⁸.

El art. 68 del código establece que "el indulto del reo extinguirá la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares".

Esta disposición aparece en el P. 1891 (art. 106). Cita como concordancia el art. 93, número 4 del CP chileno, que dice: "La responsabilidad penal se extingue: ... 4º Por indulto. La gracia de indulto sólo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y demás que determinan las leyes". En la Exposición de Motivos del proyecto de 1891 se dice: "Respecto de la amnistía y el indulto, hemos establecido que ellos no extinguen las indemnizaciones debidas a particulares, porque, siendo modos de extinción usados por la autoridad política con fines de orden público, es justo que sus efectos se limiten a los que el interés general requiere, sin alterar los derechos legítimos de las víctimas del delito" ¹²⁹. Con mayor precisión se comenta esta disposición en la Exposición del proyecto de 1917: "El indulto —dice— hace desapa-

¹²⁴ Cfr. GONZÁLEZ, FLORENTINO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, París, 1871, pp. 316-7; TIFFANY, JOEL, *Gobierno y derecho constitucional*, trad. Clodomiro Quiroga, Bs. As., 1874, p. 381.

¹²⁵ V. THOT, LADISLAO, *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal (Arqueología criminal)*, Buenos Aires, 1927, pp. 320-325.

¹²⁶ Cfr. FLORENTINO GONZÁLEZ, loc. cit.; TIFFANY, loc. cit.

¹²⁷ GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., op. cit., p. 545.

¹²⁸ Cfr. FIERRO, GUILLERMO J., op. cit.

¹²⁹ *Proyecto*, 1891, p. 105.

recer la pena, pero no el delito y la conmutación, generalmente confundida con el perdón, sólo indica un insulto relativo, pues equivale al reemplazo de la pena impuesta por otra inferior”¹³⁰.

El art. 50 del Código Penal excluye expresamente toda influencia del indulto y de la conmutación a los efectos de la reincidencia, lo que lleva a concluir que tampoco debe tener efecto respecto del art. 52¹³¹ en cuanto se trata de un supuesto de pluri-reincidencia. Como el indulto no elimina la condenación, sino únicamente la pena, el delito y la condenación subsisten, de modo que ésta última sigue obstando para la condenación condicional por un delito posterior, salvo que hayan transcurrido los plazos correspondientes¹³². Creemos, por nuestra parte, que la parte conmutada debe descontarse de la impuesta en la sentencia a los efectos de calcular el plazo para la concesión de la libertad condicional¹³³.

Dado que el indulto hace cesar los efectos de la pena, pero no los de la condenación, cesa la inhabilitación prevista en el art. 12, pero no cesan las consecuencias de la pena que están previstas en el art. 23¹³⁴. Por lo demás, los efectos de la pena que se extinguen son los futuros, pero nunca puede extinguir los efectos que ya han tenido lugar, esto es, los pasados. El indulto no puede acordarse retroactivamente¹³⁵.

Un particular problema plantea el indulto en relación con la oportunidad en que puede ser concedido: *¿puede concederse el indulto antes de la sentencia firme condenatoria?* Prevalece la opinión doctrinaria que niega esta posibilidad, aunque la misma fue sostenida por la Corte Suprema Nacional en algún momento y tampoco se halla totalmente huérfana de apoyo doctrinario.

La doctrina penal contemporánea afirma casi unánimemente que el indulto sólo puede ser concedido después de una sentencia firme condenatoria y que no corresponde mientras persista el proceso abierto¹³⁶. En la Exposición de Motivos del Proyecto de 1917 se afirma: “La conmutación y el indulto no se pueden decretar sino después de la condena del acusado por sentencia ejecu-

¹³⁰ Proyecto, 1917, p. 98.

¹³¹ Cfr. DE LA RÚA, 842.

¹³² Cfr. NÚÑEZ, II, 538.

¹³³ V. *infra*, 607.

¹³⁴ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 386; CREUS, 193.

¹³⁵ Cfr. NÚÑEZ, II, 539.

¹³⁶ Así, SOLER, II, 465; FONTÁN BALESTRA, III, 437; CREUS, 193; NÚÑEZ, II, 537; DE LA RÚA, 839; FIERRO, GUILLERMO J., op. cit.; TERÁN LOMAS, II, 442.

riada. Esta regla se ha violado en algunos casos, pero no por eso es menos imperativa. El acusado se pone a la orden del juez y no sale de esa jurisdicción hasta que termina el proceso. Sólo cuando media condena, se entrega al reo a la autoridad administrativa, la cual lo tiene a sus órdenes para hacer cumplir la sentencia”¹³⁷. La misma tesis es sostenida por Rodolfo Moreno (h), quien manifiesta que la disposición constitucional argentina faculta a “indultar o conmutar penas”, en tanto que la norteamericana dispone que el presidente tendrá poder para acordar “la suspensión del castigo y el perdón por ofensas”, por lo cual afirma que las soluciones norteamericanas no pueden ser invocadas entre nosotros¹³⁸. Esta diferencia ya la habría destacado Joaquín V. González, quien también afirmaba que la solución norteamericana no era sostenible entre nosotros¹³⁹, pues la facultad presidencial es allí más amplia¹⁴⁰.

Sin embargo, la apelación a la fórmula constitucional, para afirmar que la nuestra es más restrictiva que la estadounidense, no resulta atendible, porque precisamente nuestra Corte Suprema sostuvo desde antiguo que no se podían indultar penas conminadas, y ello lo hizo con clara influencia de un autor estadounidense traducido y difundido en nuestro medio: Joel Tiffany, cuyos argumentos son exactamente iguales a los esgrimidos por la vieja jurisprudencia de nuestra Corte¹⁴¹.

La Corte Suprema de la Nación sostuvo el criterio de que sólo podía indultarse después de la sentencia firme, en sus primeros años y la mantuvo hasta el llamado “caso Ibáñez”, en que de conformidad con la tesis del Procurador, cambió su criterio, admitiendo la posibilidad de indultar a un procesado. En el “caso Ibáñez”, la Corte sostuvo que no podía seguirse el tenor liberal de la Constitución, porque “al referirse la Constitución a *las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal*, no hace distinción alguna entre las penas que establezca la ley y las que apliquen los tribunales en sus fallos”¹⁴².

Creemos que la observación de la Corte Suprema en este fallo fue certera: la CN no distingue entre pena impuesta y pena conminada, exigiendo sólo que haya un proceso, es decir, un tribunal que pueda informar al P.E. Por otra parte, las reflexiones de Bielsa nos parecen muy atinadas: “Si para explicar el fundamento del derecho de indulto se habla de la necesidad de evitar las consecuencias del rigor, o el anacronismo de la ley penal, ¿no puede hacerse esta consideración también respecto de la ley procesal? ¿no puede ser acaso la ley procesal más arbitraria y anacrónica que la ley penal? ¿Por qué entonces, referir el indulto solamente a las sentencias, es decir, a la imposición definitiva de la pena?”, y continuaba Bielsa: “El mecanismo o sistema de la ley procesal, su carácter instructorio o inquisitivo, una detención larga y a todas luces in-

¹³⁷ Proyecto, 1917, p. 98.

¹³⁸ MORENO (h), RODOLFO, III, 215.

¹³⁹ GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., op. cit., 543.

¹⁴⁰ Sobre estas facultades en Estados Unidos, COOLEY, THOMAS M., *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, Boston, 1898, p. 115.

¹⁴¹ V. TIFFANY, JOEL, op. cit., pp. 376 y ss.

¹⁴² Fallos, t. 136, p. 244; ZAVALÍA, CLODOMIRO, op. cit., II, 25; GONZÁLEZ ROUBA, III, 331.

justa, y no justifica el ejercicio del poder de indultar. La justicia real puede ser una larga detención en el proceso (que prácticamente ya es un principio de la pena) antes de la sentencia. Las leyes procesales suelen ser más antijurídicas que las penales, como ya se ha dicho. Y esto se agrava cuando no existe una ley de reparación o indemnización a las víctimas de los errores judiciales”¹⁴³.

Después del referido “caso Ibáñez” de 1922, la Corte Suprema revisó nuevamente su criterio, volviendo a la tesis de la inadmisibilidad del indulto a procesados, con motivo del rechazo que hizo Hipólito Yrigoyen del indulto que le acordara el régimen de Uriburu y que le dejaba en situación de indefensión. Refiriéndose a la tesis que admite el indulto a procesados, la Corte dijo: “que el argumento basado en la situación injusta y agravante en que quedaría el imputado, si el indulto pudiera expedirse antes de la condena, por cuanto todo hombre lleva la presunción de su inocencia mientras no sea convenido lo contrario, es de un valor efectivo y pugna eficazmente contra esas tesis, porque, en verdad, para haber perdón lógicamente se presupone que exista el delincuente y quien fuera indultado llevaría consigo la mancha del delito”¹⁴⁴.

Pese a que es respetable la posición que sostiene que no es admisible el indulto en favor de procesados, particularmente porque se funda en la necesidad de defender el derecho de defensa en juicio, creemos que no es la solución correcta.

En principio, nos parece inobjetable el criterio de la Corte en el “caso Ibáñez”, cuando observó que la Constitución no distingue entre penas conminadas e impuestas. No haciendo esta distinción el texto constitucional, no hay razón exegética que permita restringir la facultad del Poder Ejecutivo.

En cuanto a la objeción que parece de mayor peso, fundada en que el indulto a procesados puede afectar el derecho de defensa y el principio de inocencia, bien vista puede ser una objeción más aparente que real. No negamos que el indulto es un acto político unilateral del poder ejecutivo¹⁴⁵, que básicamente no es revisable por el poder judicial en cuanto a la racionalidad de sus motivaciones, pero *el indulto no puede ser un acto político más intocable que una ley, porque no es un acto de omnipotencia del poder ejecutivo*. Si una ley no puede afectar el derecho de defensa, con mayor razón no lo podrá afectar un acto unilateral del poder ejecutivo, pero ello no nos lleva a afirmar que es inadmisibile el indulto a

¹⁴³ BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, Bs. As., 1947, I, 199-200;

¹⁴⁴ Fallos, t. 165, p. 213.

¹⁴⁵ Así, SOLER, II, 466; OBARRIO, 385; NÚÑEZ, II, 539, *Manual*, 386; BIELSA, *Derecho Constitucional*, 651.

procesado, sino que revela que el indulto puede ser impugnado judicialmente por el procesado cuando considere que afecta su derecho de defensa. De lo contrario, la defensa deja de ser un derecho y se convierte en un deber para el procesado.

No puede confundirse la necesidad de defensa en el proceso penal, que es una consecuencia necesaria e inevitable del proceso acusatorio, con el derecho de defensa, que es el que le permite al procesado realizar o abstenerse de realizar los actos concretos de defensa, como es la misma indagatoria. El procesado es el único juez de su derecho de defensa en lo que a estos actos se refiere y, por consiguiente, ese derecho no puede tutelarse en abstracto, sino siempre en concreto, es decir, cuando el procesado quiere ejercerlo.

En conclusión: *creemos que el indulto puede ser concedido a condenados y también a procesados, con la salvedad de que estos últimos pueden impugnarlo judicialmente cuando consideren que afecta su derecho de defensa.*

588. El perdón del ofendido. El art. 69 del código dice que "el perdón de la parte ofendida extinguirá la pena impuesta por delito de los enumerados en el art. 73". La segunda parte del mismo agrega: "Si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás".

Esta disposición tiene su antecedente en el art. 107 del proyecto de 1891, que decía: "El perdón de la parte ofendida extingue la pena impuesta por hecho que no pueda reprimirse de oficio". La Exposición de Motivos no hacía referencia a esta disposición. Su configuración casi idéntica a la vigente la adquiere en el proyecto de 1906, en su art. 73.

Sus antecedentes extranjeros son el inc. 5° del art. 132 del código español y el inc. 5° del art. 93 del código chileno. Los codificadores de 1891 citan también el art. 88 del código Zanardelli, pero esta disposición preveía, precisamente, una solución distinta, puesto que el perdón extinguía la acción, pero no la pena, "salvo en los casos establecidos en las leyes". El art. 88 italiano es fuente de nuestro art. 69 en su segunda parte únicamente: "La remisión en favor de uno de los imputados beneficia también a los otros..."

Este perdón del ofendido en los delitos de acción privada, es una causa personal de cancelación de la penalidad, que nada tiene que ver con la "renuncia del agraviado", que es una causa de extinción de la acción penal (art. 59, inc. 4°), ni con el perdón del cónyuge ofendido en el adulterio, que es una causa que impide el

nacimiento de la acción penal (art. 74, 2º párrafo)¹⁴⁶. Dado que el art. 69 se refiere a “pena impuesta”, no puede ser efectivo como tal salvo cuando haya una sentencia firme. De allí que sea un acto unilateral, que no requiere ser aceptado por el beneficiario, quién tampoco puede rechazarlo¹⁴⁷.

Por “ofendido” debe entenderse al que ha ejercido la acción penal, y, en caso de ser varios, para que el perdón surta efecto debe ser concedido por todos los accionantes¹⁴⁸. Los que no hubiesen ejercido la acción no podrán oponerse al perdón, ni otorgarlo.

Nuestro código extiende el perdón que el ofendido concede a cualquiera de los que participaron en el hecho al resto de los participantes (coautores y partícipes). Esta característica haría pensar que el “perdón del ofendido” en los delitos de acción privada es algo más que una causa de extinción de la pena, en cuyo caso sus efectos serían distintos: eliminaría sus consecuencias para la reincidencia, para la condena condicional, etc. No lo creemos así, estimamos que las consecuencias del perdón son en estos casos similares a las del indulto y que el mismo no es más que una causa personal de cancelación de la penalidad. La disposición por la cual se extienden los efectos a los participantes no revela otra consecuencia que la voluntad legislativa de impedir arbitrariedades y hasta posibilidades de extorsión por parte del actor.

Creemos que el fundamento de esta disposición es claro: tratándose de delitos para los cuales la acción legal queda en manos del particular ofendido, sin que el Estado intervenga en el impulso procesal, será facultad del particular hacer cesar los efectos del resultado del mismo, de la misma manera que Kant sostenía en los delitos que afectaban únicamente al soberano, sin interesar al orden público, que era el soberano quien tenía el poder de indultar.

Toda vez que este perdón debe hacerse valer ante el mismo tribunal de sentencia, debe tratarse de un perdón dado en forma expresa, sin que pueda alegarse su concesión tácita. Por lo que hace a sus formalidades, creemos que las mismas deben ser materia de regulación procesal. Faltando en las leyes procesales disposiciones a su respecto, estimamos que no hay razón para que se re-

¹⁴⁶ Sobre las confusiones en que a este respecto incurrieron los primeros intérpretes. DE LA RÚA, 832-3.

¹⁴⁷ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 389; SOLER, II, 466; FONTÁN BALESTRA, III, 440; ARGIBAY MOLINA, II, 449.

¹⁴⁸ Cfr. SOLER, II, 467; NÚÑEZ, loc. cit.; CREUS, 193.

chace su concesión en instrumentos privados —como pueden ser los testamentos ológrafos— o en forma pública y notoria, como las publicaciones periodísticas e incluso los actos públicos. Ante la carencia de una disposición procesal especial, entendemos que la prueba de la voluntad expresa de perdonar debe regirse por los medios usuales de prueba ¹⁴⁹.

Cabe consignar que en el caso particular del adulterio hay una causa de cancelación de la punibilidad peculiar, que es la que tiene lugar por efectos de la muerte del cónyuge ofendido. Así lo dispone el art. 74, cuyo último párrafo dice que “la muerte del cónyuge ofendido extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la pena”. Debe entenderse que si la muerte tiene lugar antes de que comience la ejecución de la pena, pero después de la sentencia definitiva, la pena no tiene ejecución. Lo mismo sucederá aunque la condena sea condicional, puesto que la violación de la condicionalidad acarrearía la ejecución de la pena, pero ésta la impide la muerte del ofendido. Cabe aclarar que únicamente cancela la ejecución de la pena, perdurando los demás efectos, tales como la condenación condicional que obraba en los términos del art. 27 o la condenación a los efectos de la reincidencia o de la reparación del daño.

Se trata de un agregado al art. 74 del proyecto de 1917, que fue hecho por la comisión de Códigos del Senado, y que la comisión tomó del anteproyecto suizo ¹⁵⁰, siendo consagrada luego en el art. 214 del código suizo: “La muerte del cónyuge ofendido extingue la acción penal y la ejecución de la pena” (art. 214, n° 5). La justificación de esta causa de cancelación de la punibilidad no es sencilla, pues la naturaleza personalísima de la acción no explica la cancelación de la penalidad ¹⁵¹. La explicación de De la Rúa, según la cual se supone innecesaria una pena cuando el vínculo matrimonial se ha disuelto por muerte ¹⁵² parece ser la única aceptable, aunque cabe reconocer que es un criterio peculiarísimo en el código.

589. Las supuestas condiciones “objetivas” de punibilidad. Hemos agotado el tratamiento de las causas que eliminan las condiciones de operatividad de la coerción penal y que tienen naturaleza penal, habiendo aclarado antes que todas ellas son también de carácter personal. No obstante, hay un gran sector de la doctrina que entiende que hay otras condiciones de punibilidad, además de las expresadas que tienen carácter objetivo, es decir, que son personales puesto que su ausencia no tendría el efecto de beneficiar al autor o partícipe a quien corresponda, sino que dejaría

¹⁴⁹ NÚÑEZ afirma que debe concederse en forma auténtica (*Manual*, 389).

¹⁵⁰ MORENO (h), RODOLFO, III, 246.

¹⁵¹ NÚÑEZ, II, 196.

¹⁵² DE LA RÚA, 880.

libre de pena el hecho para cualquiera¹⁵³. La general coincidencia es que en modo alguno requieren ser abarcadas por el dolo ni por la culpa, es decir, que no las afecta la falta de conocimiento del autor¹⁵⁴.

A partir de la afirmación de Francke, según la cual raramente es la acción la única realidad que fundamenta el delito¹⁵⁵, Binding explicó que la legislación contiene otros presupuestos de la conminación penal, que estarían fuera del delito, pero que también se distinguen de los presupuestos procesales de la punibilidad¹⁵⁶. A partir de entonces, las llamadas *condiciones objetivas de punibilidad* se han aceptado axiomáticamente.

La distinción entre las condiciones objetivas y los presupuestos procesales la quisieron ensayar algunos autores basándose en que las condiciones objetivas deben existir al tiempo del hecho¹⁵⁷, a lo que Beling respondió que no se trata de una cuestión temporal ni cronológica, sino que la característica es que se hallan fuera del tipo, no requiriendo ser abarcadas por la culpabilidad del autor, porque no fundamentan la antijuridicidad¹⁵⁸, criterio que fue compartido por Frank. “En algunos casos —escribía este autor— se habla de condiciones de punibilidad y se las entiende fuera de las circunstancias que fundamentan dentro del tipo la punibilidad de la acción”¹⁵⁹.

Blume lanzó la tesis de que las condiciones objetivas de punibilidad —por estar fuera del tipo— no sólo no debían ser alcanzadas por la culpabilidad, sino que tampoco requerían el nexo de causalidad, siendo totalmente ajenas al autor¹⁶⁰. Esta idea la secundó Hippel, quien afirmaba que “aquí la ley dice: quien haga esto, será así penado, en caso que sobrevenga un posterior acontecimiento. Permanecen de este modo, fuera del

¹⁵³ Cfr. JESCHECK, 420; BAUMANN, 484.

¹⁵⁴ SCHMIDHÄUSER, *Objektive Strafbarkeitbedingungen*, en ZStW, 71, 1959, p. 545; del mismo, *Lehrbuch*, 382; JESCHECK, 419 y ss.; MAURACH, 249; MAYER, HELLMUTH, *Grundriss*, 165 y ss.; STRATENWERTH, 74; BELING, *Grundzüge*, 1930, p. 53; KAUFFMANN, ARTHUR, *Das Schuldprinzip*, 1961, 251; WELZEL, 58; SCHÖNKE-SCHRÖDER, parág. 51; HIPPEL, II, 379; FRANK, *StGB*, parág. 51; BINDING, *Normen*, III, 187; SCHULTZ, II, 147; SOLER, II, 198; FINZI, *Delitos cuya punibilidad depende de la realización de un suceso*, en LL, XXXIV, 1144; etc. La referencia a autores tan distantes prueba la general aceptación de este criterio entre quienes admiten su existencia.

¹⁵⁵ FRANCKE, *Das Deutsche StGB und die Strafsachen aus Handlungen der Zeit von dessen Gesetzkraft*, en GA, 1872 (20), pp. 14 a 70 (32 y ss.).

¹⁵⁶ BINDING, *Handbuch*, 588-9.

¹⁵⁷ Así, KRIES, AUGUST VON, *Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts*, Freiburg, 1892, p. 442; ULLMANN, EMANUEL, *Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts*, München, 1893, p. 261.

¹⁵⁸ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, pp. 51 y ss.

¹⁵⁹ FRANK, REINHARD, *Das StGB für das Deutsche Reich*, 1908, p. 106; igual, MAX ERNEST MAYER, *Lehrbuch*, 1915, pp. 99 y ss.

¹⁶⁰ BLUME, cit. por BEMMANN, GÜNTER, *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, Göttingen, 1957, p. 7.

tipo que realiza el autor, no requiriendo, en particular, ni nexo de causalidad ni de culpabilidad”¹⁶¹.

Rittler se percató de que en los tipos hay condiciones que no las produce el autor y que, sin embargo, son elementos del tipo, con lo que quedaba demostrado que tampoco el criterio de que no sean causadas por el autor sirve para establecer si se trata o no de condiciones objetivas de punibilidad. De allí deduce que lo importante es determinar si forman o no parte del injusto, es decir, si las circunstancias determinan o no el contenido del injusto del hecho, siendo en este segundo caso cuando serían condiciones objetivas de la punibilidad. Es así como Rittler afirma que las condiciones objetivas de punibilidad no pertenecen al injusto, siendo ésta su principal característica¹⁶².

En contra de la afirmación de Rittler, Sauer argumentó que puede haber elementos del injusto que no necesitan ser abarcados por la culpabilidad, los que quedarían en forma de condiciones objetivas de punibilidad¹⁶³. Según este punto de vista, las condiciones objetivas no serían más que elementos del injusto que no son abarcados por la culpabilidad, lo que daría lugar a una forma ilimitada de responsabilidad objetiva, en detrimento del principio de culpabilidad. Kantorowicz también sigue el criterio de incluirlas en el tipo y excluirlas de la culpabilidad¹⁶⁴. La tesis de Kantorowicz era que de las condiciones objetivas depende la punibilidad como función, pero no como “merecimiento de pena”. Precisamente, por no depender de ella el merecimiento de pena, la culpabilidad no necesitaba abarcarlas, pese a lo cual, nada obstaba, según su punto de vista, para que estuviesen en el tipo.

Contra la tesis que incluía las condiciones objetivas de punibilidad en el tipo se alzó la crítica demoleadora de Radbruch en la recensión al libro de Kantorowicz¹⁶⁵, Bemann afirma que desde entonces es casi unánime la opinión de que las condiciones objetivas de punibilidad se hallan fuera del tipo¹⁶⁶. Dentro de esta corriente, por ejemplo, Schaad, en una importante monografía sobre el tema, las define como “las necesarias para la punición del hecho culpable, cuya punibilidad limitan fuera de las circunstancias típicas delictivas de las características del injusto y de la culpabilidad, que no deben ser abarcadas por el dolo ni por la culpa, y que permanecen en inmediata conexión con el hecho culpable”¹⁶⁷.

Las referidas condiciones quedan, pues, en una posición bastante oscura, de la que nos da idea Wessels, al afirmar que están fuera del in-

¹⁶¹ HIPPEL, ROBERT VON, *Lehrbuch*, Berlín, 1932, p. 148.

¹⁶² RITTLER, THEODOR, *Der Grundsatz der Schuldhaftung und die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, en “Öst. ZStr.”, Wien, 1918-1920 (8), pp. 323 a 367.

¹⁶³ SAUER, WILHELM, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie*, 1921, pp. 358 y ss.

¹⁶⁴ KANTOROWICZ, HERRMANN, *Tat und Schuld*, Zürich und Leipzig, 1933.

¹⁶⁵ RADBRUCH, *Tat und Schuld*, *Zu einem Buche von Herrmann Kantorowicz*, en SchZStr., 1937 (1), pp. 249 a 258.

¹⁶⁶ BEMMAN, GÜNTER, op. cit., pp. 9-11.

¹⁶⁷ SCHAAD, PIERLUIGI, *Die objektive Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht mit Berücksichtigung des deutschen und des österreichischen Rechts*, Wintertur, 1964, p. 102.

justo, pero que son un “presupuesto material de la punibilidad”, permaneciendo como un “anexo al tipo”, lo que las distinguiría de los presupuestos de procedibilidad y de los impedimentos procesales ¹⁶⁸.

En Italia se ha hecho manifiesta la tendencia a considerar que las condiciones objetivas de punibilidad se caracterizan por ser independientes de la culpabilidad y de la causalidad, es decir, la tesis de Blume y Hippel, respondida por Rittler. Así, Ranieri dice que “son aquellos acontecimientos no causados por la conducta criminal del agente, y que es indiferente que sean queridos o no queridos, de cuya verificación concomitante o sucesiva al momento en que se perfecciona el hecho típico, la ley hace depender la punibilidad del hecho mismo” ¹⁶⁹. Análogamente, Musotto dice que “son aquellos eventos o actos de cuya presencia positiva depende la punibilidad de un hecho y que, según la voluntad de la ley, no necesitan ser queridos ni causados” ¹⁷⁰.

En igual sentido se expresaba Delitala, para quien las condiciones de punibilidad deben hallarse fuera de toda relación causal con la acción humana, tesis a la que adhiere Bettiol, quien reconoce que también deben ser independientes de la culpabilidad ¹⁷¹, aunque afirma que las mismas son manifestaciones autoritarias del código italiano y que son, por ende, inconstitucionales, como meras formas de responsabilidad objetiva ¹⁷². En efecto, la transformación de elementos típicos en las pretendidas “condiciones objetivas” es una nefasta forma de responsabilidad objetiva, como lo prueba un claro ejemplo de Ferrando Mantovani: “En el incesto, si el escándalo público es mera condición de punibilidad, ésta debe considerarse verificada aunque el escándalo público hubiese tenido lugar por causa independiente de la conducta y voluntad de los culpables (por un golpe de viento indiscreto que abre la ventana de la habitación en la que se cultiva la relación incestuosa). En lugar, si es elemento constitutivo, los autores son punibles sólo si han previsto y querido tal evento como consecuencia del modo en que han cometido el incesto”. Con toda razón agrega Mantovani que, so pena de inconstitucionalidad, debe considerarse como elemento típico —objeto de dolo eventual— y no como “condición de punibilidad”, la verificación del peligro en los delitos de peligro común ¹⁷³.

En nuestra lengua sigue un criterio parecido Rodríguez Devesa, quien las vincula directamente al tipo, afirmando que son “elementos unidos a la acción tipificada en la ley, pero no por una relación de causalidad, porque son a su vez resultado de la acción de otra persona” ¹⁷⁴. Del Rosal seguía un criterio semejante, pero luego las transfirió a la punibilidad ¹⁷⁵. En Latinoamérica, Peña Cabrera parece reducirlas a los requisitos de pro-

¹⁶⁸ WESSELS, 22-3.

¹⁶⁹ RANIERI, SILVIO, *Manuale di Diritto Penale*, Padova, 1952, I, 162.

¹⁷⁰ MUSOTTO, GIOVANNI, *Corso di Diritto Penale*, 1960, p. 148.

¹⁷¹ BETTIOL, 224.

¹⁷² BETTIOL, *Problemas modernos de la culpabilidad*, conferencia inédita pronunciada en la Universidad del Salvador (Bs. As.), el 22 de abril de 1980.

¹⁷³ MANTOVANI, FERRANDO, p. 729.

¹⁷⁴ RODRÍGUEZ DEVESEA, 353.

¹⁷⁵ DEL ROSAL, II, 267.

credibilidad¹⁷⁶, en tanto que otros autores no las mencionan¹⁷⁷, mientras que otros reconocen que son violatorias del principio de culpabilidad¹⁷⁸.

La ubicación de estas supuestas condiciones objetivas de la punibilidad es un problema harto dudoso, pues mientras unos pretenden que forman parte del tipo pero que no son alcanzadas por el dolo ni por la culpa, es decir, por ningún conocimiento (ni real ni potencial), otros convienen en que no las alcanza el conocimiento, pero las dejan navegando en una zona neutra, fuera del tipo y del delito, siendo esta última la tesis que prevalece actualmente. Lo cierto es que cualquiera fuese la posición que se les asigne, como se conviene en que no necesitan ser abarcadas por el conocimiento, la voluntad ni la previsibilidad, representan una severa restricción al principio de culpabilidad en la forma en que implica que todo evento del que dependa la punición debe ser alcanzado por el dolo o por la culpa.

La circunstancia de que representen un ataque al principio de culpabilidad ha determinado que muchas hipótesis de responsabilidad objetiva se canalizasen por esa vía y, prácticamente, puede afirmarse que es el *último reducto dogmático de la responsabilidad objetiva*. Dadas estas características, otro sector doctrinario niega la existencia de condiciones objetivas de punibilidad. Creemos que es la tesis correcta, particularmente si tenemos en cuenta que esa ubicación de "nexo al tipo" que no necesita de la tipicidad subjetiva correspondiente, es abiertamente la confesión de que con ellas se postula la restauración de la responsabilidad objetiva.

Los propios defensores de la existencia de estas condiciones objetivas reconocen que eventualmente son usadas para penar sin culpabilidad¹⁷⁹. Rittler afirma, pese a defender su existencia, que bajo ciertas condiciones la conducta misma puede ser tomada como una condición objetiva, reconociendo que éstas lesionan al principio de culpabilidad y sugiriendo una interpretación restrictiva, como consecuencia de su carácter excepcional¹⁸⁰.

Kaufmann destaca que su ubicación sistemática es imperfecta¹⁸¹ y Bemmann y Bockelmann proclamaron directamente su inexistencia.

¹⁷⁶ PEÑA CABRERA, RAÚL, *Derecho Penal Peruano*, Lima, 1981, p. 244.

¹⁷⁷ Así, MUÑOZ, R., *Guerra de Villalaz*, op. cit.

¹⁷⁸ Así, FRAGOSO, *Lições*, p. 233.

¹⁷⁹ STREE, WALTER, *Objektive Bedingungen der Strafbarkeit*, en *JuS*, 1965, pp. 465 a 474.

¹⁸⁰ RITTLER, TH., op. cit., p. 364.

¹⁸¹ KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 213.

Bemmann parte del análisis de los diferentes supuestos particulares que se consideraron como condiciones objetivas de punibilidad y concluye que cuando su naturaleza jurídica se estudia con mayor profundidad, resultan presentando una naturaleza distinta. Se pregunta luego si es posible la existencia de las mismas, y concluye en que, de serlo, éstas deberían ubicarse en una posición que se hallaría entre el delito y el ámbito correspondiente al derecho procesal. La prueba de la existencia de un "lugar" o "espacio" teórico así ubicado, estaría garantizada por la existencia de las causas personales de exclusión de la punibilidad, que allí se ubican. Para Bemmann no está probado en modo alguno que exista este espacio, puesto que también comparte el criterio de Sauer, de que las causas personales de exclusión de pena son causas de justificación, de inculpabilidad o impedientes de la procedibilidad. Partiendo de esta base, niega rotundamente cualquier posibilidad de solución de continuidad entre el delito y su consecuencia y los requisitos de procedibilidad. La base fundamental de la negación de la existencia de las condiciones objetivas es la negación de cualquier causa que excluya la mera punibilidad en sentido estricto¹⁸².

El criterio seguido por Bockelmann para negar la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad es diferente, puesto que parte de la consideración de que sólo admitiendo que haya características del hecho que no necesiten ser abarcadas por el dolo se podrá admitir la existencia de esas condiciones. Considera que en las estructuras dogmáticas generales no se admite ninguna circunstancia que funde la punibilidad sin que sea abarcada por el dolo, puesto que el principio de que no hay pena sin culpabilidad no admite excepciones. En las causas personales de exclusión de pena, Bockelmann afirma que no hay afectaciones al principio de culpabilidad, puesto que se trata de una categoría artificialmente creada por el legislador que para nada afecta los caracteres del delito, es decir, que no está vinculada a caracteres del "hecho", como acontece con las condiciones llamadas "objetivas"¹⁸³.

En nuestra doctrina nacional tampoco gozan de general aceptación, pues mientras que Nuñez no las toma en cuenta¹⁸⁴, Fontán Balestra afirma que no las hay en nuestro derecho¹⁸⁵.

Nada hay que afecte al principio de culpabilidad cuando se hace funcionar una circunstancia personal del autor en la teoría de la coerción penal, de modo que impida la operatividad de la misma. En lugar, no sucede lo mismo cuando se trata de circunstancias que no son del autor, sino que pertenecen al hecho mismo.

¹⁸² BEMMANN, GÜNTER, op. cit., pp. 52-56.

¹⁸³ BOCKELMANN, PAUL, en "Niederschritten über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission", t. 5º, "Allgemeine Frage zum Besonderer Teil", Bonn, 1958, pp. 84-87.

¹⁸⁴ NÚÑEZ, *Manual*, 241; TERÁN LOMAS (II, 76) les asigna un ámbito muy limitado.

¹⁸⁵ FONTÁN BALESTRA, I, 348; en Chile las niegran NOVOA MONREAL, I, 321; CURY URZÚA, op. cit.; en Colombia, ALFONSO REYES, op. cit.

En estos casos, las condiciones “objetivas” son, obviamente, características típicas que, mediante este recurso, se pretende que no tienen que tener correspondencia en la tipicidad subjetiva. *La disyuntiva es total: o se acepta el principio de culpabilidad o se rechaza la existencia de condiciones “objetivas” de punibilidad.*

Se ha argumentado que la afirmación de la existencia de estas condiciones no es una confrontación con la teoría del tipo ni se puede partir del rechazo de la responsabilidad objetiva¹⁸⁶, pero esto no es otra cosa que el rechazo del principio de culpabilidad.

Desde otro punto de vista se ha defendido la existencia de estas condiciones, afirmando que en modo alguno chocan contra el principio de culpabilidad cuando en lugar de fundar la punibilidad, cumplen una función limitativa de la misma, es decir, que no dan lugar a una ampliación de la aplicación de la pena, sino a una restricción de la punibilidad¹⁸⁷. El argumento creemos que carece de consistencia, y lo veremos a la luz de los casos que se pretenden configuradores de esta categoría.

En nuestra legislación puede ponerse en duda la naturaleza jurídica de ciertos recaudos legales, lo que ha dado lugar a que se los considere o quiera considerar como condiciones objetivas de punibilidad. Así, Jiménez de Asúa, que fue quien con mayor ahinco ha defendido la existencia de estas condiciones en el código argentino, incluye un largo enlistado de supuestos¹⁸⁸. En ellos se inserta el divorcio como requisito para perseguir el adulterio (art. 74), que para nosotros —y la mayoría de la doctrina alemana¹⁸⁹— es una cuestión procesal; la declaración de quiebra, especialmente en el art. 177, que para nosotros es un elemento del tipo objetivo; el “escándalo” en ciertas contravenciones, que para nosotros es un claro elemento del tipo objetivo, etc.

Con estos ejemplos nos podemos percatar de lo siguiente: la existencia de estas “condiciones” no es necesaria en modo alguno para explicar dogmáticamente qué es el requerimiento del divorcio previo para accionar por adulterio. En cuanto a los dos casos restantes, no puede pretenderse que la condición “límite” la punibilidad, pues es evidente que la funda. En las contravenciones de “prostitución escandalosa”, por ejemplo, lo que funda la punición es el escándalo y no la prostitución, que en nuestra legislación es impune; en la quiebra “culposa”, por ejemplo, no son los gastos desproporcionados los que fundan la punibilidad, pues

¹⁸⁶ Así, RAMACCI, FEBRIZIO, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 1971, p. 152.

¹⁸⁷ Tales los argumentos de SCHAAD, PIERLUIGI, op. cit., p. 102; SCHMID-HÄUSER, EBERHARD, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen*, en ZStW, 1959, (71), pp. 545 a 564 (561); STRATENWERTH, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuches* 1959, en ZStW, 1959, (71), pp. 565-578; SCHWALM, GEORG, *Gibt es objektive Strafbarkeitsbedingungen?* en MDR, 1959, p. 906.

¹⁸⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, VII, 56 y ss.

¹⁸⁹ Correspondía al parág. 172 del StGB, derogado por la primera ley de reformas del 25 de junio de 1969.

sería inconcebible, sino esos gastos cuando causan un quebranto dada su entidad. En cuanto al reclamo en el libramiento de cheques sin provisión de fondos, es mucho más que dudoso que sea una condición objetiva de punibilidad, particularmente si se considera que en el caso media una tipicidad omisiva. Esto basta para demostrar que el argumento de que estas supuestas condiciones no chocan con el principio de culpabilidad cuando se emplean para limitar la pena no es válido, pues del análisis de los casos particulares surge que se tratan bajo esta denominación cuestiones procesales o verdaderos requisitos que fundamentan el injusto y, por consiguiente, la punibilidad.

Como conclusión, entendemos que *dentro de un derecho penal de culpabilidad no puede aceptarse que haya condiciones "objetivas" de punibilidad, porque implicaría admitir el reproche de lo que no está abarcado por la tipicidad subjetiva, es decir, reprochar lo atípico y prohibir lo que no se conoció por el autor y que ni siquiera tuvo la posibilidad de prever.*

III. — LAS CONDICIONES PROCESALES DE OPERATIVIDAD DE LA COERCIÓN PENAL

590. Respecto de ciertos delitos. Hemos adelantado que la operatividad de la coerción penal no sólo se ve obstaculizada por circunstancias materiales o penales, sino que frecuentemente son también condiciones procesales las que pueden circunstanciar la misma. La punibilidad, entendida como merecimiento o dignidad de pena, es una característica inherente a la presencia del delito, en tanto que la punibilidad, como operatividad de la coerción merecida, es una cuestión que tiene lugar dentro de la misma teoría de la coerción penal, o bien, en el ámbito procesal penal.

En esta última categoría se halla el mismo proceso penal, con todas sus implicancias y regulaciones. Queda descontado que su estudio no corresponde a nuestra disciplina, sino al derecho procesal penal, pero el código penal contiene algunas disposiciones procesales, cuya inclusión tiene por objeto no lesionar el principio de igualdad ante la ley¹⁹⁰. En homenaje a nuestra tradición en la literatura penal y a que esas disposiciones se hallan en el código penal, nos ocuparemos brevemente de ellas, aunque no sin advertir que su adecuado tratamiento corresponde a extraña disciplina.

¹⁹⁰ S. *Supra*, 536.

La ubicación de estos temas dentro de nuestra disciplina llevó a considerar la acción procesal como cuestión de derecho de fondo. Nuestra doctrina nacional, en general, así lo entiende¹⁹¹. La explicación de Moreno resulta bastante contradictoria: "La acción es siempre consecuencia de una lesión. Esa lesión crea y afirma el derecho y éste da nacimiento a la acción"¹⁹². De ser así, no cabe duda de que la acción es algo procesal. Si bien la tesis que quiere sostener la "penalización" de la acción pretende valerse de la distinción entre "acción" y "pretensión"¹⁹³, no cabe duda que las disposiciones penales de los arts. 71 a 76 CP no regulan la "pretensión", sin contar con que el concepto de "pretensión" es una traducción de la "Anspruch" alemana, que "cada autor que lo usa debe apresurarse a indicar el sentido en que lo hace"¹⁹⁴. Los procesalistas no parecen dudar mucho acerca del carácter procesal del problema¹⁹⁵, como que es quizá el núcleo problemático más importante de la ciencia jurídica procesal¹⁹⁶. La pretensión penal de escindir el problema de la acción procesal y considerar una parte del mismo en el derecho sustancial, proviene de la búsqueda de una explicación constitucional a los arts. 71 a 76 del CP frente al inc. 11 del art. 67 de la CN¹⁹⁷, lo que, como hemos visto, se soluciona acudiendo a los requerimientos del art. 16 CN, sin afectar la línea divisoria entre dos disciplinas científicas. "Toda previsión que sobre la acción se encuentra en la ley de fondo, sigue, no obstante, siendo de carácter propio exclusivo procesal"¹⁹⁸. En la doctrina alemana son considerados presupuestos de naturaleza procesal, que se hallan en la ley penal sólo por su estrecha relación con el derecho penal material¹⁹⁹.

a) Hay delitos cuya persecución procesal se encuentra sometida a ciertas condiciones, que configuran especiales requisitos de perseguibilidad. Tal es, por ejemplo, la sentencia de divorcio previa por causa de adulterio en la acción por tal delito (art. 74 CP). Las cuestiones de inmunidad son también requisitos extraordinarios de procedibilidad respecto de los delitos cometidos por personas que desempeñan determinadas funciones en el Estado y que están sometidas a una suerte de "ante-juicio" o "desafuero"²⁰⁰.

¹⁹¹ Así, SOLER, II, 443; NÚÑEZ, II, 128; NÚÑEZ, *Manual*, 235; FONTÁN BALESTRA, III, 441 (otra opinión en *Manual*, 603).

¹⁹² MORENO (h), RODOLFO, op. cit., III, 232.

¹⁹³ Sobre ellos, ALCALÁ ZAMORA-LEVENE (h), op. cit., II, p. 60.

¹⁹⁴ Cfr. REDENTI, cit. por SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *Estudios de Derecho Procesal*, Bs. As., 1967, p. 131.

¹⁹⁵ Cfr. LEVENE (h), *Manual*, 1967, 109; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, Bs. As., 1969, 271 y ss.; CLARÍA OLMEDO, I, 299-300; etc.

¹⁹⁶ Sobre la trascendencia del problema de la acción en el campo procesal, LAZCANO, DAVID, en prólogo a MERCADER, AMÍLCAR A., *La acción*, Bs. As., 1944.

¹⁹⁷ DE LA RÚA, 867.

¹⁹⁸ ARGIBAY MOLINA, II, 398.

¹⁹⁹ Cfr. JESCHECK, 663; SCHMIDHÄUSER, 392.

²⁰⁰ Cfr. *Supra*, § 102.

Estos requisitos de procedibilidad no deben confundirse con las "cuestiones prejudiciales" de que habla el art. 1104 del C. Civil. Las cuestiones prejudiciales impiden la condena, en tanto que los requisitos especiales de procedibilidad o perseguibilidad impiden la acción²⁰¹. Una sentencia dictada sin resolver la "cuestión prejudicial" sería nula, pero el proceso hasta antes de la sentencia que se dictase en virtud de una acción procesal que no haya satisfecho un requisito de procedibilidad caería junto con todo el proceso. De las "cuestiones prejudiciales" se ocupaba el proyecto de 1891, que pretendía derogar el art. 1104 del código civil, disponiendo: "La acción criminal no depende en ningún caso de acciones prejudiciales. Las cuestiones civiles propuestas con motivo del hecho punible serán resueltas en el mismo proceso, al sólo efecto de la condenación o absolución del acusado" (art. 94). El art. 1104 del código civil dice: "Si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en el juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiere pasado en autoridad de cosa juzgada". Agrega: "Las cuestiones prejudiciales serán únicamente las siguientes: 1º) Las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios; 2º) Las que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes". No obstante la limitación legal, dice acertadamente Oderigo que la existencia de las cuestiones prejudiciales no depende de la voluntad del legislador: "cuando un procesado por hurto se defiende aduciendo que no ha cometido el delito porque se apoderó de su propia cosa, cuando un procesado por apropiación indebida sostiene la inexistencia del delito afirmando que la cosa no le había sido entregada por título que produzca obligación de entregar o devolver, sino en propiedad, cuando, en cualquier caso, sostiene que el delito que se le imputa no se encuentra configurado en razón de la existencia de una vinculación de derecho extra-penal que excluye uno de los elementos de la figura que se dice integrada, está planteando una cuestión prejudicial, tanto como el acusado de bigamia que sostiene la inexistencia de este delito en virtud de ser nulo el matrimonio antecedente que constituiría el impedimento de ligamen"²⁰².

β) Aparte de las antedichas condiciones especiales de procedibilidad, el código penal se ocupa de otras en el Título XI, bajo el rubro "Del ejercicio de las acciones".

El proyecto de 1891 fue el que reunió en un único título "Las disposiciones dispersas en el código actual sobre el ejercicio de las acciones penales, consultando el buen orden en la redacción de la ley"²⁰³. El art. 87 del referido texto disponía que "pueden iniciarse de oficio todas las acciones penales, excepto las que nacen de los siguientes delitos...". El art. 88 comenzaba diciendo que "los delitos mencionados en las excep-

²⁰¹ Cfr. SOLER, II, 448.

²⁰² ODERIGO, MARIO A., *Prejudicialidad civil en el proceso penal*, Bs. As., 1945, p. 23.

²⁰³ Proyecto, 1891, p. 102.

ciones del artículo anterior sólo podrán ser perseguidos por acusación o denuncia del agraviado o de sus representantes legales o guardadores". Como puede observarse, no distinguía más que acciones públicas u otras que abarcaban las que nosotros llamamos privadas y dependientes de instancia privada. Una configuración similar a la actual aparece en el proyecto de 1906 (arts. 75, 76 y 77), pese a que el art. 76 conserva la dualidad "acusación o denuncia". La redacción actual se plasma finalmente en el proyecto de 1917 (arts. 71 y 76), que incluía un art. 77 sobre delitos contra la libertad política, que fue suprimido en el código de 1921.

En cuanto a la legislación proyectada con posterioridad, el proyecto de 1937 mantuvo la división entre acciones públicas, privadas y dependientes de instancia privada (arts. 99 a 102). El proyecto de 1941, siguiendo un criterio opuesto al de 1891, devolvía el problema a la parte especial. El proyecto de 1951 —y también el de 1953— dividía a las acciones en públicas y privadas, siendo las acciones dependientes de instancia privada una subdivisión de las públicas (arts. 109 a 120). Los proyectos de 1960 (arts. 93 a 96) y de 1974-1975 (arts. 53 a 57) mantenían la clasificación tripartita vigente.

El principio general acerca de la acción penal es su *oficialidad y su publicidad*.

La acción penal es, por principio, de carácter público, esto es, ejercitada por un órgano público. Este órgano público tiene el deber de llevarla adelante, sin que pueda alegar motivos de oportunidad o conveniencia para no hacerlo. En ello consiste el principio de "oficialidad", opuesto al de "oportunidad", en que el órgano puede dejar de promover la acción por razones de oportunidad. Esto no significa que, conforme con el principio de oficialidad, el órgano público deba promover y llevar adelante la acción en todas las instancias, sino que tiene una "discrecionalidad técnica" para hacerlo²⁰⁴ (la que le permite no hacerlo cuando no haya fundamento suficiente), careciendo de "discrecionalidad política", que es la que tendría con el principio de "oportunidad", que tendría dudosa vigencia limitada para oficiales generales en el ámbito penal militar.

Llamamos "acción pública" a la que se promueve de oficio, pues no nos parece correcto afirmar que toda acción penal es pública porque "todo lo concerniente a la acción penal corresponde al ámbito del derecho público, ya que el fundamento de ella escapa al campo de las relaciones de índole privada"²⁰⁵. La distinción entre "naturaleza pública" y "ejercicio público" nos parece confusa, porque en el sentido en que Nuñez se expresa,

²⁰⁴ Cfr. LEVENE (h), *Manual*, 111.

²⁰⁵ NÚÑEZ, RICARDO C., *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*, Bs. As., 1948, p. 18; igual, II, 128.

también la acción civil sería “pública” y todo el derecho procesal es derecho público.

El principio general de publicidad de la acción procesal penal se encuentra consagrado en el art. 71 del CP y nada obsta a que los códigos procesales autoricen la intervención de un “particular” o “querellante” al lado del órgano público. Acerca de esta cuestión no se pronuncia el CP, quedando reservada a la legislación procesal²⁰⁶.

Si bien la mayor parte de la doctrina coincide en admitir esta solución, Jofré hizo otra interpretación, según la cual se habría “propuesto suprimir la intervención del particular en la represión del delito”²⁰⁷, criterio que aún más contundentemente sostiene Nuñez²⁰⁸. Creemos que el código sólo se limita a establecer que la acción procesal no puede “iniciarse” por el particular o querellante.

El art. 71 CP exceptúa del general principio de publicidad a las acciones dependientes de instancia privada y a las acciones privadas.

Las *acciones dependientes de instancia privada* son acciones procesales públicas que se hallan sometidas a la condición de denuncia formulada por el agraviado o su representante. La coerción penal por los delitos de violación, estupro, rapto y abuso deshonesto queda sometida a esta condición para su operatividad, “cuando no resultase la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el art. 91” (art. 72 inc. 1º).

En su redacción actual, este dispositivo legal permite individualizar correctamente los delitos cuya acción depende de la instancia privada. No sucedía lo mismo en la redacción original del código del 1921, que en lugar de “abuso deshonesto” se refería a “ultrajes al pudor”, abarcando así los delitos de los arts. 128 y 129. La cuestión provenía de que esos artículos habían sido tomados del Libro sobre las faltas del proyecto de 1891 cuando el proyecto de 1906 suprimió arbitrariamente ese Libro. Fue así como bajo el rubro de “ultrajes al pudor” el mencionado proyecto incluyó los “escritos e imágenes obscenas” (art. 133) y las “exhibiciones y palabras obscenas” (art. 134), sin percatarse de que los incluía al mismo tiempo entre los delitos cuya acción dependía de la instancia privada, error en el que perseveró el código de 1921.

²⁰⁶ Cfr. SOLER, II, 445; FONTÁN BALESTRA, III, 443.

²⁰⁷ JOFRÉ, TOMÁS, *El Código Penal de 1922*, p. 149.

²⁰⁸ NÚÑEZ, II, 130, nota 11.

Lo cierto es que había querido abarcar en esta disposición al abuso deshonesto, pero, por un error legislativo, habían quedado abarcados los delitos de los arts. 128 y 129. Este error fue corregido por la ley 17.567, cuya exposición de motivos no decía nada al respecto, pero el texto primitivo recuperó vigencia con la ley 20.509, volviendo a corregirse el error conforme con el criterio del antecedente legislativo de 1891 con la ley 21.338.

Según el inc. 2º del art. 72, también quedan sometidas a la instancia privada las acciones por lesiones leves, “sean dolosas o culposas”. “Sin embargo —agrega el mismo inciso—, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público”. Conforme con el inc. 3º del art. 72 también es de instancia privada la acción por el delito de violación de domicilio del art. 150 y, conforme con el inc. 4º, la insolvencia fraudulenta del art. 179 segundo párrafo. Conforme con el art. 75 la acción es dependiente de instancia privada también en los delitos de calumnias o injurias cometidas contra un funcionario o empleado público o miembro de fuerzas armadas o de seguridad, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas, o contra esas personas designadas colectivamente, siempre que “la acción sea promovida por orden de un superior jerárquico o por el titular de la máxima jerarquía del respectivo poder”.

La acción dependiente de instancia privada reconocía, en la formulación original de nuestro código, un único fundamento y explicación: el *strepitus fori* que puede causar el proceso y que es susceptible de agravar la lesión sufrida por la víctima. Creemos que esa razón puede esgrimirse para la violación, el rapto, el abuso deshonesto, el estupro y la violación de domicilio. Respecto de algunos de estos delitos también creemos que puede valer otro argumento, al margen del *strepitus fori*, que es la eventual posibilidad de daño moral que puede sufrir la víctima con la renovación de sus vivencias desgraciadas. El derecho penal no puede pasar por alto estas consideraciones, sin tomar en cuenta la posibilidad de daño al sujeto pasivo. Toda vez que nuestro derecho penal no se impone irracionalmente —esto es, como orden por el orden mismo—, sino como medio de proveer a la seguridad de la coexistencia, no puede afectar a la existencia que pretende tutelar, invocando consideraciones abstractas.

Respecto de este fundamento, dijo acertadamente Herrera que “se trata de delitos graves que pueden afectar hondamente a la sociedad y de

criminales peligrosos, y, de consiguiente. ésta tiene interés en perseguirlos, pero como el interés privado, en tales casos, es superior al de la sociedad y el escándalo de la publicidad puede afectar considerablemente la moral pública y la tranquilidad y bienestar de las familias, la ley debe conceder al damnificado el derecho de impedir que la acción pública sea ejercitada. Pero una vez que esta consideración desaparece y que la publicidad y el escándalo se han producido por la denuncia o acusación del agraviado, la sociedad ya no tiene interés en desentenderse del proceso y, por el contrario, todo le exige perseguir al delincuente"²⁰⁹.

No obstante, estos argumentos tradicionales no pueden esgrimirse en el texto actual como único fundamento, puesto que la introducción de las lesiones leves "dolosas y culposas", de la insolencia fraudulenta y de las injurias y calumnias denunciadas por el superior jerárquico no puede menos que responder a consideraciones prácticas que alteran la unidad de la acción dependiente de instancia privada. Estos delitos fueron incorporados al art. 72 por la ley 21.338, que restableció el texto incorporado por la ley 17.567, que había sido derogado por la ley 20.509²¹⁰.

Es evidente que en casos tales como las lesiones no se consulta otro interés que el del damnificado, lo que pone de manifiesto por ser pública la acción cuando hay interés o seguridad públicos²¹¹. Es difícil afirmar cuándo hay interés público o cuándo está comprometida la seguridad pública, lo que siembra un buen margen de inseguridad, por no decir que es una reducida aplicación del principio de oportunidad, cuya constitucionalidad es discutible. Se ha considerado que se encuentra comprometida la seguridad pública en lesiones producidas por conducción temeraria o en las que causa una "patota", y que hay un interés público cuando la víctima ejerce una autoridad²¹². Cabe entender que si en el curso de un proceso que se ha iniciado de oficio, se comprueba que no hay interés o seguridad públicos comprometidos, se impone el inmediato sobreseimiento²¹³.

Cabe aclarar que el inc. 2° del art. 72 tiene el inconveniente de crear una figura nueva, que se desprende de dos tipos: las lesiones leves culposas, que hay que construir apelando a los arts. 94, 90 y 91. Por otra parte, las lesiones leves que individualiza, toda vez que no distingue, siendo dolosas pueden ser tanto simples como calificadas.

En el caso de la insolencia fraudulenta, también es evidente que se toma en cuenta el interés del particular. Tanto en este caso como en el de las lesiones, la disposición también responde a un interés por descargar a la justicia de tareas, aunque no creemos que sea el procedimiento

²⁰⁹ HERRERA, JULIO, p. 606.

²¹⁰ La ley 17.567 incluía también las amenazas.

²¹¹ Cfr. NÚÑEZ, 246.

²¹² V. NÚÑEZ, loc. cit.; DE LA RÚA, 876.

²¹³ Cfr. DE LA RÚA, loc. cit.

indicado. En la violación de domicilio creemos que aún puede tener vigencia el fundamento en el *strepitus fori*, puesto que un proceso por ese delito puede importar que la víctima, como testigo, se encuentre precisada a afectar aún más su ámbito de intimidad. En el caso de las injurias y calumnias denunciadas por el superior jerárquico, la razón no puede ser otra que la de descargar a la administración, que se confunde el honor de las personas con la autoridad del Estado.

El art. 72 CP dispone que en los supuestos de acción dependiente de instancia privada "no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representantes legales". El orden en que pueden actuar estas personas autorizadas a denunciar no está reglado por el CP, pudiendo, por ende, establecerlo las leyes procesales²¹⁴. A falta de regulación procesal, entendemos como regla general, que cuando el agraviado (o sea, el titular del bien jurídico afectado)²¹⁵ es capaz de hecho y de derecho y está presente, la falta de denuncia del mismo impide que otro le supla. En caso contrario, serán sus representantes legales quienes pueden promover la acción, pero esto corresponde precisarlo respecto de cada delito, puesto que la presencia y capacidad del padre o tutor también excluirá la del mero guardador. La ausencia del padre, hará que la madre pueda formular la denuncia, a título de guardadora, particularmente teniendo en cuenta también que el CP se refiere a "padres" en plural.

En cuanto a la forma de la denuncia, la misma no se halla rodeada de requisitos especiales, bastando que sea indubitada y expresa, sea que se formule ante la autoridad judicial o la administrativa (basta la denuncia policial). En los casos en que la ley procesal admite al querellante particular, la querrela implica la denuncia.

La acción procesal sólo puede ponerse en movimiento respecto de los hechos denunciados y no de otros (divisibilidad real). Así, quien denuncia un rapto y omite denunciar la violación posterior, no pone en movimiento la acción respecto de esta última²¹⁶. En cuanto a la calificación legal que se dé al hecho al denunciarlo, la misma es irrelevante, pudiendo cambiarla el tribunal, siempre

²¹⁴ Cfr. SOLER, II, 448; NÚÑEZ, 237.

²¹⁵ Cfr. CREUS, 167.

²¹⁶ Cfr. SOLER, II, 447.

que se trate efectivamente de los mismos hechos acerca de los que medió denuncia.

Cuando el denunciante pone en conocimiento de la autoridad hechos acerca de los cuales erró su calificación, como si denunciase un hecho que configura estupro y es violación, creemos que ello es totalmente indiferente. Distinto es el problema que se plantea cuando en el curso de la causa surgen circunstancias que configuran una tipicidad diferente. En el caso de los delitos contra la honestidad, por ejemplo, creemos que no puede seguirse la acción de oficio si no hay una cierta equivalencia ética entre el hecho que se descubre y el que se denuncia. Habiendo una equivalencia ética, el *strepitus fori* es el mismo y, por consiguiente, no hay razón para que la acción se detenga. No sólo tendrá lugar este fenómeno cuando haya una equivalencia ética, sino también cuando el delito que se descubre es de inferior significado ético que el denunciado: quien denuncia una violación, que en el curso de la investigación resulta ser un estupro, no puede verse perjudicado, porque hay un mayor *strepitus fori* por el delito denunciado que por el que resulta.

La acción se promueve respecto del hecho denunciado, removiendo así el impedimento procesal para la operatividad de la coerción penal. Removido este impedimento, la acción procesal avanza respecto de todos los coautores y partícipes, sin que el denunciante pueda excluir a ninguno de ellos²¹⁷. De allí que se afirme con razón que las acciones dependientes de instancia privada son realmente divisibles y personalmente indivisibles.

Una duda puede plantearse cuando se trate de un concurso ideal entre la tipicidad de un delito de acción pública y la de otro de instancia privada no denunciado o de acción privada por el que no se querrela. Creemos que la acción debe avanzar por el título del delito de acción pública únicamente, sin que interese si es el conminado con pena mayor, puesto que en el concurso ideal "la prevalencia es de pena y no de delito, por la sencilla razón de que no hay un concurso de delitos, de los que uno tome el puesto del otro, sino que se trata de un solo delito, que tiene únicamente dos títulos diferentes"²¹⁸.

Cuando la denuncia no ha sido hecha por persona indicada conforme con el art. 72 o la acción se haya promovido de oficio, la nulidad de lo actuado se impone. No obstante, la misma no im-

²¹⁷ Cfr. SOLER, loc. cit.

²¹⁸ IMPALLOMENEI, *Istituzioni di Diritto Penale*, Torino, 1921, p. 451.

pide a las personas indicadas en el art. 72 CP la promoción de la acción ²¹⁹, puesto que no se afecta el *non bis in idem*.

No todos los supuestos de acciones por violación, estupro, raptó y abuso deshonesto quedan sometidos a la condición de denuncia para la operatividad de la coerción penal. Los casos en que tales delitos dan lugar a la acción pública quedan exceptuados por expresa disposición del mismo art. 72 CP, que establece que la acción será pública cuando resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones gravísimas (art. 91 CP). La entidad del injusto, en tales casos, hace que la seguridad de la coexistencia no pueda ceder en consideración a la memoria de la víctima o al daño moral para la persona que sufre una lesión de tal magnitud.

Cabe aclarar que no cualquier lesión grave que se cometa con ocasión de uno de estos delitos queda sometida a la condición de la denuncia del hecho, sino sólo las que "resultaren" del hecho mismo, es decir, de la violencia requerida para vencer la resistencia, del hecho del acceso carnal, etc. Las lesiones graves que proviniesen, por ejemplo, de una actitud sádica del autor, no necesaria para consumar el delito ni normalmente admisible para su agotamiento, no están sometidas al requisito procesal de la denuncia.

Da la sensación de que esta previsión no se refiere al abuso deshonesto, pero en realidad también lo abarca, especialmente si tenemos en cuenta que este delito requiere el empleo de los mismos medios que la violación.

El último párrafo del art. 72 prevé lo siguiente: "Sin embargo, se procederá de oficio cuando un menor o incapaz no tenga representante o se encuentre abandonado o cuando existan intereses contrapuestos entre el incapaz y su representante". La carencia de representante es el género, del cual el abandono es sólo una de sus formas posibles, de modo que la primera hipótesis en que la acción es pública puede sintetizarse en la "carencia de representantes". La segunda hipótesis se refiere a la oposición de intereses entre el menor o incapaz y el propio representante. Debe entenderse que la contraposición se refiere únicamente a intereses que emergen del propio hecho, pero no así cuando se trate de otra clase de intereses ²²⁰.

²¹⁹ *Idem*, 448.

²²⁰ Cfr. DE LA RÚA, 875.

Este texto fue establecido por la ley 17.567 en reemplazo del texto original del código. Fue derogado por la ley 20.509 y fue puesto en vigencia nuevamente por la ley 21.338. El texto original del código decía: "Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador". La exposición de motivos de esa reforma —por demás escueta— no dice nada a este respecto. De cualquier manera, creemos que es oportuno, puesto que incluye al incapaz y hace pública la acción no sólo cuando el representante es el autor, sino cuando hay una contraposición de intereses, como suele suceder en los casos en que el autor es, por ejemplo, el concubino de la madre.

En los casos en que el requisito de la denuncia se exige en razón del eventual perjuicio a la víctima como consecuencia de la renovación de vivencias dolorosas en el proceso o del *strepitus fori*, tratándose de incapaces, se plantea una duda que creemos que ha sido correctamente resuelta por la jurisprudencia brasileña y actualmente consagrada en forma expresa en la legislación de ese país. Se trata del supuesto en que el sujeto pasivo menor contrae matrimonio con un tercero y adquiere capacidad, después que su representante legal había hecho la denuncia y antes de la sentencia²²¹. Creemos que en cualquier caso en que el incapaz deja de ser tal en el curso del proceso y siempre que no haya tomado parte en actos procesales o manifestado de cualquier modo su interés en que la causa continúe, tiene derecho a solicitar la paralización de la misma. Si bien esta solución no está contemplada en la ley —como no lo estaba en Brasil cuando la jurisprudencia exigió su expresa ratificación—, creemos que es un derecho del sujeto pasivo que no puede serle negado, pues el perjuicio no sólo puede provenir para él de la denuncia, sino también de todo lo que ocurra en el curso del proceso.

γ) Hay otro grupo de delitos en que si bien hay —como en cualquier delito— un interés público en que sean reprimidos, este interés se ajusta al interés del damnificado expresado en forma sostenida a lo largo del proceso, en razón de que afectan una esfera íntima de bienes jurídicos, respecto de la que no se considera suficiente que el damnificado manifieste su voluntad de poner en

²²¹ Cfr. SILVA FRANCO-BETANHO-FELTRIN, *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, t. II, São Paulo, 1979, p. 257; CADILHE ABILHOA, DARTAGNAN, *O casamento da ofendida com terceiro como causa extintiva da punibilidade*, en "M.P.", Paraná, 1980, n° 9, pp. 247-259.

movimiento la acción, sino que debe llevarla adelante, como expresión de una permanencia en ese propósito.

Los delitos cuya perseguibilidad queda sometida a querrela se enumeran en el art. 73 y son: adulterio, calumnias e injurias, violación de secretos (salvo los cometidos por empleados de correos y telégrafos, art. 154, o por funcionarios públicos, art. 157); concurrencia desleal, e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge. Este último delito fue agregado, como inc. 5º del artículo 73, por la ley 13.944. En cuanto a la excepción del art. 157 fue establecida por la ley 16.648.

En estos casos el requisito es la querrela, cuya regulación corresponde a la ley procesal. Pese a que el art. 76 dispone que "en los demás casos del artículo 73, se procederá únicamente por querrela o denuncia del agraviado o de sus representantes legales", la expresión "denuncia" no puede entenderse en sentido técnico procesal, puesto que eliminaría cualquier diferencia entre las acciones privadas y las dependientes de instancia privada. Sólo puede entenderse que el citado artículo dice "querrela o similares", con el objeto de no restringir el ámbito de regulación de los códigos procesales.

El origen de esta disposición es el primer párrafo del art. 88 del proyecto de 1891 que, como hemos dicho, se limitaba a distinguir las acciones públicas de las que no lo eran, pero no hacía distinción entre acciones privadas y dependientes de instancia privada. El error lo cometió el art. 80 del proyecto de 1906, que al adoptar la clasificación tripartita de las acciones penales, dejó en su redacción —referida únicamente a las acciones privadas— las palabras "o denuncia". Pese a la correcta crítica de Julio Herrera²²², el proyecto conservó este artículo con esa redacción, con la que fue sancionado y aún permanece. La interpretación que le damos es la única posible, pues de lo contrario caería la tripartición de las acciones penales.

El estudio particularizado de las condiciones de la acción privada para cada delito es problema que corresponde a la parte especial.

591. Ausencia de impedimentos de perseguibilidad. La perseguibilidad del delito puede verse impedida por varias causas, de las que se ocupa el CP.

a) Habíamos visto que la *muerte* puede operar como una causa personal de cancelación de la pena. Nuestro CP se ocupa de

²²² V. HERRERA, JULIO, p. 606.

la muerte del imputado en su art. 59 inc. 1º como “causa de extinción de la acción penal”, que opera como un impedimento de perseguibilidad procesal del hecho limitado a la persona del muerto. Su inclusión expresa es obvia y no creemos en la necesidad de la misma, ni siquiera para esclarecer los efectos de la pena de multa conminada, puesto que, siempre que se trate de una multa penal²²³, el principio de personalidad de la pena impone la solución que la ley consagra²²⁴.

Tampoco puede perseguirse el delito cuando ha mediado *renuncia del agraviado* en los casos de acción privada. El inc. 4º del art. 59 dispone que la acción penal se extingue “por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada”. El art. 60 aclara que “la renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal, sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos”.

Las citadas disposiciones se originan en los arts. 95 inc. 4º y 96 del proyecto de 1891, que pasaron al art. 63 inc. 4º y 64 del proyecto de 1906, igual al de 1916 y 59 inc. 4º y 60 del proyecto de 1917.

En cuanto a la legislación proyectada con posterioridad, conservan las mismas disposiciones los proyectos de 1937 (arts. 103 inc. 4º y 104) y de 1941 (art. 90 inc. 3º), aunque el último extiende los efectos de la renuncia a las acciones dependientes de instancia privada —lo que es criticable— y preveía una renuncia tácita, que en el fondo es un plazo para ejercer la acción, cuando el agraviado no la promoviese dentro de los tres meses de tomar conocimiento del hecho y del responsable. El mismo criterio se mantuvo en los arts. 101 y 102 del anteproyecto de 1973. El proyecto de 1974-1975 mantenía la disposición del código vigente (arts. 58 inc. 4º y 62).

La renuncia es un acto unilateral que no requiere ser aceptado por el beneficiario. En el sistema de nuestro CP sólo beneficia al que se dirige, sin que pueda extenderse a los co-imputados²²⁵, salvo que la ley requiera que la acción sea indivisible (como en el adulterio).

La renuncia no requiere formalidades especiales, pero sólo puede tener lugar después de cometido el delito, siendo irrelevante que se opere cuando se ha iniciado la querrela o antes de hacerlo.

²²³ Sobre ello, NÚÑEZ, *Extinción de la multa por muerte del condenado*, en LL, 54-944.

²²⁴ Sobre la discusión doctrinaria entre nuestros autores antiguos, DE LA RÚA, 781-4.

²²⁵ Cfr. SOLER, II, 461-2; NÚÑEZ, II, 194; *Manual*, 251; FONTÁN BALESTRA, III, 466; ARCIBAY MOLINA, II, 439; CREUS, 179.

La renuncia no debe confundirse con el *perdón del ofendido en el delito de adulterio*, que, de mediar, configura otro impedimento de perseguibilidad en este delito. El art. 74 en su 2º párrafo determina que “el cónyuge que ha consentido el adulterio o lo ha perdonado, no tiene el derecho de iniciar la acción”. Obsérvese que el perdón y el consentimiento en el art. 74 impiden iniciar la acción, en tanto que la renuncia puede tener lugar cuando la acción ya ha sido iniciada, es decir que el cónyuge ofendido puede no perdonar y luego, no obstante, renunciar a la acción.

Uno de los más cuestionados impedimentos de perseguibilidad lo constituía la *oblación voluntaria del máximo de la multa* en los delitos reprimidos con este tipo de pena, que se preveía en el art. 64 CP: “La acción penal por delito reprimido con multa, se extinguirá en cualquier estado del juicio por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito y de las indemnizaciones a que hubiere lugar”.

Este artículo provenía del art. 104 del proyecto de 1891, que señalaba como fuentes los arts. 74 del Código holandés y 101 del código Zanardelli, señalándose en la “Exposición” que responde a razones de economía procesal²²⁶. Sin explicación ulterior se lo incluyó como art. 68 del proyecto de 1917, cuya “Exposición” omite también toda explicación²²⁷. El Senador Rojas propuso su supresión con los siguientes argumentos: “No comprendemos por qué causa haya de extinguirse la acción penal en el caso de que trata el artículo. Un particular no puede declararse delincuente por autoridad propia, al imponerse una pena. La pena es un acto que resulta de una resolución solemne del poder público. Se dirá que de de el momento que el imputado abona la multa que trae consigo el delito de que se trata, no hay objeto de continuar el proceso, pero debemos decir que el poder judicial, que el Estado, no se dirige en ese caso a procurarse una suma de dinero sino a descubrir si hay o no un delincuente: no tiende a percibir una multa, a cobrarla, sino a reprimir una acción delictuosa, mediante prueba suficiente acumulada en el proceso”²²⁸.

Núñez la criticó acertadamente, diciendo que “se trata de un instituto que atiende razones procesales de economía y que no puede fundar científicamente el aniquilamiento de la acción penal, pues precisamente cuando el interesado reconoce de la manera más amplia su responsabilidad, la ley impide, extinguiendo la potestad represiva, que el estado dicte sentencia condenatoria”²²⁹.

Las críticas que nuestros autores han dirigido a esta disposición ha hecho que desaparezca de los proyectos reformadores y que sea derogada por el decreto-ley 4778 de 1963, repuesta en su vigencia por la ley 16.648,

²²⁶ Proyecto, 1891, p. 107.

²²⁷ Proyecto, 1917, pp. 98-99.

²²⁸ Código Penal, Edición oficial, pp. 539-540.

²²⁹ NÚÑEZ, II, 197; a los mismos argumentos se adhiere ARGIBAY MOLINA, II, 440-2.

derogada por la ley 17.567, repuesta por la ley 20.509 y, finalmente, derogada por la ley 21.338.

Si bien este impedimento de perseguibilidad se halla hoy derogado, las alternativas que ha sufrido recientemente justifican que nos detengamos un instante en su tratamiento.

La naturaleza jurídica de este instituto, a nuestro entender no podía ser sino procesal, aunque reconocemos las serias dificultades que plantea y la difícil compaginación de la misma con los principios que rigen el derecho sustancial. Dados los extremos del art. 64 se imponía el sobreseimiento y no podía tenerse a la oblación voluntaria como una condena, pues no lo era. En consecuencia, se trataba de un impedimento procesal que extinguía la acción e impedía la condena, es decir que el delito se "borraba", sin que cupiese tomarlo en cuenta para ningún efecto: ni para la interrupción de la prescripción y ni siquiera, para los efectos del art. 41 CP. De cualquier manera, este extraño instituto —que parecía ser una "amnistía personal" que se decretaba el imputado— no creemos que pudiera explicarse por el derecho penal sustancial, puesto que no cabe admitir que un acto posterior del autor del hecho altere la naturaleza del injusto penal.

En la doctrina italiana se ha pretendido que la oblación voluntaria convierte al injusto penal en injusto administrativo, lo que nos parece inadmisibles. El art. 162 del código vigente conserva la oblación voluntaria para las contravenciones, con un texto reformado en 1945, que dispone: "En las contravenciones para las cuales establezca la ley solamente pena de multa, el contraventor será admitido a pagar, antes de la apertura del debate o bien antes del decreto de condena, una suma correspondiente a la tercera parte del máximo de la pena establecida por la ley para la contravención cometida, además de las costas del procedimiento. El pago extingue el delito".

Antolisei rechaza que se trate de una ejecución voluntaria de la pena —que violaría el principio *nulla poena sine iudicio*, argumento que entre nosotros esgrimio Rojas— y afirma que "la suma que se paga es una mera composición administrativa, cuyo pago tiene por consecuencia degradar el delito a simple injusto administrativo, extinguiéndole todas las consecuencias penales."²³⁰ Esta opinión es compartida por De Marsico, Santoro, Pannain, Santaniello y Bettiol²³¹. Según este último, parecería que el imputado elige el someterse a una sanción administrativa en lugar de una penal, lo que nos parece intolerable. Más certero, aunque escueto, creemos que es Pagliaro, que se limita a observar que "el pago de tal suma hace caer la procedibilidad por la contravención"²³².

De cualquier forma, cabe observar que la legislación italiana conserva este impedimento de perseguibilidad para las contravenciones, en tanto que nuestro art. 64 CP se refería a delitos.

²³⁰ ANTOLISEI, 592.

²³¹ DE MARSICO, 313; SANTORO, 515; PANNAIN, 979; SANTANIELLO, 278; BETTIOL, 742.

²³² PAGLIARO, 688.

La doctrina nacional sostuvo que este impedimento sólo funcionaba en delitos reprimidos únicamente con multa²³³ y no en casos en que haya otra pena accesoria. Igualmente, no operaba en los supuestos en que en concreto el Ministerio Público pedía sólo una pena de multa, si la multa no era la única pena amenazada en abstracto.

En nuestro CP no bastaba con que el imputado pagase el máximo de la multa, sino que se requería también que reparase el daño civil, que el Juez debía establecer conforme con el art. 29. El civilmente damnificado no podía "discutirlo para oponerse a que la oblación voluntaria funcionase como causal extintiva, sin perjuicio de que ocurra a sede civil para demandar el pago de las cantidades que estime realmente debidas por esos rúbricos"²³⁴.

β) El más importante y complejo de los impedimentos de perseguibilidad del delito es la *prescripción de la acción procesal*. Aquí, a diferencia de la prescripción de la pena, creemos que la cuestión es procesal y que el fundamento de esta prescripción no es exactamente el mismo que el de aquella. La prescripción de la pena se funda en la inutilidad de la misma después de transcurrido un cierto tiempo sin que el sujeto vuelva a delinquir. En lugar, en la prescripción de la acción penal, no sólo se toma en cuenta la inutilidad de aplicar una pena que no se necesita, sino también la de perseguir penalmente cuando el Estado ha dejado de hacerlo durante cierto tiempo, es decir, que también media una falta de voluntad persecutoria, que es imputable al Estado. Por esta razón los plazos de prescripción son distintos y, además, ciertos actos procesales tienen fuerza interruptiva.

Los plazos de prescripción de la acción se establecen en el art. 62 CP: "2º A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua; 3º Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de tres años; 4º A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; 5º Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal; 6º A los tres años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa".

El texto del art. 62 establece esos plazos de conformidad con la redacción dada por la ley 21.338. El texto original distinguía

²³³ Cfr. NÚÑEZ, II, 198; CREUS, 179.

²³⁴ CREUS, 180.

respecto de la multa, estableciendo dos distintos plazos según el monto. Además, el mínimo del plazo para la prescripción de la acción por delitos con pena privativa de libertad se aumentó de dos a tres años. El inc. 1º del texto vigente prevé en veinte años la prescripción de la acción en delitos penados con muerte, lo que no tomamos en cuenta por ser esta pena inconstitucional.

Por lo que respecta al supuesto de penas conminadas en forma alternativa o conjunta, toda vez que del delito surge una única acción, habrá una sola prescripción, que se operará cuando haya transcurrido el término que el art. 62 CP señala para la más larga prescripción. "La prescripción de la acción no se rige por la pena de naturaleza más grave (CP arts. 5 y 57), sino por la pena de prescripción mayor"²³⁵. Incluso en caso de que se trate de una pena principal y otra accesoria, rige el mismo principio, en virtud de la unidad de la acción, que se extingue recién cuando no puede operar ninguno de sus efectos penales.

En cuanto a la forma de computar el término para la prescripción, no hay disposiciones especiales en el CP de modo que se computa atendiendo a las reglas de la legislación civil²³⁶. El art. 63 CP dispone que "la prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito, o, si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse". Hemos visto que, en nuestro concepto, por "comisión del hecho" no debe entenderse el momento de producción del resultado, puesto que lo contrario sería identificar el "tiempo de comisión" con el "tiempo de consumación", lo que no siempre es correcto.

Nuestra doctrina incurre en esta asimilación, sosteniendo que nuestro CP siguió el criterio de tomar el tiempo de la producción del resultado²³⁷, siguiendo en general a Manzini²³⁸, aunque la jurisprudencia no se ha pronunciado de modo tan uniforme. Se aduce que la "pretensión punitiva" no puede comenzar a extinguirse cuando aún no ha nacido²³⁹. La observación es más aparente que real, pues si nos remitimos al fundamento de la prescripción no resulta tan clara. En principio, en los delitos dolosos, la pretensión punitiva existe desde que se cometen, es decir, desde que se realiza la conducta, por lo cual, al menos en la gran mayoría de los injus-

²³⁵ Cfr. NÚÑEZ, II, 175; SOLER, II, 455.

²³⁶ Cfr. FONTÁN BALESTRA, III, 457.

²³⁷ Así SOLER, II, 455; NÚÑEZ, II, 176; FONTÁN BALESTRA, III, 457.

²³⁸ Así MANZINI, V., 162 (v. nota de GAVIER).

²³⁹ Así, VERA BARROS, OSCAR, *La prescripción penal en el Código Penal y leyes especiales*, Bs. As., 1960.

tos penales —y en los más graves— el Estado puede perseguir al autor y, por consiguiente incurrir en negligencia, desde la realización de la conducta. Por otro lado, el transcurso del tiempo, que puede evidenciar la innecesariedad de la persecución penal respecto del autor, no depende del momento de la producción del resultado, particularmente en los supuestos —que son los más comunes— en que esta producción es independiente de su voluntad una vez realizada la conducta.

Un particular problema que ha dividido a nuestra doctrina y jurisprudencia es la prescripción de la acción penal en caso de concurso. En el supuesto del *concurso ideal*, hemos dicho que se trata de un sólo delito y la prescripción debe regirse por la de la pena mayor, que es la única aplicable²⁴⁰. La cuestión parece complicarse cuando se trata del *concurso real*, aunque creemos que de *lege lata* la solución no es muy dudosa.

La comisión de un nuevo delito, conforme con el art. 67 CP, surte el efecto de interrumpir la prescripción de la acción penal. A partir del momento de comisión del nuevo delito, comenzará a correr un nuevo término de prescripción para la acción emergente del anterior delito y, simultáneamente, correrá el término para la prescripción del nuevo delito.

Así, por ej., un sujeto comete un hurto el 15 de febrero de 1979 y un robo con fuerza el 30 de junio del mismo año. El tiempo transcurrido entre el 15 de febrero y el 30 de junio para la prescripción de la acción por hurto cae, por efecto de la interrupción resultante de la comisión del robo, y la acción por hurto se prescribirá el 30 de junio de 1982, puesto que a partir del 30 de junio de 1972 comienza a correr un nuevo término. La acción por robo, por su parte, se prescribirá en un término que comienza a correr simultáneamente con el de la prescripción por hurto y que vencerá el 30 de junio de 1985.

Esta solución es el lógico resultado de la diversa consideración de los concursos ideal y real: en el primero hay un delito y en el segundo una pluralidad de delitos. El concurso real apareja una acumulación de penas, pero no una “acumulación” de los términos para la prescripción de las acciones, sino que éstas se acumulan siempre que no estén prescriptas, lo que, por otra parte, es lógico.

La interpretación que sostenemos dista de ser pacíficamente aceptado. Se conoce como “prescripción paralela” y es sostenida por un sector

²⁴⁰ Cfr. NÚÑEZ, II, 181.

doctrinario²⁴¹, en tanto que otro criterio afirma que los términos de prescripción de las acciones no corren paralelamente, sino que se suman hasta un máximo de 12 años²⁴². Creemos que este criterio ("de la suma") carece de asidero legal porque, como hemos dicho, el art. 55 prescribe la acumulación de las penas pero no la de las acciones que emergen de cada delito. Es un problema distinto determinar cómo se elabora una pena única para todos los delitos, lo que presupone que las respectivas acciones no se hayan extinguido. La jurisprudencia de la capital se ha ido inclinando hacia la tesis de la prescripción paralela, considerando que la tesis contraria es una analogía en mala parte²⁴³, lo que es de esta ar dado que quiebra la tradicional línea de la jurisprudencia capitalina, casi siempre inclinada a las soluciones más represivas.

La prescripción de la acción penal, al igual que la de la pena, corre separadamente para cada uno de los partícipes del delito, suspendiéndose e interrumpiéndose de igual modo, conforme lo determina para ambas el último párrafo del art. 67 CP.

La *suspensión y la interrupción* de la prescripción de las acciones penales es problema que ha sufrido serias y fundamentales modificaciones legislativas hasta que el texto vigente del art. 67 prevé como causas de *suspensión* las cuestiones previas o prejudiciales y la permanencia de cualquier partícipe en un cargo público cuando se trate de acciones emergentes de cualquier delito de los previstos en los arts. 256 a 272. El mismo texto prevé como causas de *interrupción* de la prescripción la comisión de otro delito y la "secuela del juicio".

En el código Tejedor no había causas de interrupción ni de suspensión de la prescripción de la acción (art. 192). Tejedor fundaba la prescripción de la acción siguiendo a Filangieri, en "la dificultad presunta de justificar la acusación o apoyar la defensa en pruebas todavía existentes"²⁴⁴. El código de 1886 estableció en su art. 92: "Si antes de vencido el término comete el reo otro delito de la misma especie, o que merezca igual o mayor pena, la prescripción queda sin efecto". El art. 93 del mismo texto decía: "Todo acto directo de procedimiento contra la persona del delincuente, dentro del término de la prescripción, la interrumpe". El texto del art. 92 fue cambiado por el siguiente en la reforma de 1903: "Si

²⁴¹ Cfr. NÚÑEZ, II, 178; FONTÁN BALESTRA, III, 459; LOZANO, JUAN E., *Prescripción de la acción penal y concurso de delitos*, en "Rev. del Col. de Abogados de Bs. As.", XIV, 251; de *lege ferenda*, proyectos de 1951 (art. 123) y 1953 (art. 127).

²⁴² Así, SOLER, II, 456; ARGIBAY MOLINA, II, 426; VERA BARROS, op. cit., p. 103.

²⁴³ V. ROCHA, JORGE ALEJANDRO, *Prescripción de la acción penal (Su interpretación jurisprudencial)*, en ED, 11-V-78.

²⁴⁴ TEJEDOR, *Proyecto*, p. 216.

antes de vencido el término, comete el reo otro delito, la prescripción queda sin efecto". La reforma de 1903 hizo que el código siguiese el sistema que establecía el proyecto de 1891 (arts. 102 y 103).

El art. 66 del proyecto de 1906 decía: "La acción penal se prescribirá por la buena conducta del imputado, durante el tiempo fijado a continuación...", disposición que había sido tomada de los arts. 98 y 99 del proyecto de 1891, aunque suprimiendo las de los arts. 102 y 103 del citado proyecto. Herrera había criticado esta "buena conducta del imputado" con razón, y tampoco se había mostrado partidario de la interrupción por actos procesales ni por la comisión de un nuevo delito²⁴⁵, criterio que parcialmente fue recogido en el proyecto de 1917, del que desapareció también la "buena conducta" (art. 62). De esta forma obtuvo sanción el código de 1921²⁴⁶, ley 11.179, cuyo art. 67 solamente decía: "La prescripción correrá o será interrumpida separadamente para cada uno de los partícipes". Dos años después, la ley 12.221, fe de erratas de la edición oficial del código penal, agregó como segundo párrafo: "La prescripción se interrumpe si, antes de vencido el término, comete el reo otro delito".

Posteriormente, la ley 13.569 de 1949, agregó como causas de suspensión, las cuestiones previas o prejudiciales que deban ser resueltas en otros juicios, y como causa de interrupción, la secuela del juicio. En 1966, la ley 16.648 agregó que la prescripción también se suspende en los casos de delitos previstos en los capítulos 6, 7, 8, 9 y 10 del Título XI, Libro Segundo, del CP (cohecho, malversación de caudales, negociaciones incompatibles, exacciones ilegales y prevaricato, respectivamente), pero como omitió incluir el enriquecimiento ilícito, a pesar de que fue precisamente dicha ley la que incorporó ese delito al CP, como Capítulo IX bis, la ley 17.567 completó el enlistado, ampliación que fue derogada por la ley 20.509 y restablecida por la 21.338.

El proyecto de 1937 establecía en su art. 108 la suspensión de la prescripción por las cuestiones previas y prejudiciales, y en su art. 109, la interrupción por "la comisión de otro delito" y "por la secuela del juicio", que fue de donde tomó la expresión "secuela del juicio" la ley 13.569 de 1949. Por "secuela del juicio", Coll y Gómez entendían el movimiento de la acción: "No es posible admitir que pueda correr el término para la prescripción de la acción, estando ésta en movimiento"²⁴⁷.

El proyecto de 1951 suspendía la prescripción por no más de dos años, en caso que mediase desafuero o cuestiones previas o prejudiciales (art. 125) y la interrumpía en caso de comisión de un nuevo delito (art. 126).

Las disposiciones del proyecto de 1953 eran de gran precisión: "La prescripción de la acción se interrumpirá por la sentencia condenatoria dictada a raíz de la comisión de un nuevo delito" (art. 128, 2º párrafo). El art. 129 disponía: "La prescripción de la acción se suspenderá: 1º

²⁴⁵ HERRERA, JULIO, pp. 595-601.

²⁴⁶ Arts. 62 y 67 en pp. 24 y 25 de la ed. oficial.

²⁴⁷ Proyecto, 1937, p. XXIX.

Por un plazo no mayor de dos años, cuando su ejercicio dependiere del desafuero del imputado, de la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, o de otra disposición legal; cuando el imputado fuere procesado ante otro tribunal del país o del extranjero; o cuando estuviere cumpliendo pena fuera del país; 2°) Por un plazo no mayor de cuatro años, desde que se ordene la captura del imputado, se le tome declaración por autoridad competente, se le dicte auto de procesamiento o de prisión preventiva, se le formule acusación, se dé traslado de la acusación o querrela, o recaiga sentencia condenatoria a su respecto". Aparte de la precisión de los actos procesales, se destaca porque considera a la "secuela del juicio" como causa de suspensión y no de interrupción de la prescripción.

El proyecto de 1960 preveía la suspensión "cuando en virtud de una disposición legal la acción no pueda ser promovida" (art. 103) y la interrupción por la comisión de un nuevo delito (art. 104), rechazando la suspensión o interrupción por actos procesales. El mismo criterio seguía el anteproyecto de 1973 (arts. 105 y 106).

El proyecto de 1974-1975 tenía similares virtudes que el proyecto de 1953: "La prescripción de la acción se suspenderá por todo el tiempo en que, en virtud de una disposición legal, la acción penal no pudiera ser ejercida o mientras el imputado estuviere procesado por otro tribunal del país o del extranjero o cumpliera pena o medida privativa de libertad en el país o en el extranjero".

"La prescripción de la acción se interrumpirá por la comisión de un nuevo delito o por los siguientes actos procesales: la primera orden de comparendo o captura del procesado, la declaración indagatoria, el auto de procesamiento o de prisión preventiva, la acusación, la querrela en los delitos de acción privada, la elevación de la causa a juicio y la sentencia condenatoria" (art. 61).

Conforme al texto vigente del art. 67 CP, la *suspensión* del término de prescripción de la acción se establece:

a) En virtud de cuestiones previas y prejudiciales, debiendo entenderse por ellas las resoluciones que deben emanar de otro órgano y que hasta su producción no dejan expedita la vía para el ejercicio de la acción. La ley consagró aquí expresamente una solución que ya había tenido acogida en la jurisprudencia de la Corte Suprema y que salva la contradicción de que legalmente se haga correr la prescripción de una acción cuyo ejercicio ella misma impide²⁴⁸.

b) Por la permanencia en un cargo público, de cualquiera de los que hayan participado en los delitos de cohecho, malversación

²⁴⁸ Cfr. NÚÑEZ, II, 182-185.

de caudales, negociaciones incompatibles, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito y prevaricato.

La disposición tiene el propósito de evitar que corra el término de prescripción mientras la influencia política del sujeto pueda perturbar el ejercicio de la acción penal. Cabe reconocer el sentido moralizador de la misma, pero resulta objetable por su enorme amplitud.

Ante todo, "cargo público" no puede asimilarse aquí a "funcionario público" y "empleado público" en el sentido en que lo conceptúa el art. 77 CP, porque carecería de toda racionalidad. "Cargo público" debe entenderse el desempeño de una función pública de cierto nivel jerárquico, capaz de ser empleada con el avieso fin de perjudicar el ejercicio de una acción penal. Tal puede ser un cargo de ministro, subsecretario o juez, pero no puede ser un cargo de "auxiliar administrativo de cuarta", en cuyo caso la disposición no sería racional.

Por otra parte, la redacción de este párrafo no resulta muy clara, puesto que parecería que la prescripción de la acción se suspende para todos los participantes mientras uno sólo de ellos permanezca en la función pública. Este entendimiento de la redacción equívoca creemos que no es admisible, porque entraría en conflicto con lo dispuesto en el cuarto capítulo del mismo artículo.

La prescripción se *interrumpe*, ante todo, por la *comisión de otro delito*. La expresión "delito" debe entenderse en el sentido técnico de conducta típica, antijurídica y culpable, es decir que debe considerarse interrumpida la prescripción aunque se trate de un delito respecto del cual no opere la coerción penal, en función de alguna causa de exclusión o cancelación de la misma²⁴⁰. De toda forma, entendemos que la "comisión" debe probarse en sede judicial y ser declarada en la misma, aunque no se trate de una sentencia condenatoria (en un sobreseimiento, por ejemplo). El mero procesamiento por un nuevo delito no interrumpe la prescripción ni impide que se opere la que estaba en curso, como lo ha pretendido la jurisprudencia de la Capital.

Por último, *también se interrumpe la prescripción de la ac-*

²⁴⁰ Cfr. NÚÑEZ, II, 186-187.

ción por efecto de la “*secuela del juicio*”. Se trata de la causal de interrupción que mayores problemas ha aparejado, particularmente por lo impreciso de su señalización legal, tardíamente introducida en nuestra ley.

Es una cuestión eminentemente procesal determinar qué actos son los que impulsan el proceso y cuáles los que se realizan “en el proceso” pero que no le impulsan. Estos últimos carecerían de efecto interruptivo.

La doctrina nacional coincide en que la expresión no es acertada²⁵⁰ y se han ensayado diversos caminos para sintetizar una mejor formulación doctrinaria del concepto, indicándose claramente que no puede entenderse por tal cualquier acto procesal, criterio que es recogido unánimemente por la jurisprudencia, aunque difiera en la individualización de los actos²⁵¹. Dado que se trata de una cuestión procesal, no corresponde considerarla aquí en detalle, pero cabe advertir que, frente a las dos tesis sostenidas jurisprudencialmente (la amplia, que entiende por “*secuela del juicio*” cualquier trámite del proceso, y la estricta o restringida, que procura una limitación) nos inclinamos por la más restringida, aunque consideramos que está necesitada de una mayor investigación y que sería oportuno, de *lege ferenda*, eliminarla del código.

Para proveer a un concepto limitativo se han ensayado varias fórmulas doctrinarias y jurisprudenciales: “actos que dan vida activa, cierta y firme al proceso; actos que significan una prosecución efectiva, asignándole al proceso una dinámica indudable y real para un efecto jurídico; actos directos contra una persona que mantiene la acción penal en movimiento, sosteniendo la pretensión punitiva del Estado, o sea, actos perse-

²⁵⁰ V. NÚÑEZ, RICARDO C., *Interrupción de la prescripción por la “secuela del juicio”*, en LL, 63-559; del mismo, II, 188; FONTÁN BALESTRA, III, 463; GAVIER, en nota a MANZINI, V, 124; de “tecnicismo en embrión” la califica BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, en LL, 87-22; LÓPEZ LASTRA, JULIO E., *La expresión “secuela del juicio” en el art. 67 del código penal*, en LL, 102-1079; RAMAYO, RAÚL ALBERTO, *La “secuela del juicio” y la interrupción de la prescripción de la acción penal*, en LL, 109-1069; ARGIBAY MOLINA, II., 432; BARTOLINI FERRO, A., *El sobreesimiento previsional y las reformas penales*, en LL, 62-990; ROCHA, JORGE ALEJANDRO, op. cit. en ED del 11-V-78; SUÁREZ, ELOY EMILIANO - D'ANDREA, ÁNGEL RAFAEL, *Causales de interrupción del término de la prescripción. La “secuela del juicio”*, en Rev. del Col. de Magistrados de Sta. Fe, 1980, pp. 67 y ss. *

²⁵¹ Sobre los criterios jurisprudenciales, LÓPEZ LASTRA, op. cit., 1082-4; un panorama más completo en “El Derecho”, *La secuela del juicio como causal interruptora de la prescripción de la acción penal*, 3, 1963, pp. 201-207.

cutorios; actos que hacen a la esencia del proceso y a la situación del procesado; y actos jurisdiccionales que consideran a una persona como sospechosa de un delito”²⁵². En realidad, dada la innegable imprecisión de todas estas fórmulas, pese a los importantes y profundos esfuerzos doctrinarios realizados, creemos que debe llevarnos a investigar la constitucionalidad misma de esta causa. No es descabellada esta hipótesis, puesto que no se trata de un instituto imprescindible que presenta dificultades doctrinarias, sino de un requisito cuya consagración legal es una cuestión de criterio eminentemente opinable y, dada la enorme importancia del mismo en cuanto a sus consecuencias para la punibilidad, parece obvio que el legislador debió establecerlo con un máximo de certeza técnica, en tanto que, en la ley, aparece carente del mínimo elemental de dicha certeza.

²⁵² Op. cit. en “El Derecho”, 3-201.

CAPÍTULO XL

MANIFESTACIONES DE LA COERCIÓN PENAL

I. — LAS MANIFESTACIONES DE LA COERCIÓN PENAL EN EL SISTEMA PENAL ARGENTINO. 592. Panorama general. 593. La llamada "pena de muerte" y otras formas inconstitucionales de coerción penal. 594. Limitaciones a la coerción penal que emanan de los principios constitucionales. II. — LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. 595. Evolución legislativa. 596. Las penas privativas de libertad en el marco general de las penas. 597. La reclusión y la prisión. 598. El cómputo de las penas privativas de libertad. 599. La ejecución de las penas privativas de libertad en nuestro país. 600. La ejecución penal argentina y las corrientes contemporáneas en la materia. 601. Los derechos del penado sometido a pena privativa de libertad. 602. La reclusión accesoria por tiempo indeterminado. III. — LA DETENCIÓN DOMICILIARIA COMO FORMA DE EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. 603. La detención domiciliaria como forma de ejecución de la pena privativa de libertad. IV. — LA LIBERTAD CONDICIONAL COMO ÚLTIMA ETAPA DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. 604. Concepto y antecedentes. 605. Naturaleza jurídica. 606. El derecho a la libertad condicional. 607. Requisitos para la obtención de la libertad condicional. 608. Condiciones a que queda sometida la libertad. 609. Violación de las condiciones. 610. La libertad condicional de los condenados a reclusión por tiempo indeterminado. 611. La libertad condicional en los proyectos posteriores a 1921. V. — LA PENA DE MULTA. 612. Carácter y problemática actual. 613. La multa en nuestro derecho vigente. 614. La multa conjunta del art. 22 bis. VI. — LA INHABILITACIÓN. 615. Evolución legislativa. 616. La inhabilitación absoluta. 617. La inhabilitación absoluta como pena accesoria. 618. La inhabilitación absoluta como pena principal. 619. La inhabilitación especial. 620. La inhabilitación especial conjunta prevista en forma genérica. 621. La rehabilitación. 622. Inhabilitación para el ejercicio de ciertos derechos civiles. VII. — EL DECOMISO Y OTRAS PENAS ACCESORIAS. 623. El texto vigente y la evolución legislativa. 624. Los "instrumentos del delito" y los "efectos provenientes del mismo". 625. Otras penas accesorias.

I. — LAS MANIFESTACIONES DE LA COERCIÓN PENAL EN EL SISTEMA PENAL ARGENTINO

592. **Panorama general.** a) En nuestro sistema penal vigente, las *penas principales* son la reclusión, la prisión, la multa y la inhabilitación. Dichas penas se enumeran en el art. 5º del Có-

digo Penal, que enumera y regula también la llamada “pena de muerte”, que no la consideramos vigente, por las razones que exponemos luego. Dentro de estas penas principales, la reclusión y la prisión son *penas privativas de libertad*, en tanto que la multa es una *pena pecuniaria* y la inhabilitación es *pena privativa de otros derechos*.

Estas penas pueden conminarse en forma *separada o exclusiva* (cuando se conmina una sola de ellas), *alternativa* (una entre una pluralidad conminatoria) o *conjunta* (pluralidad de penas). En nuestra ley hallamos las tres formas de conminación.

Conminaciones exclusivas hallamos: de *prisión* (arts. 81; 82 *in fine*; 83; 87; 88; 89; 92 primera parte; 93 primera parte; 96; 97; 98 incs. 2° y 3°; 99 inc. 2°; 100 inc. 1°; etc.); de *multa* (arts. 99 inc. 1°; 103 última parte; 136 tercer párrafo; 137; 155, 175; 203 primera parte; 204; 247; 254 tercer párrafo; 255 último párrafo; etc.); de *inhabilitación* (arts. 273; 274; 255 quat.).

Las *conminaciones alternativas* pueden ser *paralelas*, cuando cambia únicamente la calidad de la pena (*reclusión o prisión* en los arts. 80 incs. 1° a 7°; 215; 216; 217; 79; 82; 85; etc.) o no *paralelas*, en el supuesto en que cambia tanto la calidad como la cuantía de las penas (*prisión o multa*: arts. 108; 159; 206; 245; 278 bis).

Conminaciones conjuntas de prisión e inhabilitación hay en los arts. 7; 102; 269. Más frecuentes son *conminaciones en que se combina una alternativa en conjunto con otra pena (reclusión o prisión, además de inhabilitación*: arts. 265; 287; 291; 198; 143; 144; etc.)¹.

Además de las mencionadas penas principales, nuestro Código Penal contiene *penas accesorias*, que son las que siguen a las principales sin que sea menester su especial imposición en la sentencia condenatoria. Como expresa certeramente Núñez, “la accesoriedad se manifiesta procesalmente por no ser necesario que las penas de esta clase se impongan expresamente en la sentencia”². Penas accesorias son: la inhabilitación del art. 12 del Código Penal; el decomiso del art. 24 CP; la pérdida de la ciudadanía, la expulsión del país, el comiso y la clausura del art. 10 de la ley 20.840; la destrucción de especies vegetales del art. 9 de la ley 20.771; etc.

El cuadro de penas de nuestro CP se completa con la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última con-

¹ En general Cfr. SOLER, 361-2; NÚÑEZ, Manual, 336; FONTÁN BALESTRA, III, 263. Una agotadora clasificación en LIMA QUINTANA, OMAR (con la colaboración de ADOLFO ÁLVAREZ), *Código Penal de la Nación Argentina*, Bs. As., 1978, pp. 394-5.

² NÚÑEZ, *Manual*. 335.

dena, que es una pena que se agrega a la última condena como agravación de la misma, en virtud de lo dispuesto por el art. 52 CP, ahora con la redacción dada por el decreto-ley 20.942/44. Pese a que un sector de nuestra doctrina ha querido ver en ella una "medida de seguridad"³, ya nos hemos ocupado extensamente de su naturaleza de pena⁴, de modo que no corresponde insistir aquí sobre el particular.

Además de las clasificaciones de las penas en principales y accesorias, cabe distinguir entre *penas divisibles e indivisibles*, caracterizándose las primeras por la fijación legal de un mínimo y un máximo, lo que permite su cuantificación judicial. De este modo, la mayoría de las penas están *relativamente determinadas* en la ley —o, lo que es lo mismo, se trata de penas relativamente indeterminadas—, configurando así un sistema que se opone al antiguo sistema legal de *penas fijas*, en que el juez era un mero declarante que aplicaba automáticamente la pena que la ley le daba perfectamente determinada, tal como acontecía en antiguos códigos marcadamente señalados por el idealismo retributivo como, por ejemplo, el código de Brasil de 1830. En la medida en que retrocede en el mundo la tesis retributiva y tiende a prevalecer la posición resocializadora respecto de la pena, el sistema de penas fijas se bate en retirada, reemplazado por el de penas relativamente indeterminadas, o sea, por sistemas que otorgan facultades de apreciación al tribunal en cuanto a la cuantificación y calidad de la pena, fenómeno que debe considerarse positivo siempre que tenga lugar dentro de ciertos límites y que se acompañe con una adecuada formación de los jueces penales.

No debe incurrirse en confusión respecto de las penas "relativamente indeterminadas" en la ley y la llamada "sentencia indeterminada", que tiene lugar cuando la ley establece que un tribunal debe fijar el máximo y el mínimo de la pena, en tanto que otro órgano —judicial o administrativo— sea el encargado, en una etapa posterior de la ejecución, de establecer el momento preciso en que la pena debe cesar. En esta llamada "sentencia indeterminada", la pena queda relativamente indeterminada en la sentencia misma, por lo que Cuello Calón afirma —con toda razón— que lo indeterminado no es la sentencia sino la pena⁵. Se trata de un sis-

³ Así, por ej., GÓMEZ, *Tratado*, 530-531; FONTÁN BALESTRA, III, 419.

⁴ Cfr. SOLER, II, 417; NÚÑEZ, *Manual*, 378; DONNA, EDGARDO ALBERTO, *La peligrosidad en el derecho Penal*, Bs. As., 1978, p. 72 y ss.

⁵ CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, p. 52.

tema en que el tribunal deja indeterminada la pena, lo que no es admisible en nuestra ley.

β) Hubo otras penas en nuestra antigua legislación penal, que hoy han desaparecido de nuestro sistema. Tales son las penas que restringen la libertad locomotiva del condenado, sin privarlo totalmente de ella, y que han estado previstas en nuestra anterior legislación penal, tales como el *destierro*, el *confinamiento* y el *sometimiento a vigilancia*.

El *destierro* sólo se halla limitadamente vigente en la forma de expulsión de extranjeros. El código Tejedor, por el contrario, preveía en su art. 108 que “el sentenciado a destierro será expulsado de la República y conducido por orden del Gobierno hasta ponerlo fuera del territorio, por un tiempo que no baje de dos ni exceda de seis años”. Una previsión análoga contenía el art. 71 del código de 1886, que se mantuvo pese a las protestas diplomáticas, particularmente paraguayas. Un mínimo de ética en las relaciones internacionales impide hoy esta pena.

El *confinamiento* es la asignación al condenado de un lugar de residencia por un tiempo determinado. El art. 110 del código Tejedor decía: “La pena de confinamiento se cumplirá dentro del territorio de la República en el pueblo, o provincia que elija el reo, con tal que diste del lugar donde se cometió el delito cincuenta leguas por lo menos”. Esta pena desapareció en el código de 1886.

El *destierro local*, o prohibición de residir en determinado lugar, estaba previsto en el art. 72 del código boliviano de 1830, por ejemplo, que decía: “El reo condenado a destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito determinado, será conducido fuera de él”. Otros códigos prevén *prohibiciones de concurrir o frecuentar determinados lugares*, como el código mexicano para el Distrito Federal (art. 24 inc. 5°).

El *sometimiento a vigilancia de la autoridad* es una pena de raigambre francesa, pero que reconoce distintas modalidades. El art. 126 del código Tejedor la contemplaba en la siguiente forma: “La sujeción a vigilancia de la autoridad pública produce en el penado las obligaciones siguientes: 1º) No variar de domicilio sin conocimiento de la autoridad encargada de vigilancia. 2º) Observar las reglas de inspección que aquella le prefije. 3º) Adoptar oficio, arte, industria o profesión, si no tuviese medios propios y conocidos de subsistencia”.

El art. 44 del Code Napoleón disponía: "El efecto del sometimiento a vigilancia de la Alta Policía del Estado, será el de otorgar, tanto al Gobierno como a la parte interesada, el derecho a exigir del individuo colocado en este estado, después de haber sufrido la pena, o de su padre o madre, tutor o curador, si él fuese menor, una caución de buena conducta por la suma fijada por el decreto o sentencia; cualquier persona será admitida a proveer esta caución".

Una pena tristemente célebre y que nuestra legislación vigente no recepta es la de *relegación* o *deportación*, que consistía en obligar al condenado a fijar su residencia en lugares apartados, generalmente en colonias lejanas de la metrópoli.

Es famosa la deportación inglesa a Australia, que culminó en 1890, y la francesa a la Guayana, que se extendió hasta 1936, como también la deportación interna usada por Rusia en Siberia⁶. Estos sistemas han concluído en fracasos, sea por la dureza de la vida en la colonia, sea por la corrupción moral que se producía, o bien por las protestas de los pobladores que no eran relegados, todo ello sin perjuicio de que esas penas implicaban una infamación para los descendientes de los relegados en las colonias. El régimen de relegación tuvo sus defensores, aunque una de sus más firmes oponentes fue Concepción Arenal⁷. Cuello Calón lo considera como un antecedente de las llamadas "medidas de seguridad" para reincidentes, al menos en lo que a nuestra reclusión por tiempo indeterminado respecta⁸.

En nuestra legislación penal fue introducida por la ley de reformas del 22 de agosto de 1903 (ley 4.189), y es el claro antecedente de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado del art. 52 del código vigente⁹.

⁶ Una síntesis de la historia de esta pena hace NEUMAN, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Bs. As., 1971, pp. 42 y ss.; en detalle sobre la legislación francesa e inglesa de los primeros tiempos, BARBAROUX, C. O., *De la transportation. Aperçus législatifs, philosophiques et politiques sur la colonization pénitentiaire*, París, 1857; las leyes francesas sobre la relegación desde 1852 hasta 1889 pueden verse en el apéndice de TEISSEIRE, EDOUARD, *La transportation pénale et la relégation d'après les Lois des 30. Mai 1854 y 27. Mai 1885*, París, 1893, p. 457-499.

⁷ ARENAL, CONCEPCIÓN, *Las colonias penales de Australia y la pena de deportación*, Madrid, 1895; también MARTÍNEZ, JOSÉ AGUSTÍN, *El sistema francés de deportación*, La Habana, 1937; TEISSEIRE, EDOUARD, op. cit., especialmente, pp. 406 a 455; la defensa de la deportación en España la hizo FERNANDO CADALSO, *La pena de deportación y la colonización por penados*, Madrid, 1895.

⁸ CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, p. 84.

⁹ V. *infra*, 602; contra esta pena se pronunció expresamente Adán Quiroga, op. cit., pp. 305-6.

Otra pena, no limitativa de la libertad, pero que también ha desaparecido de nuestra legislación penal, es la *reprensión*, que establecía el art. 127 del código Tejedor: "El sentenciado a reprensión pública la recibirá personalmente en audiencia del tribunal a puerta abierta. El sentenciado a reprensión privada la recibirá personalmente en la audiencia a presencia del escribano y a puerta cerrada". Esta pena desapareció en el código de 1886.

El *código Tejedor* clasificaba las penas en corporales (muerte, presidio, penitenciaría, destierro, confinamiento, prisión y arresto) privativas del honor y humillantes (inhabilitación, destitución, suspensión, retractación, satisfacción, vigilancia de la autoridad y represión) y pecuniarias (multa, caución, comiso y costos y gastos).

El *código de 1886* establecía las siguientes penas: 1º muerte; 2º presidio por tiempo indeterminado; 3º presidio desde tres a quince años; 4º penitenciaría por tiempo indeterminado; 5º penitenciaría desde tres a quince años; 6º prisión de uno a tres años; 7º arresto de un mes a un año; 8º destierro de uno a seis años; 9º inhabilitación absoluta, perpetua y temporal; 11º multa. La ley 4.189 agregó la relegación o deportación.

La *ley 49* conminaba los delitos en ella previstos con las siguientes penas: 1º muerte; 2º trabajos forzados; 3º prisión; 4º destierro; 5º servicio militar de fronteras; 6º multa; 7º pérdida de empleo; 8º inhabilitación para cargos públicos; 9º satisfacción pública o privada.

Entre los antecedentes más importantes del siglo pasado, mencionaremos los sistemas penales de los códigos francés, bávaro, español de 1822 y brasileño de 1830.

El *código francés* distinguía entre penas criminales y correccionales, subdividiendo a las primeras en afflictivas e infamantes (muerte, trabajos forzados temporales, deportación, detención y reclusión) y simplemente infamantes (extrañamiento o destierro y degradación cívica). Las penas correccionales son prisión, inhabilitación y multa. La sujeción a vigilancia de la autoridad, la multa y la confiscación son penas comunes a los órdenes criminal y correccional.

El *código de Baviera* preveía: 1º muerte; 2º pena de cadena; 3º pena de presidio; 4º casa de trabajo penal; 5º pena de fortaleza; 6º penas privativas de honores y degradantes; 7º castigo corporal; 8º prisión o arresto de fortaleza; 9º penas patrimoniales.

El art. 28 del *código español de 1822* disponía: "A ningún delito ni por ninguna circunstancia, excepto en los casos reservados a los fueros eclesiástico y militar, se aplicarán en España otras penas que las siguientes:

Penas corporales: 1º La de muerte. 2º La de trabajos perpetuos; 3º La de deportación; 4º La de destierro o extrañamiento perpetuo del territorio español; 5º La de obras públicas; 6º La de presidio; 7º La de reclusión en una casa de trabajo; 8º La de ver ejecutar una sentencia de muerte; 9º La de prisión en una fortaleza; 10º La de confinamiento en un pueblo o distrito determinado.

Penas no corporales: 1°) La declaración de infamia, a cuya clase pertenece también la de ser indigno del nombre español o de la confianza nacional; 2°) La inhabilitación para ejercer empleo, profesión o cargo público, en general, o en clase determinada; 3°) La privación de empleo, honores, profesión, o cargo público; 4°) La suspensión de los mismos; 5°) El arresto que se imponga como castigo; el cual se declara no ser corporal para los efectos civiles, ni merecer otro concepto que el de meramente correccional; 6°) La sujeción a la vigilancia especial de las autoridades; 7°) La obligación de dar fianza de buena conducta; 8°) La retracción; 9°) La satisfacción; 10) El apercibimiento judicial; 11) La represión judicial; 12) El oír públicamente la sentencia; 13) La corrección en alguna casa de esta clase para mujeres y menores de edad.

Penas pecuniarias: 1°) La multa; 2°) La pérdida de algunos efectos, para que se aplique su importe como multa; entendiéndose estas penas sin perjuicio de la indemnización de perjuicios y resarcimiento de daños, y del pago de costas judiciales.

El *código brasileño de 1830* preveía: muerte, galeras (pena de cadena), prisión con trabajos, prisión simple, destierro, relegación, destierro local, inhabilitación accesoria, multa, suspensión de empleo y pérdida de empleo.

γ) No es posible pasar por alto que en los últimos años se ha agudizado un fenómeno nada feliz, consistente en desarrollar en el área del derecho administrativo y político un sistema de privaciones de libertad y restricciones de derechos que, por sus características, hacen muy dudosa su verdadera naturaleza jurídica, la que por momentos parece ser también penal, dando toda la sensación de que nos hallamos con un completo sistema de penas y medidas, totalmente independiente de la ley penal formal, instrumentado en campo pretendidamente administrativo y, obviamente, inconstitucional y contrario a la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto prohíbe imponer penas al Poder Ejecutivo, sin contar con que faltan los tipos penales, el debido proceso legal y la racionalidad y humanidad, es decir, todas las garantías legales de las penas.

En esta invasión político-administrativa del campo específicamente penal, ocupa un lugar destacado la llamada "*puesta a disposición del Poder Ejecutivo*" en función del estado de sitio. Si bien la detención a disposición del Poder Ejecutivo que surge del art. 23 de la Constitución Nacional, obviamente, no tiene naturaleza penal, la misma queda notoriamente oscurecida a partir del 24 de marzo de 1976, en que por Acta Institucional de la Junta Militar se "suspendió" la vigencia de la última parte del art. 23 constitucional, que dice "si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino"¹⁰.

La llamada "suspensión del derecho de opción" fue "prorrogada" por las leyes 21.448 y 21.568. Una segunda "Acta Institucional de la Junta Militar", del 1° de setiembre de 1977¹¹, teóricamente deja sin efecto la suspensión del "derecho de opción" del art. 23 constitucional, pero en realidad no hace más que prolongar la misma, pues en su art. 5° dispone

¹⁰ Boletín Oficial del 26 de marzo de 1976.

¹¹ Boletín Oficial del 27 de setiembre de 1977.

que "el Presidente de la Nación denegará la opción cuando, a su juicio, el arrestado pudiera poner en peligro la paz y la seguridad de la Nación en caso de permitirse su salida del territorio argentino". Esta "Acta Institucional" fue reglamentada por la ley 21.650, sancionada en la misma fecha, que crea todo un sistema de sanciones en manos del Presidente de la Nación. Conforme a su art. 3º, los arrestos que se cumplen en establecimientos penales quedan sometidos al régimen de tales establecimientos. Al mismo tiempo, se faculta al Poder Ejecutivo a que transforme ese arresto domiciliario, exilio local, sometimiento a vigilancia de la autoridad y su art. 9º pena la violación de las restricciones a la libertad de las personas sometidas a tales medidas con prisión de seis meses a ocho años. En cuanto a las opciones para salir del país, dispone que las mismas las resolverá el Presidente dentro de los 120 días de la solicitud y, en caso denegatorio, el peticionante no podrá insistir en su pedido hasta transcurridos seis meses. La naturaleza penal del arresto *sine die*, a disposición del Poder Ejecutivo, en circunstancias en que no se acuerda el llamado "derecho de opción", fue claramente puesta de manifiesto en el mismo año de 1976 por la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones en lo Federal de la Capital Federal.

Otra "Acta Institucional de la Junta Militar", ésta del 18 de junio de 1976¹² importa la asunción directa de la facultad de juzgar por parte de la Junta Militar, aunque las conductas no constituyan delitos y al margen de las sanciones penales que correspondan cuando lo fueren, en cinco supuestos totalmente nebulosas en cuanto a su caracterización que señala en su art. 1º. Las penas aplicables las establece en su art. 2º. Esta acta lleva el título de "Consideración de la conducta de las personas que hayan ocasionado perjuicios a los superiores intereses de la Nación". La naturaleza de esta ley es abiertamente penal, atribuyéndose la Junta Militar, en función de un poder constituyente originario, su aplicación, en forma que viola la legalidad por la indefinición de sus fórmulas, la irretroactividad de la ley penal, el debido proceso legal y el principio *non bis in idem* cuando las conductas fueran delictivas.

Por otra parte, una larga discusión respecto de la admisión y expulsión de extranjeros tuvo lugar en nuestro país, especialmente con motivo de la vieja y desacreditada "ley de residencia" (ley 4144 del 22 de noviembre de 1902), que fue derogada en 1958¹³. Después de haberse llegado a una situación compatible con los generosos principios constitucionales, a cuyo amparo se instalaron en el país casi todos nuestros ascendientes, la legislación fue retrocediendo y en estos momentos rige la ley 21.259 del 24 de marzo de 1976¹⁴, cuyo texto es análogo al de la ley 18.235, que había sido derogada por la ley 20.509, aunque agrega a ésta un art. 4º, según el cual los extranjeros expulsados del país que regresaren a él serán penados con prisión de dos a cuatro años y privados de los beneficios de la excarcelación y de la condena condicional. El art. 1º

¹² Boletín Oficial del 5 de julio de 1976.

¹³ Una recopilación de los antecedentes más antiguos en DURÁ, FRANCISCO, *Naturalización y expulsión de extranjeros. Actos e intentos legislativos sobre esta materia en la República Argentina*, Bs. As., 1911.

¹⁴ Boletín Oficial del 26 de marzo de 1976.

de esa ley, en su apartado b), autoriza al Poder Ejecutivo a expulsar a cualquier extranjero, aunque fuere residente, y sin limitación alguna a su situación familiar, tiempo de residencia, perjuicio patrimonial, etc., "cuando fuere condenado por la justicia argentina por delito doloso", sin limitación alguna tampoco respecto de la magnitud del delito ni de su naturaleza. El art. 2° establece que "la expulsión será decretada por el Poder Ejecutivo y su decisión será irrecurrible". El extranjero dispone de un plazo de cinco días para salir del territorio, pudiendo el Poder Ejecutivo mantenerlo detenido hasta su salida. El mero enunciado del contenido de esta ley revela que excede en mucho lo que puede ser una consecuencia administrativa de una condena en cuanto al derecho migratorio, sobre la base de la necesidad de una sana política migratoria, para convertirse en una ley penal que impone una pena accesoria que queda al arbitrio del Poder Ejecutivo y cuyas consecuencias pueden ser muchísimo más graves para el condenado que la que le imponga el Poder Judicial.

En orden a la nacionalidad y a la ciudadanía, la ley 21.705, del 18 de mayo de 1978¹⁵ dispone que los argentinos nativos perderán la nacionalidad como consecuencia de los delitos de traición en los términos de los arts. 29 y 103 de la Constitución Nacional. Esta disposición, que ha sido justamente criticada¹⁶, viola la letra clara del art. 67 inc. 11 de la Constitución¹⁷. Por otra parte, la misma ley priva de la ciudadanía adquirida al reincidente por delito doloso, siempre que alguna de las condenas fuese superior a tres años, siendo irrelevante que hubiese mediado indulto, como también que hubiese mediado amnistía. Sin perjuicio de la dudosa constitucionalidad de todo el contexto frente a la igualdad ante la ley, en lo que a la amnistía respecta pasa por alto la naturaleza jurídica de la misma¹⁸.

En general, podemos decir que este inconstitucional avance político-administrativo sobre el área penal es sumamente grave, al punto de que en cierto momento parece que el ámbito de bienes jurídicos que por medio del mismo queda sometido al arbitrio del Poder Ejecutivo, es enormemente superior que el que con garantías legales y constitucionales se reserva al Poder Judicial, siendo un fenómeno que debe estudiarse profundamente en los países latinoamericanos en especial, donde suele hallarse en conexión con la llamada ideología de la seguridad nacional¹⁹, aunque no esté reservado en modo alguno a este contexto geográfico ni ideológico. Por cierto, es un fenómeno fáctico que corre el riesgo de reducir al derecho penal a un resabio de materias que no interesan directamente al poder administrador, sustrayéndole la parte más importante y sometiéndola a una simple división de tareas dentro del sector ejecutivo, destruyendo de este modo todas las garantías arduamente constituídas a lo largo de la historia y, con ellas, las bases mismas del sistema republicano.

¹⁵ Boletín Oficial del 23 de mayo de 1978.

¹⁶ Cfr. RAMELLA, PABLO A., *Nacionalidad y ciudadanía*, Bs. As., 1979.

¹⁷ V. ZEBALLOS, ESTANISLAO S., *La nationalité*, 1914, I, 160; ROMERO DEL PRADO, VÍCTOR N., *Ciudadanía y naturalización*, Córdoba, 1930, pp. 70 y ss.

¹⁸ V. *supra*, § 101.

¹⁹ V. *supra*, § 191.

593. La llamada "pena de muerte" y otras formas institucionales de coerción penal. a) Nuestro país tiene una larga tradición abolicionista. Si bien la ley ha sufrido toda clase de alternativas, nuestros tribunales la han impuesto en una sola ocasión en los últimos ochenta y cinco años, y ello fue hace ya sesenta y tres años, lo que dio lugar a serias críticas. Pese a ello fue restablecida en 1970 y 1976²⁰.

La llamada "pena de muerte" estaba conminada en la ley 49 y Tejedor la mantuvo, pero fundándose en la "escasez de nuestros medios de represión" y sin descartar su futura abolición²¹. El código Tejedor la adoptó, prohibiendo que pudiese imponerse por presunciones (art. 91). Prescribía que la ejecución se hiciese con traje común (art. 92), suprimiendo los letreros y el uniforme del Código Bávaro, como también la forma agravada con la picota (arts. 6 y 7 del código de Baviera). Prohibía la ejecución de mujeres (art. 95) y ordenaba la ejecución pública (art. 93). El Proyecto Tejedor disponía: "Tampoco se ejecutará más de un reo por el mismo delito, aunque dos o varios incurriesen en la pena de muerte. Para saber en este caso quién ha de sufrir la pena se sortearán todos los condenados, y los que se salven por este acto quedarán sujetos a presidio por tiempo indeterminado, después de presenciar la ejecución de la pena capital. Exceptuándose de presenciar la ejecución los menores de 17 años, el marido y la mujer, y los parientes consanguíneos o afines dentro del 4° grado"²². Este artículo fue suprimido al sancionarse el proyecto como código penal de la Provincia de Buenos Aires.

La primera tentativa formal de abolir la pena de muerte tuvo lugar en 1868, cuando Nicasio Oroño presentó al Senado Nacional un proyecto cuyo art. 1° la abolía tanto en el orden civil como en el militar, por carecer de eficacia preventiva, y proponía reemplazarla por deportación y trabajo en un paraje del litoral patagónico que designase el Poder Ejecutivo, lo que consideraba una manera de afirmar la soberanía argentina sobre esa parte de nuestro territorio, que en esos años nos disputaba Chile. El proyecto fue girado a la Comisión de legislación, pero ésta no produjo despacho²³.

El Proyecto de Villegas, Ugarriza y García contenía similares disposiciones, no aplicando muerte a las mujeres, menores de 18 años, mayores de setenta, y no más de una pena capital por cada homicidio cometido, siendo la sentencia la que debía establecer a quién se le aplicaría (arts. 58 y 59).

²⁰ Sobre ello, BAIGÚN, DAVID, *El ordenamiento penal del nuevo Gobierno*, en NPP, 1978, nº 5, p. 411.

²¹ TEJEDOR, *Proyecto*, p. 95.

²² *Idem*, pp. 97-8.

El Código de 1886 establecía la pena de muerte, siguiendo los requisitos del proyecto antedicho, aunque suprimiendo la limitación de no ejecutar a más de un autor por cada homicidio (arts. 55 a 59). Cabe consignar que ni el código Tejedor ni el de 1886 establecieron el medio por el que se ejecutaría la pena, por lo cual ello correspondió al art. 706 del Proyecto de Código de Procedimientos de Manuel Obarrio, que establecía que "todo condenado a muerte será fusilado"²⁴.

El Proyecto de 1891 conservó también la pena de muerte, con la disidencia de Rivarola²⁵, aclarando que la misma se ejecutaría "por medio de la electricidad o el fusilamiento" (art. 11).

El proyecto de Segovia también admitía la pena de muerte por electrocución, aceptando el fusilamiento a pedido del condenado (arts. 44, 45, 46). El proyecto de 1906 repetía las disposiciones del proyecto de 1891, aunque suprimiendo toda referencia al medio y extremando las garantías procesales, en similar sentido al de Segovia (arts. 4 a 10). La ley 7029 —llamada de "seguridad social"— la conminaba para el "terrorismo político"²⁶.

Herrera se manifestó contrario a la pena de muerte²⁷ y su opinión y la de Rivarola pesaron sobre Moreno, que la suprimió en el proyecto de 1916, quien en la Exposición de Motivos dijo: "La pena de muerte entre nosotros ha sido un enunciado de la ley. Los tribunales la aplican poco, a pesar de que la reforma la prodigó y los poderes ejecutivos, cuando se pronuncian, la conmutan, no dando curso a las ejecuciones. Mantenerla es, como antes decía, conservar un enunciado, que no tiene objeto y que contraría el sentimiento nacional".

"Por eso, concordante con lo que he sostenido en diversas publicaciones, elimino del proyecto los artículos que la instituyen y reglamentan su aplicación, y modifíco, suprimiendo las palabras necesarias, los artículos que la mencionan".

"Las últimas ejecuciones producidas en la capital, que son las primeras que han tenido lugar en la República después de veinte años²⁸, no proporcionan un argumento. Bastaría leer los juicios de nuestra prensa, que con verdadera unanimidad se ha pronunciado en contra de la justicia salvaje que reprime el crimen contrario a la ley, con otro crimen que ella crea y hace ejecutar".

²³ Cfr. GARCÍA BASALO, J. C., *La colonización penal en Tierra del Fuego*. El frustrado proyecto de 1883, en "Rev. Arg. de Cs. Penales", 1977(5), pp. 75 y ss. (79).

²⁴ OBARRIO, MANUEL, *Proyecto de Código de Procedimientos en materia penal para los Tribunales Nacionales de la República Argentina redactado por el Dr. D. . . .*, Bs. As., 1882, p. 290.

²⁵ Cfr. RIVAROLA, *Derecho Penal Argentino*, pp. 317-8.

²⁶ Sobre ella: PAVÓN, CIRILO, *La defensa social. Medios preventivos y represivos con una carta-prólogo del Dr. Osvaldo Magnasco*, Bs. As., 1913.

²⁷ HERRERA, JULIO, p. 53-61.

²⁸ Se aplicaron en el llamado "caso Livingstone" (V. FLORES, ANDRÉS L., *Casos famosos de la crónica policial argentina*, Bs. As., 1975, pp. 93 y ss.; también revista "Fray Mocho", Bs. As., año 3, nº 118, julio 13 de 1914).

“Esperemos que esas condenas, demostrativas de la existencia de una pena olvidada, sean las últimas y sirvan en este momento para recordar el anacronismo del Código”²⁹.

Consecuentemente, el proyecto de 1917 la eliminaba también de la lista de penas (art. 5) y así se sancionó el código de 1921, aunque el Senado quiso reimplantarla por iniciativa del senador Melo³⁰. La Cámara de Diputados insistió en abolirla, criterio que primó por ser Cámara iniciadora³¹. Los proyectos posteriores la rechazaron, salvo la frustrada reforma del Senado de 1933³².

En 1927 el diputado Alberto Viñas presentó un proyecto de restablecimiento de la pena de muerte que no prosperó y en el que insistió en 1929 con igual suerte. El argumento en que se fundaba este proyecto merece ser recordado por folklórico e insólito: “El cuerpo humano posee un alma inmortal. Muerto aquél ésta sigue viviendo una eternidad; pero, según su conducta en la tierra, irá al cielo, al purgatorio o al infierno. El cielo les está vedado a los criminales; irán al purgatorio o al infierno, según sus acciones. Dentro de estas ideas, mientras el alma está encarnada en el cuerpo, crea pecados o prepara su gloria. Un criminal incorregible estropeará lamentablemente su alma. Suprimirle su vida es obra piadosa, porque es quitarle la ocasión de pecar; es el mejor bien que puede hacersele”. Este “proyecto”, cuyo autor pretendía fundar en el pensamiento “católico e indostánico”, constaba de un único artículo: “Restablécese la pena de muerte en el Código Penal vigente”³³.

En 1930, el régimen de facto emitió un “bando” que arrasaba con la garantía del debido proceso legal e imponía la muerte por delitos de ínfima importancia: “1°. Todo individuo que sea sorprendido *in fraganti* delito contra la autoridad y bienes de los habitantes, o que atente contra los servicios y seguridad pública, será pasado por las armas, sin forma alguna de proceso. 2°. Las fuerzas que tengan a su cargo el cumplimiento de este bando, sólo podrán hacerlo efectivo bajo la orden y responsabilidad de un oficial de ejército de mar y tierra de la Nación. Los suboficiales que sorprendan a cualquier individuo en las condiciones antedichas, deberán detenerlo y someterlo de inmediato a la disposición de primer oficial a su alcance para su ejecución”. A esto siguió la modificación del código por decreto y el sometimiento de civiles a la justicia castrense. Oficialmente se practicaron cinco ejecuciones³⁴.

²⁹ Proyecto, 1916, p. 18.

³⁰ El Senado la quiso reincorporar contra el dictamen de su propia Comisión (V. RAFFO DE LA RETA, J. C., *Código Penal Argentino*, Bs. As., 1921, II, pp. 287-8).

³¹ V. la respuesta de la Comisión de Diputados en RAFFO DE LA RETA, J. C., II, 336-7. Pocas voces se alzaron contra la abolición de la pena de muerte en 1921. Una expresión aislada fue la de JOSÉ MARÍA PAZ ANCHORENA, *La supresión de la pena de muerte en la República Argentina*, en “Rev. Penal Argentina”, II, 1923, pp. 27 y ss.

³² V. PECO, JOSÉ, *La reforma penal en el Senado de 1933*, La Plata, 1936.

³³ Cámara de Diputados, *Diario de Sesiones*, año 1927, I, 247.

³⁴ PORTO JESÚS, E., *La pena de muerte en la República Argentina*, en LL,

En 1933, además de la frustrada reforma senatorial, el senador Villafañe presentó un proyecto reimplantando la pena capital para estragos, algunos homicidios calificados, secuestros, robo en banda y ciertos delitos contra la autoridad, que no tuvo éxito. En 1932 la Academia Nacional de Derecho había recomendado su reimplantación. En 1960 el Poder Ejecutivo remitió un proyecto que la reimplantaba para ciertos delitos contra la seguridad pública seguidos de muerte o lesiones graves o gravísimas, pero el Congreso rechazó su restablecimiento³⁵.

El 2 de junio de 1970, con motivo del secuestro del ex presidente Aramburu, el gobierno de facto dictó la ley 18.701, de redacción harto defectuosa, que sorpresivamente restableció la pena de muerte para reprimir los siguientes delitos:

a) Privación ilegal de la libertad personal "si con motivo u ocasión del hecho resultare la muerte o lesiones gravísimas para alguna persona", o "cuando el culpable no entregare a la persona ilegalmente privada de la libertad o no diere razón satisfactoria de su paradero". Obsérvese que este inciso penaba con muerte un delito preterintencional y no un concurso doloso, aunque no creemos que esa haya sido la intención de sus redactores.

b) Atentado con armas "contra un buque, aeronave, cuartel o establecimiento militar o de fuerza de seguridad, o sus puestos de guardia, o su personal".

c) Uso ilegítimo de insignias, distintivos o uniformes correspondientes a las fuerzas armadas o de seguridad a fin de "preparar, facilitar, consumir u ocultar cualquier delito que tuviere prevista una pena máxima superior a ocho años de reclusión o prisión, o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para si o para otro".

La ley 18.701 fue derogada por la 18.953 del 17 de marzo de 1971, que agregó la pena de muerte al art. 5° del Código penal e incorporó como art. 5 bis, el siguiente: "La pena de muerte será cumplida por fusilamiento y se ejecutará en el lugar y por las fuerzas que el Poder Ejecutivo designe, dentro de las cuarenta y ocho horas de encontrarse firme la sentencia, salvo aplazamiento que éste podrá disponer, por un plazo que no exceda de diez días".

Cabe advertir que en la ley 18.953 la pena de muerte fue establecida en forma alternativa con la de reclusión perpetua, a diferencia de lo que acontecía con la deplorable ley 18.701, que la introdujo como pena única.

La pena de muerte incorporada al Código penal por la ley 18.953 fue derogada el 28 de diciembre de 1972 por la ley 20.043, oportunidad en la cual era aplicable a los mismos delitos tipificados en la ley 18.701, (arts. 142, 210 ter y 247 bis del código) y, además, al homicidio agravado por concurso premeditado de dos o más personas en ocasión de un robo, art. 80; al homicidio calificado por la calidad o investidura de la víctima o por simulación de autoridad, art. 80 bis; al que condujera a una persona

1005 y ss. (1025); MORENO (h), RODOLFO, *El problema penal*, Bs. As., 1933, pp. 95 y ss.

³⁵ V. DE LA RÚA, 112.

fuera de las fronteras de la República, con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otro, de alistarla en un ejército extranjero o en una organización subversiva, art. 145, y al uso ilegítimos de insignias, documentos de identidad, distintivos o uniformes de las fuerzas armadas o, de seguridad para consumir u ocultar los delitos de privación ilegal de la libertad o robo con armas, art. 247 bis, de los textos entonces vigentes.

La vigencia de la pena de muerte establecida por las leyes 18.701 y 18.953 se extendió desde el 3 de junio de 1970 hasta el 28 de diciembre de 1972, y no se tradujo en ninguna sentencia que la impusiera.

En el curso de nuestra evolución legislativa en el presente siglo, la pena de muerte fue reclamada preferentemente por razones políticas circunstanciales y en contra de la abrumadora mayoría de la doctrina nacional, que se manifiesta abiertamente abolicionista³⁶. Creemos que igual sentimiento se manifiesta en la magistratura.

La ley 21.338 del 25 de junio de 1976 incorporó nuevamente la pena de muerte al artículo 5º del Código penal e introdujo, como art. 5º bis, las mismas normas que había establecido la ley 18.953 respecto al cumplimiento de la pena, que no ha sido aplicada hasta el presente.

La pena de muerte se conmina, alternativamente con la de reclusión perpetua en unos casos y con la de reclusión o prisión perpetua, en otros, en los siguientes delitos:

a) Homicidio calificado por la calidad o investidura de la víctima o por simulación de personalidad, art. 80 bis; privación de la libertad seguida de muerte, art. 142 ter, primer párrafo, y atentados con armas contra bienes o establecimientos militares o de las fuerzas de seguridad, art. 225 ter.

b) Delitos con fines subversivos seguidos de muerte o de lesiones gravísimas, a saber: privación de la libertad, art. 142 ter, segundo párrafo; incendio, art. 186, inc. d); explosión, art. 187 bis, inc. d); estragos, art. 187; atentados contra medios de transporte, art. 190, cuarto párrafo y 190 bis, cuarto párrafo; piratería, art. 199; envenenamiento o adulteración de aguas, alimentos o medica-

³⁶ Así, SOLER, II, 362; NÚÑEZ, II, 352; FONTÁN BALESTRA, III, 398; RAMOS, II, 410; GÓMEZ, I, 581; MORENO, I, 351; MALAGARRIGA, I, 103; RIVAROLA, 319; OBARRIO, 379; HERRERA, p. 53; PECO, *La reforma penal argentina de 1917-20*, Bs. As., 1921, 194; PIÑERO, O., *Derecho Penal*, Bs. As., 1909, p. 295; etc. Las únicas excepciones relevantes fueron MOYANO GACITÚA (pp. 254-5) y, más comprensible por la época y por su argumento eminentemente circunstancial, la de CARLOS TEJEDOR. Un libro en defensa de la pena de muerte, de escaso valor filosófico, pese a que lo pretende, se publicó hace años en Buenos Aires, sin ningún eco (NÚÑEZ, DAVID, *La pena de muerte frente a la Iglesia y al Estado*, Bs. As., 1956).

mentos, art. 200, tercer párrafo, y asociación ilícita, art. 210 ter.

Cabe considerar que la pena de muerte se ve dificultada también en su aplicación práctica, puesto que el art. 11 del código procesal de la Capital exige que sea impuesta únicamente por unanimidad de votos del tribunal íntegro que conozca de la causa en única instancia. De cualquier forma, casi no han existido votos aislados en los casos concretos, lo que viene a confirmar el sentimiento abolicionista de nuestra magistratura penal.

Desde antiguo la llamada "pena de muerte" ha dado lugar a los más enconados debates en torno de su legitimidad y conveniencia³⁷. El razonamiento escolástico con que se la justificaba no es

³⁷ Una idea del mismo puede darla la bibliografía alemana al respecto: *Sechs Aufsätze nicht ohne Paradoxie und Wahrheit* (anónimo; "de un extranjero —dice— y, por ende, de un original") Berlín u. Leipzig, 1781; LIST, JOANNES FREDERICUS, *De poena gladii*, 1726; CARRIERE, MORIZ-NOELLER, FRAEDRICH, *Wissenschaft und Leben in Beziehung auf die Todesstrafe*, Darmstadt, 1845; DIESTEL, H., *Das Problem der Todesstrafe*, Königsberg, 1848; MITTERMAIER, C. J., *Die Todesstrafe*, Heidelberg, 1862; MEHRING, *Die Frage von der Todesstrafe*, Stuttgart, 1867; LUCAS, CH., *De l'abolition de la peine de mort en Saxe*, Orleans, 1869; KOHLER, K., *Die Bidel und die Todesstrafe*, Leipzig, 1869; MÜLLER, MORITZ, *Der unbedingte Ausspruch dass die Todesstrafe eine Sünde vor Gott und Menschen sei, ist weiter nichts als ein leeres Gerede*, Stuttgart, 1870, BITZJUS, A., *Die Todesstrafe*, Berlín, 1870; LUCAS, CH., *Lettre a Son Excellence M. le Comte de Bismarck Chancelier Fédéral á l'occasion de son discours au Parlement Fédéral sur l'abolition de la peine de mort*, Paris, 1870; HOLTZENDORFF, FRANZ VON, *Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe*, Berlín, 1875; LIEPMANN, M., *Die Todesstrafe*, Berlín, 1912; RUESCH, ARNOLD, *Todesstrafe und Unfreiheit des Willens*, Darmstadt, 1927; DEHNOW, *Das Für und Wider der Todesstrafe*, Stuttgart, 1930; GREINWALD, SIGISBERT, *Für und Wider die Toddesstrafe*, München, 1931; del mismo, *Die Todesstrafe*, Bamberg, 1948; KOHLRAUSCH, EDUARD, *Todesstrafe*, 1935; etc. Sobre la abolición de la pena de muerte en Alemania Federal: DÜSSING, BERNHARD, *Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung ihres parlamentarischen Zustandekommens*, Diss., Freiburg, 1952. En la literatura más próxima: MERGEN, ARMAND, *Dokumentation über die Toddesstrafe*, Nürnberg, 1963; MAURACH-EB. SCHMIDT-PREISER-JESCHECK-PORTMANN-KRETSCHMER-HUTH-MÜLLER-MEININGEN-SÜSTERHENN-BOCKELMANN-KÜNNETH-LÖWIRH, *Die Frage der Todesstrafe, Ja oder Nein?* Freiburg, 1962; WÜRTEMBERGER, THOMAS, *Das Problem der Todesstrafe*, en "Universitas", octubre de 1961, pp. 1091 y ss.; WOLF, ERNST, *Naturrecht oder Christenrecht Todesstrafe*, 1960; ALT, HANS PETER, *Das Problem der Todesstrafe*, 1960; ERMECKE, GUSTAV, *Zur ethischen Begründung der Todesstrafe heute*, Paderborn, 1963; OHM, A., *Das Todesurteil in seiner Auswirkung auf die Persönlichkeit*, Stuttgart, 1956; BÜCHERT, HERBERT, *Die Todesstrafe*, Berlín, s.f.; ALTHAUS, PAUL, *Die Toddesstrafe als Problem der christlichen Ethik*, München, 1955; KELLER, DIETER, *Die Todesstrafe in kritischer Sicht*, Berlín, 1968; BARRING, LUDWIG, *Götterspruch und Henkerhand, die Todesstrafe in der Geschichte der Menschheit*, 1967; HOFFMANN, EDUARD, *Der Ruf nach dem Scharfrichter*, Hamburg, 1967; ROSSA, KURT, *Todesstrafen*, Oldenburg, 1966; GLOEGE, GERHARD, *Die Todesstrafe als Theologisches Problem*, Köln, 1966;

compartido por toda una corriente cristiana que encuentra apoyo en el cristianismo primitivo, en la Patrística, San Agustín, Pedro Abelardo y Duns Escoto. San Agustín afirmaba que "es una soberbia absolutamente intolerable que el hombre constituido en autoridad disponga de la vida de sus semejantes"³⁸. El pensamiento justificador escolástico es coincidente con los planteamientos organicistas, y, por consiguiente, próximo al que en siglos después expusiera Garofalo en parecido sentido. La crítica del mismo la formula correctamente Rodríguez Bachiller: "Todo hombre que es nocivo a la sociedad o perturba el orden social, hay que separarlo de la misma sociedad. Es así que el criminal es tal. Luego hay que separarlo de la misma sociedad; luego la pena de muerte es justa y lícita. Observad, amigos, que la 2da. regla de los términos que puso Aristóteles en su Dialéctica, es un tránsito de un orden a otro; del orden social al orden vital. Habría que separar al criminal del orden social que perturbó, no de la vida, que no ha perturbado. La teoría estaba mal formulada y mal resuelta por Doctores medievales; hoy habría que aducir la separación de la sociedad; y para que se evitasen los abusos, no debía ser la sociedad tan indulgente en soltar a los criminales de las cárceles"³⁹. En análoga línea de pensamiento, se afirma contemporáneamente que la pena de muerte constituye una usurpación del poder divino⁴⁰.

En el pensamiento penal racionalista fue Beccaria quien llevó la voz cantante contra la pena de muerte aunque, como correspondía más al pensamiento iluminista que al revolucionario, admitía la misma siempre que el sujeto, aún preso, tuviese suficiente poder para hacer peligrar al gobierno constituido, es decir que, paradójicamente, sólo admitía la pena de muerte por causas políticas⁴¹.

SEWING, JOHANNA, *Studien zur Todesstrafe im Strafrecht*, Boon, 1966; REPS, ALBERT, *Das Problem der Todesstrafe*, Stuttgart, 1965; FORSMANN, WERNER, *Gedanken zur Todesstrafe*, en "Universitas", abril de 1965, 343 y ss.; SCHUH-MANN, HELMUT, *Der Scharfrichter, Seine Gestalt - Seine Funktion*, Allgäu, 1964; KOESTLER-CAMUS-MÜLLER-MEININGEN-NOWAKOWSKI, *Die Rache ist mein*, Stuttgart, 1961; DREHER, EDUARD, *Für und wider Todesstrafe*, en "Bemühungen um das Recht", München, 1972, pp. 81 y ss.

³⁸ SAN AGUSTÍN, Obras, XV, p. 87.

³⁹ Citado por VECILLA DE LAS HERAS, LUIS, *La Iglesia y la pena capital. Comentarios a un artículo del P. Messineo sobre la pena de muerte*, "Rev. de estudios Penit.", Madrid, 1964 (20), pp. 653 a 679 (668).

⁴⁰ Así CARNELUTTI, *El problema de la pena*, Bs. As., 1946, pp. 45-6.

⁴¹ BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, 1822, p. 118. Similar opinión de RÖDER en apéndice al anterior, p. 145.

Contemporáneamente se han renovado los argumentos que se vienen esgrimiendo a lo largo de toda la historia del antiguo debate ⁴².

La llamada pena de muerte sería la más radical de las penas corporales o aflictivas, es decir, de las penas que se ejecutan sobre el cuerpo mismo del condenado. Nuestra Constitución se pronuncia expresamente contra ella prohibiéndola por causas políticas. No obstante, no hay una disposición constitucional expresa respecto de las causas no políticas, al estilo de las que contienen las constituciones más modernas, como la alemana (art. 102) o la italiana (art. 27). La abolición del art. 102 constitucional de la República Federal Alemana es absoluta, mientras que la Constitución de la República Italiana exceptúa los casos previstos por las leyes militares de guerra ⁴³. En general, hay una tendencia a su supresión en las legislaciones penales del mundo, estando abolida de hecho en muchos países que la conservan, donde su aplicación se ha restringido y hecho muy excepcional. Los regímenes de terror rara vez acuden a ella, reemplazándola hoy por el asesinato político. En el plano de la derogación formal, Portugal tiene la primacía, por haber adoptado la posición abolicionista hace bastante más de un siglo ⁴⁴.

⁴² V. por ejemplo la completa exposición de BERISTAIN, ANTONIO, *Pro y contra de la pena de muerte en la política criminal contemporánea*, en "Rev. Arg. de Cs. Penales", mayo-setiembre 1977, pp. 10 y ss.; CAPOLUPO, ENRIQUE R., *La pena de muerte*, en la misma, pp. 46 y ss.; KOESTLER, ARTHUR-CAMUS, ALBERT, *La pena de muerte*, Bs. As., 1960; PORTO, JESÚS E., *La pena de muerte*, Bs. As., 1943; RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, *De nuevo la pena de muerte* en RJV, nº 3, 1977, pp. 7 y ss.; BAIGÚN, *Actualidad de las ideas de política criminal del código penal de 1921 en el ámbito de la pena de muerte*, en "Actas...", cit., Univ. de Belgrano, pp. 61 y ss.; FROSALI, RAÚL ALBERTO, *Sulla pena di morte in generale en el diritto penale comune italiano*, en "Hom. al P. Pereda", Bilbao, 1965, p. 387; BARBERO SANTOS - BERDUGO G. DE LA TORRE - BERISTAIN IPIÑA - COBO DEL ROSAL - GARCÍA VALDÉZ - GIMBERNAT ORDEIG, *La pena de muerte: seis respuestas*, Madrid, 1978.

⁴³ NUVOLONE, *Le probleme de la peine de mort en Italie*, en "Trent' anni...", Padova, 1969, pp. 464 y ss.

⁴⁴ V. FACULDADE DI DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, *Pena de morte, coloquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal* (4 vol.); también: Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *La pena Capital* (I, *Su evolución hasta 1960*; II, *Su evolución desde 1961 hasta 1965*), New York, 1968; un panorama general en el mundo hacia 1972; BASSIOUNI, M. CHERIF-LAHEY, KATHLEEN-SANG, LEWIS M., *La peine de mort aux Etats-Unis. L'état de la question en 1972*, en "Revue de Science Criminelle et de D. Pénal Comp", París, 1973, pp. 23-43 (pp. 42-3). Sobre formas de ejecución históricas y actuales, SUEIRO, DANIEL, *El arte de matar*, Madrid, 1968; con horribles detalles técnicos, ROSSA, KURT, *La pena de muerte*, Barcelona, 1970; también CUELLO CALÓN, op. cit., 113 y ss.; HENTIG, op. cit., 187 y ss. Sobre la legislación comparada BARBERO SANTOS - BERDUGO G. DE LA TORRE - BERISTAIN IPIÑA - COBO DEL ROSAL -

En la Iglesia Católica se han alzado muchas voces en contra de esa pretendida "pena" y particularmente esclarecedor ha sido el debate judicial en torno de la misma que se libró hace una década en la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Con motivo de las condenas que tuvieron lugar en España en septiembre de 1975, el Papa Pablo VI dijo el 21 de dicho mes, a los peregrinos de la Plaza de San Pedro, que lo preocupaban "las condenas a muerte dictadas contra los terroristas en España", agregando: "Deploramos los actos criminales, pero nos gustaría que éstos fueran reprimidos por una justicia que sepa cómo ser magnánima en su clemencia". En el Estado Vaticano la abolición formal tuvo lugar en 1969. Beristain concluye en que "a la luz de la teología católica, la pena de muerte no puede admitirse, pues le faltan los requisitos elementales que el Evangelio exige a toda sanción penal"⁴⁵.

En los Estados Unidos varios Estados conservan aún la llamada "pena de muerte", pese a que casi no se aplica, lo que contrasta con su anterior política penal. Basta pensar que una de las últimas aplicaciones fue en 1963, lo que revela su enorme retroceso, si tenemos en cuenta que en ese país, desde 1930, tuvieron lugar casi cuatro mil ejecuciones.

El 29 de junio de 1972, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional la llamada "pena de muerte". El 18 de febrero del mismo año, la Corte de California la había declarado inconstitucional en su Estado. Ambas Cortes se fundaron en que la pena de muerte es contraria a la enmienda octava de la constitución, que prohíbe las penas "crueles e inusitadas". La sentencia fue dictada por mayoría de un voto (cinco jueces contra cuatro). En el fondo del debate se descubre un serio problema político, que hace a la función que debe cumplir la Corte Suprema: "Para unos, los principios contenidos en la Constitución deben ser interpretados en una óptica dinámica y en función de la realidad cambiante. En tal perspectiva, la Corte Suprema debe jugar un papel activo y puede incluso, en ocasiones, ser el instrumento necesario para la realización de una política progresista. Para otros, por el contrario, la Corte debe atenerse, en el ejercicio de su función de vigilancia, a las soluciones expresamente previstas por el derecho positivo y no debe, en modo alguno, sustituirse a los órganos políticos del Estado"⁴⁶. De esta segunda posición participaron los jueces que votaron en disidencia, e incluso uno de ellos dejó a salvo su opinión personal abolicionista.

GARCÍA VALDEZ - GIMBERNAT ORDEIG, *La pena de muerte: seis respuestas*, Madrid, 1978.

⁴⁵ BERISTAIN, ANTONIO, *El catolicismo ante la pena de muerte*, en *La pena de muerte. Seis respuestas*, cit., pp. 161 y ss.

⁴⁶ HERRMANN, JOACHIM-MARTY, DICK F., *Vers l'abolition de la peine de mort aux Etats-Unis?* en "Rev. de D. Pénal et de Criminologie", Bruxelles, 1973, p. 835; YAÑES ROMÁN, *Anticonstitucionalidad de la pena de muerte en los Estados Unidos de América, Furman Vs. Georgia*, en "Anuario", Madrid, 1973, p. 231 y ss.; BASSIOUNI-LAHEY-SANG, op. et loc. cit.

Los argumentos de los jueces que votaron por la inconstitucionalidad de la pena capital coincidían en que ella violaba el precepto que proscribía las penas "cruelles e inusitadas", pero sus fundamentos fueron diferentes. Para el juez Marshall, la pena era inaceptable para el pueblo americano e incompatible con las concepciones morales de la época. Para el juez Brennan es una sanción cruel e inusitada porque es contraria a la dignidad del hombre, es impuesta de manera arbitraria, es inaceptable para la sociedad en que vivimos y es excesiva. Los jueces Steward y White no descartaron totalmente la posibilidad de que la pena de muerte pueda conminarse para algunos delitos, pero bien determinados y sin que sea admisible que su aplicación quede librada al criterio subjetivo de los jueces y jurados, que pueden optar cuando quieran. Para el juez Douglas —el más antiguo magistrado de la Corte— la pena de muerte es contraria al principio de igualdad ante la ley, basándose en datos estadísticos que revelan que la pena de muerte fue aplicada preferentemente a los negros y a los hombres socialmente más desvalidos. El juez Douglas concluía en que "una ley que prescribiese la exclusión de la pena de muerte para los ciudadanos que gozasen de una entrada anual superior a los 50.000 dólares, sería igualmente rechazable que una ley que, en la práctica, reserva la pena de muerte para los negros, para los que no han superado el quinto año de escolaridad, que no ganan más de 3.000 dólares por año o para los que son los relegados sociales y que son mentalmente retardados"⁴⁷.

En junio de 1976, después que la legislación penal había circunscripto los casos en que la pena de muerte podía imponerse, limitando de este modo las anteriores facultades arbitrarias de los tribunales, tanto en los órdenes federal como estatal, la Corte Suprema alteró su anterior posición y la reconoció constitucional, por siete votos contra dos (los de los jueces Brennan y Marshall, quienes siguieron fieles a su anterior postura; Douglas ya no integraba el Tribunal). Lo cierto fue que al revisarse la declaración de inconstitucionalidad, los condenados que se enfrentaban a una posible ejecución eran 582, suma compuesta por 300 negros, 260 blancos, 13 chicanos, 8 indios y un portorriqueño⁴⁸, lo que viene a confirmar la afirmación de Douglas de 1972.

En el Reino Unido la llamada pena de muerte fue suspendida para el asesinato por un período experimental en 1965, lo que se convirtió en abolición en 1969. En 1975 una moción para reimplantarla fue derrotada en la Cámara de los Comunes. Lo mismo sucedió, aunque por un margen mucho más amplio de votos, en 1979⁴⁹. La Asamblea Nacional Francesa la abolió totalmente, después de ciento setenta y un años de vigencia del código de Napoleón, el 18 de setiembre de 1981⁵⁰.

⁴⁷ HERRMANN-MARTY, op. cit., p. 839.

⁴⁸ AFP, noticia publicada en Buenos Aires el 3 de julio de 1976.

⁴⁹ V. las noticias del "Daily Mail" del 20 de julio de 1979 y de "Le Figaro" del 21 de julio de 1979.

⁵⁰ Noticias de AFP publicada en los diarios de Buenos Aires el 19 de setiembre de 1981.

Por nuestra parte *entendemos que la pena de muerte es inconstitucional en la legislación argentina*. Consideramos tan patente su inconstitucionalidad —a la que se añade su falta de vigencia efectiva— que no la tratamos, considerándola directamente no escrita en nuestra ley. Las razones en que fundamos nuestra afirmación son varias: 1º) La llamada “pena de muerte” no es una pena; 2º) constituye una forma de tormento proscripta por el art. 18 constitucional; 3º) es un medio groseramente inadecuado para la obtención del fin propuesto, lo que choca contra el sistema republicano establecido en el art. 1º constitucional; 4º) viola el art. 18 al imponerse por causa política; 5º) subvierte el orden de valores señalado por la Constitución Nacional.

Entendemos que es muy claro que, para el actual horizonte de proyección de la ciencia del derecho penal, *la “pena de muerte” queda fuera del concepto jurídico-penal de pena*. Hemos visto que en el derecho penal actual la pena cumple una función de seguridad jurídica mediante una acción resocializadora sobre el penado y hemos dado las razones que fundamentan este aserto, por lo que no cabe repetir las aquí. También hemos puesto de manifiesto que incluso quienes hoy no comparten este punto de vista y, por consiguiente, se pliegan a la tesis de la prevención general, tampoco niegan que la pena carezca de función preventivo-especial, sino que, más bien, se inclinan por considerar que responde a un doble objetivo.

En cualquiera de las concepciones corrientes de la pena, lo cierto es que nadie niega a la misma una función preventivo especial de carácter resocializador y, frente a esta unanimidad, resulta muy claro que la “pena de muerte” en modo alguno puede cumplir semejante función, sino que, por el contrario, no significa más que la supresión definitiva e irreversible del hombre, que no entra dentro del concepto contemporáneo de pena, sino que es un simple impedimento físico, similar al que puede consistir en amputar una mano al carterista o en colocar una pared que impida el avance de peatones y vehículos. Esta conclusión pone suficientemente de relieve que, por no responder a los caracteres que debe tener cualquier pena en el actual horizonte de proyección del derecho penal —es decir, en el horizonte de proyección del mismo en el actual estadio de nuestra cultura— su tratamiento ya no corresponde al

derecho penal, restando por verse únicamente si es admisible como medida a cualquier otro título, para el resto del orden jurídico ⁵¹.

A este último respecto, creemos que la llamada "pena de muerte" *está proscripta de nuestra legislación positiva en función de lo dispuesto por el art. 18 constitucional*, haciendo nuestros los argumentos del juez Brennan, de la Corte Suprema de los Estados Unidos. El art. 18 de nuestra Constitución dice: "Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes". Dentro de una interpretación estática y petrificada de ese texto, surgiría *a contrario sensu*, que la pena de muerte por causas que no son políticas no está abolida en nuestro texto constitucional. No obstante, la Constitución —como ningún texto jurídico— puede ser interpretado de esa manera. A la interpretación estática, se opone una interpretación progresiva, que en modo alguno implica una interpretación libre del mismo, sino su entendimiento conforme a la mutación de las valoraciones éticas y de las circunstancias reales, que varían como resultado ineludible de la dinámica social, toda vez que cualquier sociedad humana es eminentemente dinámica, no concibiéndose una sociedad humana totalmente estática ⁵², por muy escaso que sea su "calor histórico" ⁵³.

La oposición entre una interpretación estática y otra dinámica de la Constitución, se patentizó principalmente en la jurisprudencia norteamericana, poniéndose de manifiesto una vez más en la declaración de inconstitucionalidad de la pena de muerte en 1972, particularmente en el voto del juez Douglas. Es una corriente jurisprudencial de realismo jurídico que se perfiló a partir de los problemas jurídicos planteados por la política del "New Deal" de Franklin D. Roosevelt ⁵⁴. En definitiva, creemos que el problema se remonta al jusnaturalismo escolástico, cuando se preguntaba cómo podía concebirse una ley que fuese eterna e inmutable y que, sin embargo, debía regir una realidad permanentemente cambiante. No obstante, dada la universalidad del fenómeno, no es necesario participar de las conclusiones de esta corriente doctrinaria para admitir las consecuencias de una interpretación progresiva, sino que ella se impone a

⁵¹ Cabe apuntar que ADÁN QUIROGA consideraba ya que no reunía los requisitos de la pena por no ser moral, personal, divisible ni reformadora y por ser irreparable (*Delito y pena*, Córdoba, 1886, pp. 324-5).

⁵² Conforme MC IVER, R. M. PAGE, CHARLES A., *Sociología*, Madrid, 1961, pp. 5-6.

⁵³ La expresión es de CLAUDE LÉVI-STRAUSS, *Antropología estructural*, Bs. As., 1972, p. XLV.

⁵⁴ Sobre los desarrollos doctrinarios del mismo, RECASÉNS SICHES, LUIS, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1963, II, 619 y ss.

cualquiera que no pretenda quedarse en un mero análisis exegético de la ley.

Jamás nuestra jurisprudencia —como ninguna— ha interpretado nuestra Constitución en forma estática. En cualquier aspecto jurídico la interpretación constitucional se ha mostrado dinámica (piénsese en el problema de la autarquía administrativa, por ejemplo, no contemplada constitucionalmente, sino sólo impuesta por razones prácticas de orden técnico y financiero⁵⁵). Como es lógico, tampoco una disposición tan fundamental como el art. 18 podía sustraerse a esta regla. En 1853 el concepto de “tormento” no abarcaba la “pena de muerte”, porque la sensibilidad de la época no veía en ella un tormento. Sin embargo, no puede decirse lo mismo en la actualidad. “Tormento” es una acción de infligir dolor a un sujeto, y el sentimiento medio actual nos señala que una amenaza de muerte que pende sobre un sujeto durante todo un proceso es un tormento, sin contar con que no hay ninguna de las formas corrientes de aplicación de la misma que en el plano físico resulte totalmente indolora. Este último aspecto, de cualquier manera, es secundario, frente al dolor psíquico y al daño de esta naturaleza producido por la angustia del proceso y de las horas previas a la ejecución. Este sufrimiento está ampliamente descrito en múltiples documentos y testimonios —de los que frecuentemente han hallado eco en la literatura— y que han hecho carne en la sensibilidad de nuestra época, dándole el carácter de un tormento, *al menos en los países a cuya cultura pretendemos pertenecer y en el marco de la religión que nuestro Estado sostiene por imperio constitucional.*

Además de lo expuesto, la introducción de la llamada “pena de muerte” en nuestra legislación, *choca frontalmente contra el principio republicano de gobierno, por tratarse de un medio groseramente inadecuado para la obtención del fin propuesto por el legislador, lo que viola la exigencia de racionalidad de los actos de gobierno, impuesta por ese principio.*

Conforme al principio republicano de gobierno del art. 1º constitucional, los actos de gobierno —que incluyen la actividad legislativa— deben ser racionales, es decir, que deben proveer los medios racionalmente adecuados para la obtención de los fines pro-

⁵⁵ Cfr. BIELSA, *Compendio de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1960, p. 148.

puestos. Cuestiones políticas son tanto la selección de los fines como la de los medios y, como tales, corresponden a los llamados "poderes políticos" del Estado, siendo, por principio, ajenas a la competencia del Poder Judicial. No obstante, esta ajena incumbencia tiene un límite, porque al Poder Judicial le corresponde el sostenimiento del principio republicano de gobierno cuando la selección de los medios es *groseramente* inadecuada para la obtención de los fines, en forma tal que deje de ser una cuestión de criterio político, para convertirse en una solución arbitraria y ciega a toda luz racional. Tal es el criterio que ha seguido desde antiguo nuestra Corte Suprema, que ha entendido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no son adecuados a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad⁵⁶. Creemos que, decididamente, tal es el caso de la "pena de muerte" en nuestro país.

La reimplantación de la misma ha obedecido al propósito de combatir la delincuencia subversiva, particularmente en su forma de terrorismo, la que en su casi totalidad es una manifestación de autoría por conciencia o por conciencia disidente. Creer que se puede combatir la delincuencia subversiva con la conminación de la llamada "pena de muerte", es una verdadera ingenuidad a la luz de los conocimientos más elementales del problema. Mucho más ingenua es la tesis que cree en esa posibilidad mediante una conminación legal que en la práctica judicial es abstracta, porque se prescribe en forma alternativa, porque requiere el voto unánime del tribunal pleno y porque el Poder Judicial es abolicionista.

El autor por conciencia se caracteriza por experimentar la necesidad de su conducta como un imperativo de conciencia, respondiendo a un sistema de valores cerrado y completo. Quien así procede no puede vivenciar la conminación penal de la muerte sino como una ocasión más de reafirmar y poner a prueba sus valoraciones. Por demenciales que nos parezcan los valores de una conciencia disidente, el fenómeno en sí mismo no cambia. La conciencia disidente es un fenómeno que permanece idéntico, sea que su contenido ideológico nos parezca razonable o que se nos presente como reacción altruista o como necesidad criminal. Algo análogo pasa

⁵⁶ V. *Fallos*, 98-20; 147-402; 150-89; 160-247; 171-348; 199-483; 200-450; 247-121; 249-252; 250-418; 253-478; 256-241; 263-460; 288-325; etc.

con los fenómenos que estudia la psicopatología: el contenido ideativo delirante no altera el mecanismo básico del delirio e incluso puede variar en el curso del fenómeno que sufre el mismo sujeto.

Una posición altamente equilibrada y digna de tomarse en cuenta en lo que al terrorismo respecta, es la de Werner Olscher, quien destaca que la ideología no cumple un papel decisivo en el terror. Recuerda los extremistas de "izquierda" que pertenecieron a grupos de extrema "derecha". Precisa que un fanático anarquista ya juega con su vida permanentemente, que *para quien se siente mártir la pena de muerte es un suicidio de protesta* y que la "amenaza de pena de muerte puede aumentar el peligro de la víctima de un secuestro", por ejemplo. Consigna que otros son los medios de lucha contra el terrorismo y recuerda que Alemania Federal aumentó sus penas dentro de límites racionales, instituyó al "testigo de la Corona" y limitó ciertas garantías procesales, preconizando una mejor y más justa cooperación internacional. "No puede defenderse al Estado de derecho contra el terrorismo —dice Olscher— en forma que se convierta en un Estado policíaco"⁵⁷, y concluye suscribiendo la opinión del director de un diario vienés: "Para una efectiva prevención de los atentados terroristas no hay recetas caseras. En último análisis, el éxito sólo puede ser alcanzado si cambiamos nuestra sociedad en forma que tales delitos sólo puedan ser la expresión de una enfermedad mental"⁵⁸.

La delincuencia subversiva —como cualquier forma de delincuencia— no puede combatirse con la creación de un impedimento físico consistente en la supresión de todos los autores por conciencia, sino buscando remedios mediante una profunda reflexión acerca de la sociedad misma, que engendró esa modalidad delictiva de la misma forma que engendra todas las restantes. Una sociedad altamente anónima generará la tendencia a buscar la autoafirmación por la vía de la simplificación en sistemas cerrados de valores, con discursos llenos de componentes autoritarios que no dejan margen para la argumentación racional. La única solución es la creación de condiciones sociales que disminuyan la anomia y habitúen al enfrentamiento con la realidad mediante el empleo de un instrumento que siempre está al alcance del hombre, pero que frecuentemente desdeña: la razón. Todo lo demás es como pretender curar la sífilis tratando quirúrgicamente los chancros y, en nuestro caso, es la pretensión de lograr la misma cura con la mera exhibición del bisturí.

En síntesis, creemos que la "pena de muerte" no surte absolutamente ningún efecto sobre la delincuencia subversiva ni sobre ninguna otra y su reincorporación a nuestra ley sólo ha logrado inscribir a nuestro país en la lista de los países que han retrocedido en el camino de una política penal racional, redundando en perjuicio de la imagen de nuestra tradición y cultura jurídico-penal.

⁵⁷ OLSCHER, WERNER, *Recht und Strafe*, Wien, 1976, p. 335.

⁵⁸ *Idem*, p. 346.

La pena dentro de nuestro sistema persigue un objetivo de seguridad jurídica. En pleno siglo pasado y en medio de la organización nacional, sin cárceles suficientes ni racional sistema penitenciario, podía comprenderse que la pena de muerte fuese necesaria para la seguridad y, en tal sentido, puede decirse que cierto fundamento tenía la posición de Carlos Tejedor. Pero en los últimos ochenta años la seguridad se ha fortalecido y debilitado sin que para ello haya surtido efecto alguno la conminación penal de la muerte, que en tan dilatado período sólo se ha efectivizado conforme al derecho penal ordinario en una ocasión. El remanido argumento de la eficacia disuasiva de la "pena de muerte" resulta falso a la luz de las investigaciones criminológicas y de la simple observación común, tratándose sólo de un argumento político empleado por quienes carecen del más elemental conocimiento del problema criminal. *No hay país en el mundo donde la conminación penal de la muerte haya tenido eficacia disuasiva alguna sobre el desarrollo de la criminalidad, salvo que se la haya prodigado de tal forma que repugne a la más elemental consideración a la dignidad humana.*

Además de los argumentos expuestos —y por los que consideramos que la llamada "pena de muerte" hay que tenerla por no escrita en nuestra ley— no puede pasarse por alto que la delincuencia subversiva es, por regla, una delincuencia con motivación política, por muy aberrante que consideremos tal motivación en concreto. *En este caso, la llamada "pena de muerte" está expresamente prohibida por el art. 18 constitucional.* Esta inconstitucionalidad no será manifiesta cuando la delincuencia subversiva no sea delincuencia política —como es el caso de quien actúa en virtud del precio pagado por una asociación ilícita subversiva—, pero será patente en todos los demás casos.

Por último —aunque no por ello menos importante— *la llamada "pena de muerte" resulta particularmente inconstitucional en la forma en que está establecida en la ley 21.338.*

La magnitud de las penas conminadas es la que nos revela objetivamente la magnitud del desvalor penal de la conducta. Así, comprobamos que la ley penal desvalora más el homicidio simple que el hurto, porque la pena del primero es mucho mayor que la del segundo.

En nuestro sistema constitucional, lo que hallamos en primer término es la persona humana misma y todo el armazón de disposiciones de nuestro texto máximo tiende a su protección y posibilidad. Nuestro código recoge esa concepción, al punto de que el orden de los delitos en cuanto a la clasificación de los mismos por bienes jurídicos tutelados se encabeza con los delitos contra la vida humana. Si, teniendo estas características en cuenta, analizamos simplemente las disposiciones del art. 80 bis y las comparamos con las del art. 80, veremos que, conforme a las penalidades conminadas, son consideradas más graves las conductas del art. 80 bis que las del 80. Es así que el homicidio de un secretario judicial con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones es, para nuestro texto vigente, más grave que el homicidio de la madre con alevosía y ensañamiento, puesto que el primero puede ser penado con la muerte, en tanto que el segundo sólo puede serlo con pena privativa de libertad perpetua. Quien da muerte a un agente de policía porque considera que lo detuvo arbitrariamente, haciéndolo de frente y dándole oportunidad de defensa, cometería una acción jurídicamente más desvalorada que la del que le mata por la espalda y porque le pagaron para hacerlo.

Esta razón completa el cuadro de las consideraciones que nos mueven a sostener que la llamada pena de muerte debe tenerse por no escrita en nuestra ley penal, sin que merezca su consideración doctrinaria, en virtud de su flagrante inconstitucionalidad.

Cabe observar que la llamada "pena de muerte" se encuentra prevista en el Código de Justicia Militar. El art. 528 establece que "el condenado a pena de muerte será fusilado en presencia de tropa formada. en el lugar y a hora que designe el presidente de la Nación o jefe que ordenó la ejecución. Allí mismo será cumplida previamente la pena de degradación, cuando le hubiere sido impuesta". El art. 530 agrega que "siempre que se imponga la pena de muerte con degradación pública, el reo será fusilado por la espalda".

En vigencia del anterior Código militar se ejecutó un fusilamiento en 1935 y tres fusilamientos en 1944. La ejecución de 1935 tuvo lugar contra el Cabo Luis Leónidas Paz "en la ciudad de Córdoba, luego de la sentencia de un Consejo de Guerra presidido por el Coronel Eduardo López, Jefe de la Vª División del Ejército. El Cabo Paz había matado a balazos al Mayor Carlos Cabella el 2 de enero de ese año. El presidente Justo firmó el cúmplase y Paz fue fusilado el 9 de enero de 1935". En la ciudad de San Juan fueron fusiladas tres personas, acusadas de depredaciones con motivo del terremoto de 1944. En vigencia del actual código, una treintena

de ejecuciones tuvieron lugar en 1956 con motivo de una frustrada rebelión contra el gobierno establecido en 1955⁵⁹.

Cabe preguntarse si la llamada "pena de muerte" conserva el carácter de pena dentro del derecho penal militar, puesto que se trata de una rama especializada del derecho penal, que altera los principios fundamentales del mismo. Creemos que el carácter de pena lo ha perdido esa medida en todo el derecho penal, sea ordinario o militar. No cabe duda que la pena, en el ámbito militar, tiene un carácter preventivo general muy marcado y paralelo al especial, pero, no obstante esta innegable característica, la prevención general no puede llegar hasta el límite de eliminar todo efecto preventivo especial resocializador, puesto que en tal caso ya no puede hablarse de "pena". De cualquier forma, creemos que la muerte que se ejecuta en el ámbito jurídico-militar en *tiempo de guerra*, si bien no tiene el carácter de una pena, puede tratarse de un supuesto de inculpabilidad regulado legalmente. Por supuesto que *únicamente hallará su explicación y límite dentro del ámbito de la necesidad inculpante*. Se trata de un aspecto de lo que hemos llamado "derecho penal militar de excepción", fundado en la necesidad terribilísima⁶⁰.

De cualquier modo, insistimos en que esta medida sólo es constitucional —frente al art. 18—, incluso en la limitada medida del derecho penal de necesidad terribilísima, en tanto no haya otro medio de evitar la destrucción de vidas humanas. Si la seguridad puede lograrse sin la misma, su aplicación contraviene el art. 18 constitucional, entendido en la forma progresiva a que nos hemos referido.

B) Hay penas que se encuentran excluidas en nuestro sistema penal en razón de *expresa disposición constitucional*. Esto acontece con cualquier pena que asuma el carácter de un tormento y con la pena de azotes. Esta fue la razón por la que Tejedor no admitió el "castigo corporal", que estaba previsto en los arts. 25 y 26 del código de Baviera. La confiscación general de bienes está también proscripta expresamente por la Constitución y lo mismo acontecía en el art. 33 del código de Baviera, coincidiendo ese antecedente con nuestro principio constitucional.

En nuestro medio han existido penas que hoy han desaparecido. Tejedor dividía las penas en corporales, privativas del honor y humillantes, y pecuniarias. En el concepto de "penas corporales" no se incluían las penas "aflictivas" (las que tienen por fin la inflicción de un dolor) pero tampoco en las "penas privativas del honor y humillantes" se incluían las llamadas "penas infamantes". Bajo ese rubro Tejedor incluía las siguientes penas: inhabilitación,

⁵⁹ CAPOLUPO, ENRIQUE R., *La pena de muerte*, en "Rev. Arg. de Cs. Penales", mayo-set., 1977, pp. 46 y ss. (51-2).

⁶⁰ V. ZAFFARONI-CAVALLERO, *Derecho Penal Militar*, Bs. As., 1980, pp. 114 y ss.

destitución, suspensión, retracción, satisfacción, vigilancia de la autoridad y represión, pero rechazaba expresamente las llamadas "penas infamantes", lo que puede dar lugar a confusión, puesto que debió dar otra denominación genérica a las penas recién mencionadas.

Se denominan "penas infamantes" precisamente a las que privan de honor al condenado. Con todo acierto decía Tejedor que no hay penas "infamantes", ya que no es la ley la que puede privar del honor y que, en última instancia, el honor objetivo del sujeto se afecta por el delito y no por la pena. De allí que cuando emplea la denominación de "penas privativas del honor" no se refiere a las penas infamantes, sino a las penas que privan de "honor" (en el sentido de "honor" correspondientes a un cargo o función). Por ello, si bien no puede negarse que algunas penas conllevan un cierto sentido infamante, que aún se conserva en la disposición que subsiste en nuestro CP respecto de la reclusión, que no prohíbe el empleo de reclusos en trabajos públicos, en *nuestra codificación no ha habido penas propiamente infamantes, como la picota*. Tejedor se hizo eco de las justas críticas a la picota y no la admitió en su código. Por nuestra parte, consideramos que en la actualidad configuraríamos una suerte de "tormento" incluido en el art. 18 constitucional.

Acerca de la picota decía Tejedor: "En materia criminal toda pena es en rigor infamante, pero se colocan particularmente en esta clase la exposición y los azotes. La exposición consiste en atar al condenado a un palo, en lugar público, o pasearlo por las calles, con signos capaces de excitar la risa y el desprecio de los espectadores. Nuestras leyes no decretan la vergüenza pública, sino en algunos delitos muy feos, y aún en ellos los tribunales hace mucho tiempo que no la usan. Esta pena tiene, en efecto, graves inconvenientes, degradando al condenado a sus propios ojos, y haciéndole perder todo sentimiento de pudor. Ella familiariza también al público con la infamia, extinguiendo hasta los sentimientos de benevolencia y piedad. La vergüenza es sin duda ejemplar, espantosa, como dice Rossi, pero esta calidad no puede compensar la inmoralidad del castigo, su ilegitimidad intrínseca"⁶¹.

El código Tejedor no admitió la picota tampoco para el condenado a muerte, la que era admitida por su modelo bávaro, cuyo art. 6° disponía: "Cuando la ley prescribe la pena de muerte agravada, el criminal será expuesto en la picota durante media hora por el verdugo, inmediatamente antes de la ejecución, con el atuendo ya determinado".

⁶¹ TEJEDOR, *Curso*, 1860, I, pp. 90-91 ed. de 1971, I, p. 89.

Resulta claro que junto a las penas expresamente excluidas por la Constitución, hay muchas otras que serían constitucionalmente inadmisibles, conforme a cualquier sano entendimiento de los principios constitucionales. Pretender que es admisible cualquier pena, por la mera razón de que la Constitución no la proscriba expresamente, sería exigir a la Carta Fundamental un casuismo incompatible con su naturaleza. Por otra parte, la Constitución se limitó a prohibir expresamente las penas que habían existido en el país y que quería erradicar, sin pretender enlistar casuísticamente todas las penas imaginables que le repugnarían. Ello resulta claro cuando la Convención de 1860 suprimió del art. 18 constitucional la prohibición de "las ejecuciones a lanza o cuchillo", quedando firmemente establecido en el debate que se lo suprimía porque nunca había sido una pena, sino simplemente un crimen bárbaro⁶². No puede ocurrírsele hoy a ningún positivista legal afirmar que con esa supresión las ejecuciones a lanza y cuchillo se hayan vuelto constitucionales.

Es obvio, pues, que hay penas que están *tácita o implícitamente* excluidas por mandato constitucional, lo que resultará del análisis de los principios constitucionales en concreta referencia al sistema de penas y demás consecuencias jurídicas del delito.

594. Limitaciones a la coerción penal que emanan de los principios constitucionales. Los principios constitucionales son objeto de permanente desarrollo y explicitación teórica y práctica en todo el mundo. Es tarea constante la búsqueda del sentido y alcance de los mismos. Las permanentes experiencias dolorosas por las que debió atravesar la Humanidad sirven de estímulo para esa búsqueda. Ya nos hemos ocupado del límite de injerencia del Estado y del sentido que tiene la pena en nuestra Constitución⁶³, como también de los principios a que debe ajustarse toda tentativa de comprensión de la ley penal⁶⁴. No obstante, puestos a enfrentar en concreto el sistema de consecuencias jurídicas del delito, creemos que es necesario particularizar las implicancias de las bases constitucionales respecto de éstas, especialmente porque el vicio positivista legal reinante en nuestro medio y una jurisprudencia

⁶² *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires*, Bs. As., 1860, pp. 182 y ss.

⁶³ Cfr. *supra*, § § 6 y 7.

⁶⁴ Cfr. *supra*, § § 55 a 58.

cia constitucional no siempre airosa —y particularmente decadente en los últimos lustros— pretende mostrar muchas de estas implicancias como desarrollos jusnaturalistas y “metalegales” o, lo que es peor, “meta-jurídicos”.

No obstante, nada puede estar más alejado de la realidad ni de la ciencia. La ciencia jurídica no puede agotarse en la repetición del texto legal en ninguna de sus ramas —aunque haya jueces y autores que, pese a parecer increíble, así lo entienden—, y menos aún puede hacerlo en el campo del derecho constitucional. Basta, pues, con derivar las consecuencias que respecto de las penas tienen los principios de igualdad y de intangibilidad de la persona humana, de respeto a la autonomía de la conciencia, de intrascendencia o de personalidad de las penas, de humanidad o proscripción de las penas crueles, de general racionalidad derivada del principio republicano, para extraer de ello, por un lado, que *hay penas que jamás podrán ser admitidas en la legislación argentina*, y, por otro, que *hay límites constitucionales conforme a los cuales debemos interpretar el alcance de las penas legalmente consagradas*.

En modo alguno puede creerse que el principio republicano de gobierno (art. 1º), el principio de legalidad y el de humanidad (art. 18), el de personalidad o intrascendencia (art. 103), deban ser interpretados como meras declaraciones o prohibiciones limitadas al sentido estricto de su enunciado y caer en entendimientos absurdos, como que la proscripción de los azotes y del tormento no impide constitucionalmente otras penas tan o más crueles, o que la intrascendencia de la pena en la traición a la patria no impide que la pena trascienda a los parientes en el hurto. La más elemental lógica jurídica indica que esos principios responden a una concepción armónica y coherente de política general, fundada en una cierta idea antropológica, a la que necesariamente debe vincularse cualquier interpretación de las leyes penales respecto de la naturaleza y alcance de las penas que establecen.

Sin perjuicio de otros principios constitucionales y pese a que insistiremos en la cuestión en cada caso concreto, creemos que es menester mencionar aquí cuatro principios básicos de la pena de raigambre constitucional que demandan una explicitación —con la brevedad del caso— a nivel de lineamientos generales y permanentes de toda la construcción jurídica de la teoría de la coerción penal. Nos referimos a los *principios de legalidad de la pena, de*

racionalidad de la pena, de humanidad de la pena y de personalidad de la pena.

La *legalidad de la pena* no se contenta hoy con el requerimiento de que la pena se halle prevista con anterioridad en la ley penal, sino que demanda también cierto grado de determinación o criterio claro e inequívoco de determinabilidad. Hay magnitudes de indeterminación de las penas que afectan seriamente el principio de legalidad y rondan la inconstitucionalidad de la disposición legal que las contiene, como es el caso de la escala penal del concurso real en el art. 55 del código penal⁶⁵.

La *racionalidad de la pena* requiere que ésta guarde una cierta proporcionalidad con la magnitud del delito (del injusto y de la culpabilidad), para lo cual también demanda, por lo general, cierta flexibilidad que posibilite su adecuación en cada caso concreto. En tal sentido se ha puesto en duda la constitucionalidad de las penas perpetuas y, en general, de las penas fijas.

En Italia se ha sostenido que contraviene el principio de igualdad constitucional imponer la misma pena (en el caso de penas "fijas") a conductas cuyas circunstancias son diferentes, particularmente en cuanto se trata de penas pecuniarias fijas previstas para la conducta dolosa tanto como para la culposa. No obstante, la doctrina, con análogo fundamento, también extendió el planteo de constitucionalidad a las penas privativas de libertad, es decir, al *ergastolo*⁶⁶, aunque por lo general, el debate sobre su constitucionalidad se centró más en su perpetuidad que en su carácter de pena inflexible o fija⁶⁷. El último criterio de la Corte Constitucional italiana concluye en que la pena fija, aunque carezca de flexibilidad, no es inconstitucional en la medida en que todos los supuestos típicamente abarcados resulten proporcionados con la pena⁶⁸. En cierto sentido, creemos que el criterio es saludable: la pena fija no puede ser considerada inconstitucional por ser fija, porque en el caso concreto puede ser racional; será inconstitucional en los casos en que resulte desproporcionada con la magnitud del injusto y de la culpabilidad, del mismo modo en que en algún caso puede resultar inconstitucional el mínimo de una pena flexible.

En Italia los argumentos doctrinarios contra el *ergastolo* se fundaron en su inhumanidad, en el sentido de que viola el principio de culpabilidad porque impide la adecuación de la pena a la culpabilidad, como también en que su naturaleza perpetua viola la finalidad resocializadora de la pena señalada constitucionalmente, aunque preferentemente se insis-

⁶⁵ V. *infra*, § 648.

⁶⁶ Sobre este particular, la bibliografía indicado por CARLO ENRICO PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchie nuovi*, en "Riv. It. di Diritto e Proc. Penale", abril-junio de 1981, pp. 726 y ss.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ V. la sentencia de la Corte en la revista cit., p. 725.

tió en este segundo aspecto. En Alemania Federal, el Tribunal de Apelación de Verden declaró inconstitucional la pena privativa de libertad de por vida establecida con exclusividad para el asesinato en el § 211 del StGB, entre otros argumentos fundado en su incompatibilidad con el principio de igualdad ante la ley⁶⁹. El Tribunal Constitucional Federal solicitó varios informes de expertos y en un procedimiento extraordinario escuchó la producción oral de los mismos en sus sesiones del 22 y 23 de marzo de 1977⁷⁰, pronunciándose finalmente por su constitucionalidad en su sentencia del 21 de junio de 1977⁷¹. En lo que a este aspecto respecta, la consideración del Tribunal alemán no difiere sustancialmente de la formulada por el italiano: en tanto no sea justificable una falta de correspondencia entre la pena y el contenido injusto del asesinato, la misma no resulta inconstitucional. En otros aspectos, no estamos tan seguros del acierto de los argumentos con que se concluye en su constitucionalidad, los que, sin embargo, son difundidos en su totalidad por Jescheck⁷².

El *principio de humanidad de la pena* se deriva de toda la filosofía constitucional que da lugar a la proscripción de tormento, de los azotes y de la confiscación general de bienes, en armonía con el de racionalidad republicana y el de soberanía popular (que presupone el reconocimiento de la autonomía ética de todos los individuos en función de la igualdad democrática), para proscribir de nuestro sistema cualquier pena cruel o que afecte al hombre como persona. El mismo principio republicano, en otro sentido, funda la humanidad de las penas, puesto que la pena cruel es una pena contraria a la ética, como lo es cualquier pena que desconozca la condición de persona del penado. Esta pena destruye la autoridad misma del Estado para imponer penas en general, que sólo puede fundarse en la superioridad ética del Estado. El Estado actúa éticamente porque rodea de garantías y no desconoce la condición de persona del que lesiona su seguridad jurídica, pero el Estado que actúa en contra de tales principios queda éticamente al mismo nivel del delincuente.

Es obvio que, aparte de otras penas aberrantes que ni vale la pena mencionar, nuestro derecho no puede admitir penas tales como la esterilización de delinquentes. Normalmente se cree que esta pena (o "medida") únicamente se conocía en la Alemania del *Dritte Reich*, pero en realidad

⁶⁹ Sentencia del 5 de marzo de 1976, publicada en NJW, 1976, 980.

⁷⁰ Los informes se encuentran recopilados en las 270 páginas del libro *Ist dice lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?* (recop. de H. H. JESCHECK y OTTO TRIFFTERER), Baden-Baden, 1978.

⁷¹ V. NJW, 1977, 1525.

⁷² JESCHECK, 617.

se hallaba mucho más difundida en la legislación de ese tiempo, puesto que era una lógica consecuencia de la concepción degradada del hombre, propia del materialismo biológico del positivismo ⁷³.

A un nivel bastante análogo se encuentran hoy día las intervenciones neurológicas llevadas a cabo con el propósito de modificar conducta.

La misma pena privativa de libertad perpetua se ha sostenido que lesiona la intangibilidad de la persona humana, en razón de que genera graves trastornos de personalidad. Tal ha sido uno de los argumentos del Tribunal de Verden para declararla inconstitucional y son suficientemente reveladores al respecto los datos contenidos en los informes producidos ante el Tribunal Constitucional Federal por Helga Einsele y H. D. Stark ⁷⁴. Lleva razón también Jescheck cuando afirma que ese efecto no es exclusivo de la pena perpetua, sino de toda pena privativa de libertad de larga duración ⁷⁵, pero de ello creemos que la consecuencia que debe extraerse es que comencemos a pensar en la constitucionalidad de la pena privativa de libertad de larga duración y en la incompatibilidad que, frente a la ciencia actual, surge entre el art. 1º de la Ley Penitenciaria Nacional y las penas privativas de libertad de larga duración, teniendo en cuenta que "cuanto más larga sea la duración de una pena, tanto más difícil será la reinserción" ⁷⁶.

En este sentido es bueno tener en cuenta que también es necesaria una interpretación progresiva de la cuestión, tal como lo pusiera últimamente de manifiesto Enzo Musco en un reciente curso impartido entre nosotros: la privación de libertad resulta en la actualidad mucho más desocializante que hace un siglo o, simplemente, algunas décadas, fundamentalmente en razón de la aceleración de la dinámica social y de los cambios técnicos, que están imponiendo constantemente nuevas condiciones de coexistencia y de trabajo, a las que es muy difícil adaptarse cuando no se ha ido siguiendo el ritmo de la dinámica.

Hay una consecuencia de los principios de racionalidad republicana y de humanidad de las penas que es particularmente importante y que nuestra doctrina ha pasado por alto. La racionalidad republicana es inescindible de la soberanía popular, la que presupone —entroncando con todas las corrientes del pensamiento democrático desde el budismo en adelante, y muy especialmente con el Cristianismo— que cualquier hombre tiene una conciencia autónoma e intangible, que le permite decidir, lo que también exige el reconocimiento de la igualdad jurídica ⁷⁷. Obviamente la pena

⁷³ Una amplia información, con la legislación vigente en varios países, en RAÚL C. MARANTE-RICARDO LEVENE (h), *La esterilización de los delincuentes*, en "Rev. Penal y Penit.", VII, 1941, pp. 73 y ss.

⁷⁴ En JESCHECK-TRIFFTERER, op. cit., pp. 43 y ss. y 61 y ss., respectivamente.

⁷⁵ Cfr. JESCHECK, en la misma, p. 139.

⁷⁶ STARK, en op. cit., p. 86.

⁷⁷ V. *supra*, § § 108, 112.

y todas las restantes consecuencias jurídicas de un delito deben privar, limitar o restringir ciertos derechos. No obstante, *toda pérdida o restricción de derechos proveniente de la consecuencia jurídica de un delito debe tener un límite temporal dentro del sistema republicano, no siendo admisible que de un delito emerja una consecuencia jurídica negativa imborrable durante toda la vida del sujeto.*

Si admitiésemos que el delito puede tener una consecuencia jurídica que jamás desaparece mientras el sujeto viva, haga lo que haga y transcurra el tiempo que fuere, esto significaría que la ley penal estaría creando una *capitis diminutio* con la consecuencia de que ello daría lugar a una categoría de “ciudadanos o habitantes de segunda clase”, marcados a perpetuidad, estigmatizados de por vida, para los cuales cualquier rehabilitación sería imposible.

Esto es inadmisibles incluso en los delitos más graves, cualquiera sea la teoría de la pena que se sostenga —salvo las puramente materialistas biológicas incompatibles con nuestro derecho— puesto que, por grave que sea el delito, siempre tiene que haber un momento en el cual, después del cumplimiento o extinción de la pena, sea por el transcurso del tiempo o por méritos en la conducta del sujeto, más tarde o más temprano, la huella jurídica del delito se extinga definitivamente. Resulta claro que la misma pena privativa de libertad perpetua no es en nuestra ley realmente perpetua, puesto que goza de la libertad condicional. Con mucha mayor razón cabe sostener el mismo criterio en delitos de menor gravedad: es inconcebible que se interprete la disposición del art. 50 del código penal en el sentido de que la declaración de reincidencia perdura a lo largo de toda la vida del sujeto. Así, un individuo declarado reincidente por dos ínfimas condenas a los veintinueve años seguiría siendo reincidente toda su vida, aunque hubiese tenido una conducta posterior intachable, hubiese sido galardonado con las mayores distinciones nacionales e internacionales o hubiese sido elegido Papa.

El sistema republicano de gobierno requiere que cualquiera que incurra en un delito, “pague su culpa”, sin admitir distinciones ni excepciones privilegiantes, pero no tolera que, en lugar de “pagar su culpa”, se le califique como “inferior” para toda su vida en forma incondicional. En el sistema republicano es necesario que los ciudadanos que hayan cometido delitos deban sufrir la respues-

ta jurídica a su injusto, como requisito impuesto por la seguridad jurídica que el Estado tiene el deber de proveer, pero con la misma fuerza se rechaza que haya "habitantes marcados", degradados para toda la vida, irremisiblemente incapacitados para una completa rehabilitación jurídica. Por otra parte, el general cometido resocializador de la pena es incompatible con esta solución⁷⁸ y la racionalidad indica que la seguridad jurídica en algún momento debe considerarse suficientemente a salvo, dadas ciertas condiciones.

De estos principios resulta, pues la necesidad de un límite temporal, pero lo cierto es que hay casos en que la ley positiva nada dice al respecto ni da criterios para deducir ese límite en los casos concretos. En los casos en que ese límite no existe, pero puede depender del indulto, tampoco puede relevarse como suficientemente cubierto el reclamo del principio republicano por esta vía, toda vez que el indulto es nuestro sistema un acto político eminentemente graciable (a diferencia de la libertad condicional por ejemplo, sea la del art. 13 o la del art. 53 del código penal). En cualquier caso, la carencia de un límite legalmente establecido en forma expresa, nos obliga a deducirlo. Sin perjuicio de analizar cada uno de los supuestos en el momento oportuno, digamos que el *general principio según el cual siempre debe quedar abierta la posibilidad de rehabilitación jurídica plena* exige que, a falta de indicación concreta o de posibilidad de deducir una solución diferente, debemos atenernos a un límite máximo de veinte años posteriores al cumplimiento de la pena para considerar totalmente extinguido cualquier efecto del delito, aplicando analógicamente al caso los principios de la prescripción de las penas privativas de libertad perpetuas, que son las más graves de las constitucionalmente establecidas.

En abono de esta interpretación no puede olvidarse tampoco el sostenimiento del culto católico y el consiguiente principio cristiano que impone dar relevancia al arrepentimiento y la enmienda y que no cierra ese camino a nadie.

⁷⁸ Sobre este objetivo, *supra*, § § 13 y ss.; ROTMAN, EDGARDO, *Resozialisierungstendenzen im argentinischen Strafgesetzbuch*, en ZStW, 91 (1979), pp. 117 y ss.

II. — LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

595. Evolución legislativa. El código Tejedor contenía cuatro penas privativas de libertad: *presidio*, *penitenciaria*, *prisión* y *arresto*. Su sistema era una simplificación del contenido en su modelo bávaro, que contemplaba la pena de cadena (*Kettenstrafe*), presidio (*Zuchthaus*), penitenciaría o casa de trabajo (*Arbeitshaus*), pena de fortaleza (*Festungsstrafe*) y prisión o arresto de fortaleza (*Gefängniss oder Gestungsarrest*). Tejedor suprimió la “pena de cadenas”, combinándola con la de presidio y llamándola de este último modo (art. 96). La pena de fortaleza (*Festungsstrafe*) del art. 19 del código Bávaro también es suprimida por Tejedor, en tanto que la pena de casa de trabajo (*Arbeitshaus*) del art. 15 del código Bávaro equivale a la pena de penitenciaría en el código Tejedor (art. 104) y la prisión de ambos textos se equivalen (art. 113 código Tejedor y 29 código Bávaro). Tejedor agregaba el arresto (art. 117).

La *pena de cadena* del código Bávaro implicaba la muerte civil del condenado y por consiguiente, su absoluta incapacidad civil. Debía ser sometido a los más duros trabajos y debía tenerse asegurado mediante una cadena y una pesada bola de hierro. La pena de cadena se imponía a perpetuidad (arts. 7 y 8). Tejedor suprimió esta pena, aunque aplicó la disposición de “trabajos duros” y la norma que permite su conversión en caso de mujeres y personas débiles (art. 9) a la pena de presidio. Aclaró que de dos penas hizo una, ante la falta de establecimientos adecuados.

La *pena de presidio* nunca fue perpetua, aunque podía imponerse por un número indeterminado de años, en cuyo caso se podía esperar gracia una vez transcurridos diez años (arts. 11 y 12). Tejedor tomó estas disposiciones y redujo el término de ocho años (art. 99). El presidio por tiempo determinado era de 8 a 20 años, pudiendo solicitar gracia una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena (art. 13). Tejedor redujo su duración de 6 a 15 años y concedió el derecho a pedir gracia después de media condena (art. 100). En ambos textos el presidiario debía permanecer encadenado.

La *pena de casa de trabajo* se cumplía en lugar separado de la de presidio, debiendo trabajar los reclusos sin cadenas —salvo peligro de fuga— y duraba de uno a 8 años, pudiendo pedir gracia después de las tres cuartas partes de cumplimiento de la pena (arts. 15 y 16). Tejedor siguió igual criterio (art. 104), aunque en cuanto a duración estableció un sistema igual al del presidio (art. 105), separándose de su modelo a este respecto.

La *pena de fortaleza* era una pena sustitutiva de las tres anteriores y que reconocía tres grados, que correspondían a cada una de ellas. El condenado era “privado de todo trato humano en su fortaleza, estrecha-

mente custodiado y obligado al trabajo" (art. 20). Tejedor suprimió esta pena.

En el código Bávaro, el condenado a pena de cadena era utilizado en trabajos públicos, en tanto que el condenado a presidio o casa de trabajo estaba destinado a trabajos internos. Como Tejedor suprimió la pena de cadena, fueron los presidiarios los que en el código Tejedor podían ser destinados a trabajos públicos, en tanto que los condenados a penitenciaría sólo podían trabajar en su ámbito. En esta simplificación de Tejedor, el presidio pasó a ser una pena de mayor gravedad, puesto que conllevaba cierto sentido infamante, derivado de considerar irrecuperables a los condenados a esa pena⁷⁹.

En realidad, la pena de cadena bávara y el presidio del código Tejedor son penas infamantes. Si bien hemos visto que Tejedor rechazaba el concepto de pena infamante, lo cierto es que la utilización en trabajos públicos implica un sometimiento del sujeto a la vergüenza pública. El argumento de Tejedor era sólo un recurso dialéctico para salir del paso, pues consideraba que la pena no era infamante, sino que el reo había perdido su honor por el delito mismo.

La *pena de prisión* del art. 27 del código Bávaro permitía que el sujeto se dedicase a la tarea habitual de su oficio y no podía durar más de dos años (art. 28). El código Tejedor contenía una previsión similar (art. 113), con una duración de uno a tres años conmutable con *servicio en las armas*.

Una originalidad del código Tejedor era la posibilidad de conmutar la pena de prisión con el "servicio a las armas", que era equivalente a la pena de "servicio militar de las fronteras por dos a cuatro años", que se aplicaba en el orden federal a los reos de mera ejecución de una rebelión (art. 17 de la ley 49) y que era la pena que preveían los códigos rurales para la vagancia, de cuya aplicación práctica da cuenta José Hernández en su poema, aunque no falta quien parece considerarla una "medida de seguridad" que sería el antecedente de los nefastos proyectos positivistas de "estado peligroso sin delito"⁸⁰.

El código de 1886 establecía las mismas penas privativas de libertad que el código de Tejedor (art. 54). Los condenados a pena de presidio debían trabajar en provecho del Estado, en tanto que los condenados a pena de penitenciaría sólo podían ser usados en trabajos internos, lo que sigue señalando el mal disimulado sentido infamante que tenía la pena de presidio.

⁷⁹ TEJEDOR, *Proyecto*, p. 108.

⁸⁰ Así, LAPLAZA, FRANCISCO P., en "Jornadas de Derecho Penal", Bs. As., 1902, p. 156.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García preveía las penas privativas de libertad de *presidio* (mayor y menor) y *arresto* (mayor, medio y menor) (art. 54). Por *presidio* mayor se entendía el que duraba de 16 a 20 años y menor era el que duraba de 10 a 15 años. Era la pena de libertad más severa, siendo de observar que el proyecto tenía la gran ventaja de eliminar la privación perpetua de la libertad, lo que aún hoy es una ambición dentro de nuestro sistema, aunque en nuestro código está sumamente atemperada —sino sólo conservada nominalmente— con la posibilidad de libertad condicional. Los grados de la penitenciaría eran de 5 a 10 años, de 10 a 15 años y de 15 a 20 años y los de la prisión de uno a 2 años, de 2 a 4 años y de 4 a 6 años. Como se observa, se trataba de un sistema tomado del código español, como relativa flexibilización del Código Criminal de Brasil de 1830 ⁸¹.

El proyecto de 1891 eliminó las penas de prisión y arresto, dejando las de *presidio* y *penitenciaría*, es decir, dos penas privativas de libertad (art. 9). El *presidio* era pena para delitos graves y para “condenados que hayan revelado tendencias más opuestas a la convivencia social” ⁸², en tanto que la *penitenciaría* era pena mucho más benigna, que se asimilaba a la “casa de trabajo bávara” ⁸³, aunque disminuía en su duración a causa de que debía abarcar los casos de menor gravedad (que correspondían a la prisión y arresto de los códigos Tejedor y de 1886). El proyecto de Segovia también preveía únicamente penas de *presidio* y *penitenciaría* (art. 44).

El proyecto de 1906 hizo un cambio de denominación, pero mantuvo también sólo dos penas privativas de libertad para los delitos: el *presidio* y la *prisión*. La diferencia consistía en llamar “*prisión*” a la “*penitenciaría*”, aclarando sus autores que había una equivalencia y precisando que preferían el cambio de denominación —que mantuvo el código vigente— porque “el término es más propio desde que la *penitenciaría* no es una pena, sino un régimen penal, o el establecimiento donde ésta se cumple” y “por la preocupación vulgar de atribuir a la pena de *penitenciaría* un carácter infamante, que se avendría mal con la aplicación de esa pena, así

⁸¹ V. la exposición de estas penas en QUIROGA, ADÁN, op. cit., pp. 285 y ss.

⁸² *Proyecto*, 1891, p. 25.

⁸³ *Idem*, p. 31.

entendida, a delitos de poca monta”⁸⁴. El proyecto agregaba el arresto para el orden contravencional.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, redujo las penas privativas de libertad a dos: reclusión y prisión. “La diferencia entre una y otra —decía— está en la clase de trabajo y en la disciplina carcelaria. Los condenados a reclusión podrán ser empleados en toda clase de trabajos públicos, mientras que los condenados a prisión sólo podrán ser empleados en labores dentro del establecimiento”⁸⁵. Esto revela a las claras que la división entre reclusión y prisión es paralela a la que mediaba entre presidio y penitenciaría en el código Tejedor, y que Tejedor recalca con cita de la nota al código Bávaro: “Si los individuos condenados a penitenciaría no se someten a trabajos públicos, viene no sólo de que los trabajos que el Estado puede tener que ejecutar no basten para todos los condenados, sino también y principalmente porque cuando el legislador se decide a hacer trabajar en público a un condenado, es porque supone extinguido en él todo sentimiento de honor, y que ya no hay esperanza de reformarlo. En el condenado a penitenciaría, por el contrario, supone que hay todavía esperanza de que vuelva al camino del bien, y aunque la reforma del condenado no sea la base única del derecho penal, debe sin embargo el Estado organizar de tal modo las prisiones que ofrezcan al condenado la posibilidad de enmienda”⁸⁶. El comentario al código bávaro agregaba que esa era la razón “porque el condenado a casa de trabajo no puede trabajar más que en el interior del establecimiento penal”⁸⁷. Esto demuestra con claridad que la distinción entre prisión y reclusión se remonta a que la mayor gravedad de la última conlleva cierto contenido infamante que no puede negarse⁸⁸.

El art. 305 del proyecto de 1917 disponía: “Quedan derogadas las leyes números 49, 1920, 4189, 7029, 9077 y 9143 lo mismo que las demás que se opongan a la presente”⁸⁹. El código de 1921 (ley 11.179) agregó: “Las penas de presidio y penitenciaría que establecen las leyes especiales no derogadas por este código, quedan reemplazadas por la de reclusión

⁸⁴ *Proyecto*, 1906, p. XXXII.

⁸⁵ Edición oficial, p. 119.

⁸⁶ TEJEDOR, *Proyecto*, 107-8.

⁸⁷ VATEL, op. cit., p. 47, nota 1.

⁸⁸ Cfr. SOLER, II, 375.

⁸⁹ *Proyecto*, 1917, p. 192.

y las de prisión y arresto por la de prisión”⁹⁰. De este agregado deduce Núñez que la reclusión no corresponde al antiguo presidio, con lo cual el código de 1921 habría introducido un sistema totalmente nuevo para las penas privativas de libertad⁹¹.

En cierto sentido Núñez lleva razón, puesto que es evidente que el código vigente no establece la reclusión con el mismo sentido segregatorio del antiguo presidio, pero nos parece claro que la reclusión originariamente heredó del presidio su contenido infamante, lo que se deduce de la posibilidad de usar a los reclusos en obras públicas (art. 6), la que no existía en la pena de penitenciaría del código de 1886 (art. 65). En este sentido, el agregado al art. 305 ha agravado las penas de prisión establecidas en las leyes especiales que quedaron vigentes con la sanción del código de 1886, que no debió ser aplicado retroactivamente sin violación del principio de legalidad.

596. Las penas privativas de libertad en el marco general de las penas. Las penas privativas de libertad son relativamente modernas, puesto que aparecen tardíamente en la ley penal. Su origen, al menos con el sentido contemporáneo, se remonta al siglo XVI, generalizándose cuando los estados se percataron de que las penas podían explotarse utilitariamente, pudiendo ser usados los penados en servicios de transportes o de armas⁹². Su extensión se impuso también como consecuencia de la reducción de la pena de muerte y de las penas corporales, es decir, con el avance de las doctrinas racionalistas y utilitarias⁹³. Paralelamente su problematización fue poniéndose más de manifiesto, particularmente en cuanto a sus efectos nocivos y a sus secuelas, cuando la medicina fue reduciendo las muertes prematuras. Todo esto ha llevado a que una de las penas más recientes y más difundidas haya llegado muy rápidamente a una situación que suele definirse contemporáneamente como de “crisis de la prisión”, pese a que las penas privativas de libertad siguen siendo el eje central de todos los sistemas legales vigentes. Hoy resulta incuestionable que la prisión se cuenta entre los principales factores criminógenos, siendo paradójal que el fin legal de su existencia sea, precisamente, realizado de manera que provoca usualmente el efecto diametralmente opuesto del procurado⁹⁴.

⁹⁰ *Código Penal, Edición oficial*, p. 89.

⁹¹ NÚÑEZ, II, 370 y ss.

⁹² Sobre su evolución en detalle, CUELLO CALÓN, op. cit., pp. 300 y ss.

⁹³ Sobre esta transformación, FOUCAULT, MICHAEL, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, París, 1975.

⁹⁴ HENTIG, HANS VON, *La pena*, II, 213 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESEA, 761.

Por otra parte, se reconoce generalmente que la pena privativa de libertad señala una suerte de justicia selectiva, puesto que en todo el mundo caen en ella preferentemente quienes pertenecen a los sectores sociales más desfavorecidos. Además, y por mucho que se pretenda que la vida carcelaria debe distinguirse lo menos posible de la vida libre, es incluso dudoso que esto pueda lograrse en unos pocos establecimientos "modelo" y a los que sólo puede destinarse un reducido sector de condenados. Lo cierto es que el preso se habitúa a una vida que Hentig califica de "antinatural": el interno pierde interés por los problemas de la comunidad libre, entre los que cuenta su propio techo y su alimento, generándose motivaciones nuevas, rudas y primitivas, susceptibles de perdurar al recuperar su libertad y que se manifiestan cuando entra en conflicto con la sociedad libre⁹⁵.

Esta realidad está evidenciada por la criminología y por la simple observación empírica de los hechos. Cuello Calón observaba que "a pesar de sus nocivos efectos y de la fuerte reacción que frente a ella se ha manifestado, en particular en los últimos años, es el medio de protección social contra el delito empleado con mayor frecuencia y constituye el eje del sistema penal de todos los países"⁹⁶. Los testimonios contra la pena de prisión —que hace ya muchos años han dado lugar a la mencionada acuñación de la expresión "crisis de prisión"⁹⁷— se han multiplicado desde que Cuello Calón escribió esas palabras, aunque el problema sigue planteándose en términos similares.

Las penas cortas privativas de libertad fueron las primeras en ser duramente criticadas, desde el Primer Congreso Penitenciario Internacional de Londres de 1872, en que se destacó ya su inutilidad⁹⁸. Recientemente Bemmann las considera como pena de prestación de trabajo⁹⁹. No

⁹⁵ HENNING, op. cit., 232; también RICO, JOSÉ M., *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, México, 1979, pp. 70 y ss.; MORRIS, NORVAL, *El futuro de las prisiones*, México, 1978.

⁹⁶ CUELLO CALÓN, op. cit., 258.

⁹⁷ V. RUIZ FUNES, MARIANO, *La crisis de la prisión*, La Habana, 1949; MARTÍNEZ, JOSÉ AGUSTÍN, *La cárcel como factor criminógeno*, en "Criminología", 1950, 8 y ss.

⁹⁸ MOLINARIO, ALFREDO, *Las penas privativas de libertad de corta duración*, en "Rev. Penal y Penit.", VI, 1941, 13 y ss.; BAUMANN, en "Hom. a José Peco"; KNAUS, KURT, *Das Problem der kurzfristigen Freiheitsstrafe*, Zürich, 1973, p. 19.

⁹⁹ BEMMANN, GÜNTER, *Für eine Dienstleistungsstrafe*, en "Fest. f. Schaffstein", Göttingen, 1975, pp. 211 y ss.; una crítica general a las mismas en "Jornadas de derecho penal", Bs. As., 1962, pp. 165 a 213.

obstante, en los últimos años ya se ha extendido en forma generalizada la crítica a toda la institución de la prisión.

En 1974, una comisión oficial del Ministerio de Justicia italiano patentizaba los problemas en términos muy precisos: "En esta sociedad se encuentran maestros y alumnos, compradores y vendedores, hombres y mujeres y también maridos y esposas pero siempre bajo el signo de la violencia y del fraude. Un detenido, bien se adapta a tal tipos de sociedad, y llega a formar parte activa de ella, bien, en su incapacidad para destruirla se destruye a sí mismo psicológica o incluso físicamente. El sujeto que, después de largos años de esta vida, se adaptó a la sociedad carcelaria o se tornó indiferente a todo, una vez puesto en libertad, se encontrará totalmente inadaptado; será rechazado por la sociedad y por ello volverá a relacionarse con antiguos y nuevos criminales y a tomar otra vez el camino del crimen"¹⁰⁰. Con mayor vehemencia y sólida argumentación, se caracteriza también a la prisión como un aspecto legitimado de la violencia¹⁰¹.

Para colmo de males, la lentitud procesal da lugar al fenómeno que se conoce como "inversión del sistema penitenciario"¹⁰², caracterizado por una superpoblación en los establecimientos para procesados —en que los detenidos no están sometidos a régimen alguno— y un escaso número de internos en el régimen ejecutivo, debido a que la mayoría suele recuperar su libertad al momento de la sentencia. Las cárceles para procesados llegan de este modo a convertirse en verdaderos centros de contaminación criminal y, puede afirmarse que, dado el predominio del número de internos procesados sobre el de condenados, la mayor parte de los condenados resulta cumpliendo su pena sin haber estado sometido a otro régimen que al de una "cárcel de contención" pura y simple, donde suele peligrar su propia seguridad física.

Este desolador panorama general no falta en nuestro país, donde presenta las características que son comunes al fenómeno, alternativamente agravadas por la intromisión política inconsulta e irracional en los problemas técnicos judiciales y penitenciarios. Para no mencionar más que los incidentes que han tenido lugar en las últimas décadas, digamos que en la "Unidad 2" del Servicio Penitenciario Federal —la más grande para procesados en la Capital Federal—, hubo sublevaciones el 5 de febrero de 1951, el 13 de enero de 1959 y el 8 de noviembre de 1962, con algunos heridos. En el mismo año 1962 hubo un sangriento episodio con veinticinco muertos entre personal e internos. El 3 de enero de 1965 y el 1 de julio de 1965 se registraron también incidentes pero sin víctimas. El más luctuoso episodio se produjo el 15 de marzo de 1978, en que perdieron

¹⁰⁰ VASSALLI-PISAPIA-MALINVERNI, en "Primeras Jornadas de Defensa Social de América Latina", Caracas, 1974, p. 166.

¹⁰¹ HERNÁNDEZ-BRAVO-LINARES-CERRADA, *La violencia en la cárcel venezolana*, en "Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas", Caracas, 1973, pp. 99 y ss.; los trabajos publicados por BRICOLA, *Il carcere "riformato"*, Bologna, 1977.

¹⁰² V. LINARES A., MYRLA, *El sistema penitenciario venezolano*, Caracas, 1977, p. 60; TOZZINI-ARQUEROS, *Los procesos y la efectividad de las penas de encierro*, Bs. As., 1978.

la vida alrededor de sesenta procesados. En otras cárceles del país hubo sublevaciones en los últimos años, particularmente a mediados de 1973, en que se desató una ola de amotinamientos en casi todas las cárceles del país, cuyo más importante número fue en la Provincia de Buenos Aires. La misma fue controlada, por lo general mediante mediación de las autoridades penitenciarias y decretos de conmutaciones, medidas que fueron severamente criticadas por la prensa, pero que lograron que no se produjesen ninguna pérdida de vida. Con posterioridad, un penoso episodio que costó la vida a ocho detenidas, tuvo lugar en Rosario el 11 de febrero de 1975 ¹⁰³.

Este panorama señala la gravedad del problema penitenciario en nuestro país e indica, aquí como en todos lados, que "la necesidad de buscar soluciones alternativas radicales a las tradicionales se basa en muchos y graves motivos. Por ejemplo, el estigma social que se impone a los presos y a sus familiares y amigos, la influencia negativa de la subcultura carcelaria, los perjuicios económicos y no económicos que se causan a los familiares y, sobre todo, a la sociedad entera, etc." ¹⁰⁴.

Esta situación tan paradójal hace que todos tengamos conciencia de las deficiencias de nuestro sistema, que sepamos cómo corregir las más graves, pero que, en cuanto al futuro mismo de la prisión nos precipitemos en un mar de dudas, que son las que debe encarar cualquier intento serio de política penal racional ¹⁰⁵. El problema de la pena de prisión es una cuestión medular en cualquier reforma penal, que no es posible imaginar prescindiendo de una reforma integral de todo el sistema penal, sobre la base de una coordinación e integración de todos los sectores, sin la cual no puede soñarse con nada, como no sea un aumento del desorden en torno del problema ¹⁰⁶.

Ante la imposibilidad absoluta de reemplazar totalmente las penas privativas de libertad en el derecho penal de nuestro tiempo, ha pasado a ser clave para cualquier reforma penal el reemplazo de las penas cortas privativas de libertad ¹⁰⁷. El tema fue extensa-

¹⁰³ V. la síntesis de estos episodios en "La Nación" de Buenos Aires, del 15 de marzo de 1978.

¹⁰⁴ BERISTAIN ANTONIO, *Caminos nuevos para las instituciones penitenciarias*, en "Opinión-Iritzia", Deia, 8-II-1978.

¹⁰⁵ V. por ej., la perplejidad de ACCIOLY FILHO, *Novos métodos para a repressão penal*, en "Rev. de Informação legislativa", Senador Federal, Brasília, oct.-dic. 1978, pp. 15 y ss.

¹⁰⁶ Sobre la necesidad de coordinación e integración de todos los sectores, PIZZOTTI MENDES, NELSON, *Prevenção do delito e proposições sobre a política de defesa social no plano de desenvolvimento de Brasil*, en "Arq. da Polícia Civil de S. Paulo", 1975.

¹⁰⁷ Cfr. BAUMANN, en "Hom. a José Peco".

mente considerado en el Segundo Congreso de Naciones Unidas para la prevención del crimen y tratamiento del delincuente, reunido en Londres del 8 al 19 de agosto de 1960, recomendándose, ante la imposibilidad de suprimirlas, una serie de sustitutivos, tales como la suspensión de la condena, la "probation", la multa, el arresto domiciliario, la prestación de trabajo libre, etc., y para el caso de tener que aplicarla, organizar el servicio penitenciario de forma que las mismas cumplan, dentro de lo posible, una función reeducadora ¹⁰⁸.

Desde entonces, la atención sobre el efecto nocivo de la prisión en el mundo entero se ha agudizado. No se trata sólo de estudios o investigaciones teóricas de crítica a las instituciones totales, que a partir de los trabajos de Erving Goffman se han generalizado en diversos sentidos ¹⁰⁹, sino ya de claras comprobaciones empíricas que surgen en todo el mundo y por parte de técnicos y funcionarios indiscutiblemente responsables. En un informe oficial del gobierno de los Estados Unidos en 1973 se dice que "la prisión es un lugar de coerción, donde el acatamiento se obtiene por la fuerza. La típica respuesta a la coerción es la adecuación, que puede tomar la forma de hostilidad activa a todo control social o, por fin, un retiro pasivo a la adicción o dependencia del alcohol o la droga" ¹¹⁰. En el documento oficial de discusión de los Estados Unidos al Sexto Congreso de las Naciones Unidas (Caracas, 1980), se recuerda esa expresión y se reconoce expresamente que el aumento de las penas de prisión en nada ha contribuido a disminuir el aumento de la delincuencia en ese país ¹¹¹. En el documento del gobierno del Japón se expresa: "En realidad, los efectos adversos no se limitan a la pérdida de libertad durante el confinamiento. La prisión afecta la vida social del prisionero después de la liberación, una consecuencia de la que no está exenta su familia. Además, el encarcelamiento, especialmente durante un largo período de tiempo, debilita la habilidad de los infractores para adaptarse a la sociedad después de su

¹⁰⁸ *Second United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, London, 8-19 August, 1960. Report prepared by the Secretariat*, Naciones Unidas, N. York, A/conf. 17/20, 28-36.

¹⁰⁹ GOFFMAN, ERWING, *ASYLUMS*, trad. italiana, Torino, 1968.

¹¹⁰ Cit. en *National Institute of Corrections, De Institutionalization of Corrections and Its Implications for Residual Prisoners*, documento presentado al Sexto Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento de Delinquentes, Caracas, 1980, p. 6.

¹¹¹ *Idem*, p. 5.

liberación y destruye el fundamento de la vida en comunidad libre, que es el fundamento indispensable para la reintegración a la sociedad”¹¹². En el informe del gobierno británico, se apunta que la introducción de alternativas a la prisión en el Reino Unido ha obedecido a una mayor consciencia acerca de que la prisión es inadecuada para proveer a los infractores oportunidades de llevar una vida adecuada al derecho y puede dificultarle su reintegro a la comunidad¹¹³. Análogas consideraciones pueden verse en otros informes nacionales al mismo Congreso¹¹⁴. Se insistió en la recomendación a fomentar las alternativas a la prisión, es decir, a la “desinstitucionalización” de los infractores¹¹⁵.

En general, la “desinstitucionalización” no es una cuestión sencilla, puesto que requiere un cambio de mentalidad, particularmente difícil en países en los que dominan criterios irracionales de represión¹¹⁶.

En nuestro sistema penal positivo los únicos sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad son la multa —que cumple una función muy limitada y secundaria¹¹⁷—, la condenación condicional —cuyos benéficos efectos fueron en gran medida neutralizados por una errada interpretación doctrinaria y jurisprudencial primero y una peor reforma legislativa luego— y el arresto domiciliario, de muy escaso ámbito.

Nuestro sistema no conoce la “probation”, no admite que el juez maneje la condenación condicional con mayor elasticidad, no brinda al tribunal mayores alternativas y conduce frecuentemente a la ejecución efectiva de penas privativas de libertad de muy corta

¹¹² *National Statement of Japan, Crime Prevention and the Quality of Life*, Tokyo, 1980, p. 62.

¹¹³ United Kingdom Background Note on Agenda Item 6, *De-Institutionalization of corrections and its implications for the residual prisoners*, Caracas, 1980, p. 1.

¹¹⁴ *Measures of de-institutionalization in Sweden* (an information paper prepared by the National Prison and Probation Administration), 1980; República de Panamá, *Monografía Nacional*, en “Lex”, mayo-agosto de 1980, pp. 17 y ss.

¹¹⁵ Informe provisorio, Caracas, 1980; el más importante trabajo latinoamericano sobre el tema es el de RENÉ ARIEL DOTIC, *Bases e alternativas para o sistema de penas*, Curitiba, 1980.

¹¹⁶ Cfr. BERGAMINI MIOTTO, ARMIDA, *Penas cumplidas en prisión y en la comunidad*, en “Ilanud al día”, agosto de 1980, p. 109.

¹¹⁷ Sobre la trascendencia que cobra la pena de multa y su pertinente función sustitutiva en Alemania y Austria, JESCHECK, *Die Geldstrafe als Mittel moderner Kriminalpolitik im rechts-vergleichender Sicht*, en “Fest. f. Würtenberger”, 1978, pp. 257 y ss.

duración, cuando no son impuestas *ex-profeso* por jueces que creen actuar así con mayor rigorismo y mejor eficacia.

De cualquier manera, creemos que entre nosotros no puede plantearse aisladamente una reforma en este sentido, puesto que es fundamental la coordinación sectorial del sistema penal. La inversión del sistema penitenciario es en gran parte resultado de un anti-cuado sistema procesal, cuya reforma no sólo dependerá del cambio de un código, sino de la creación de una infraestructura judicial en el orden material y humano, puesto que el país carece de un régimen racional de selección y ascenso de magistrados, es decir, de un régimen que garantice la formación especializada del juez penal. La designación de los jueces por el poder político, la inestabilidad de los mismos, la carencia de una carrera judicial, la carencia de locales, movilidad y medios materiales, la falta de bibliotecas y centros de información especializados, la improvisación legislativa, la falta de discusión y esclarecimiento de los proyectos de leyes, la instrucción criminal en manos policiales en gran parte del país al igual que la materia contravencional, la falsa convicción de que la prisión es efectivamente aleccionadora y la permanente intromisión política en todas las cuestiones técnicas jurídico-penales y criminológicas, pintan un panorama harto desolador, en el que cabe apuntar, como casi único signo positivo, la existencia de una Escuela Penitenciaria y del correspondiente cuerpo en el orden federal y en algunas provincias, pese a sus estructuras excesivamente militarizadas. En estas circunstancias, la pena corta privativa de libertad permanecce, y con ella toda su problemática, sin esperanza de superarse exitosamente mientras no exista la clara consciencia de que una política penal coherente sólo puede llevarla a cabo un organismo técnico centralizado, en cuya creación no se ha mostrado interesado ningún gobierno.

El embate contra las penas cortas privativas de libertad comenzó en el Congreso Penitenciario de 1872, pero fue von Liszt quien en su programa de 1882 emprendió la gran batalla contra las mismas. No obstante, cabe señalar que el debate a su respecto no se halla totalmente agotado, porque hay partidarios de las penas privativas de libertad de corta duración, quienes fundamentan su tesis en la existencia de autores a los que una pena de multa no les hace efecto alguno y para los cuales sólo una pena privativa de libertad de corta duración es lo correcto, aunque fuese de semanas o días.

Por supuesto que quienes en la actualidad defienden las penas privativas de libertad de corta duración, no piensan en ellas al estilo del

irracionalismo represivo tantas veces puesto de manifiesto en nuestro medio, sino como una forma nueva y especial de pena, de ejecución completamente distinta que la ordinaria, que operaría meramente por "shock" ("pena de sacudón" o "pena para hacer volver en sí"). Esta tesis fue defendida por autores como Welzel, Maurach, Richard Lange, Gallas, Bockelmann, Jescheck, Sieverts, Lang-Hinrichsen, Schafheutle, etc.¹¹⁸ y logró imponerse en el proyecto alemán de 1962, que preveía la pena de "detención" en su § 47, aplicable a casos tales como los de tránsito. Era una concesión a los partidarios de la concepción retributiva de la pena¹¹⁹, de la que abjuraron luego varios de sus primitivos sostenedores. "El alto porcentaje de reincidencia en casos de penas cortas prueba que el efecto de sacudón sólo opera en aquéllos condenados que adoptan, frente a su pena, una posición positiva, en tanto que en los otros tiene el efecto de incitar a la venganza"¹²⁰. En definitiva, la concepción de la pena breve como "sacudón" se enfrenta al eterno problema de la expiación, que siempre será un fenómeno inherente a un ámbito impenetrable al legislador. La pena breve sólo puede tener el efecto de "sacudón" cuando el sujeto que la sufre la asume como tal y, en caso contrario, su efecto será totalmente contraproducente.

El proyecto alternativo alemán de 1966 pretendió elevar el mínimo de la pena privativa de libertad a seis meses, desatándose un amplio debate que culminó en la solución transaccional del vigente código de 1975, cuyo § 38 establece como mínimo de la misma un mes, pero sólo corresponde su aplicación por debajo de los seis meses a casos excepcionales (cláusula de *ultima-ratio*) (parág. 47). El § 18 del código austriaco de 1975 admite la pena privativa de libertad desde un día de duración, pero su § 37 igualmente hace excepcional cualquier pena privativa de libertad inferior a seis meses, siempre que el máximo de la pena conminada para el delito no exceda de cinco años; en caso que el máximo no exceda de diez años, también admite que la pena inferior a seis meses se convierta en multa, pero sólo en casos especiales.

El proyecto alternativo alemán de 1966 proponía el reemplazo de la pena inferior a seis meses por multa o por otras medidas que tuviesen por efecto disminuir el nivel de vida del condenado sin privarle de libertad, tales como la privación de la licencia para conducir¹²¹. Se han propuesto también otros medios tales como la suspensión de permisos de caza o pesca. En realidad, estas penas especiales habían sido propuestas años antes, principalmente por Weber y Eberhard Schmidt, como una respuesta imaginativa para eludir la férrea dualidad de "prisión o mul-

¹¹⁸ BEMMANN, GÜNTER, *Für und wider Vereinheitlichung der Freiheitsstrafe*, en GA, 1967, pp. 129-144 (141).

¹¹⁹ KANUS, KURT, *Das Problem der kurzfristigen Freiheitsstrafe*, Diss., Zürich, 1973, p. 41.

¹²⁰ *Idem*, p. 122.

¹²¹ BAUMMANN, JÜRGEN, *¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?* en "Hom. a Jiménez de Asúa, Bs. As., 1970, pp. 1 y ss.; del mismo *Beschränkung des Lebensstandarts anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Berlin, 1968.

ta", es decir, como forma de abrir nuevas alternativas político-penales¹²².

El criterio del proyecto alternativo fue defendido por Bemmann, quien entiende que la disminución del nivel de vida con la pena patrimonial adecuadamente legislada haría innecesaria la pena de detención del proyecto de 1962, permitiendo así la unidad de la pena privativa de libertad, en lugar de un dualismo entre prisión y detención¹²³.

En contra de la solución del problema por la vía de la disminución del nivel de vida se argumentó frecuentemente, aunque los argumentos usados no resultan muy convincentes. Lackner, por ejemplo, sostuvo que hay hechos, tales como un homicidio a ruego o el abuso sexual con menores, en que no puede admitirse el reemplazo por la pena pecuniaria¹²⁴, lo que si bien es cierto, también cabe tener en cuenta, pero paralelamente, que en tales casos tampoco por lo general será admisible una pena privativa de libertad inferior a seis meses. También se ha objetado que la multa, para que produzca el efecto de disminuir el nivel de vida, requiere el pago periódico¹²⁵ y Eb. Schmidt consideró que extender este pago hasta 90 meses —como se había propuesto— podía parecer una pena muy drástica¹²⁶. Jescheck se adhirió a estos argumentos e insistió sobre todo en las dificultades prácticas del sistema¹²⁷. Creemos que las dificultades prácticas no son insuperables y que la prolongación del término —que puede ser atendible— es una cuestión de cuantificación, pero no hace al fondo de la solución propuesta.

Frey intentó en su momento una crítica a este tipo de sanciones, fundado en que ellas únicamente pueden tener efecto para quien siente su peso, pero no para todos, a diferencia de las verdaderas penas, "que recaen siempre sobre bienes jurídicos que tienen todos los hombres". Agregaba que "una disposición que dijese que para ciertos círculos de autores y para ciertos delitos el juez puede aplicar estas penas, restaría certeza a la determinación de la pena"¹²⁸. No creemos que las inhabilitaciones especiales, por ejemplo, presenten los caracteres de uniformidad que Frey requiere para lo que considera verdaderas penas.

¹²² WEBER, HELMUTH VON, *Die Sonderstrafe* en "Deutsche Richterzeitung", 1951, 153-156 (155); EBERHARD SCHMIDT, *Eröffnungsaussprache auf der Tagung der Arbeitsgemeinschaft für Reform der Strafvollzuges in Wolfenbüttel am 5. April 1951*, en ZStW, 64, 1952, p. 1-16; sobre el mismo problema: HEINITZ, ERNST, *Der Ausbau des Strafrechtssystems*, en ZStW, 1953, pp. 26-52; BLAU, GÜNTER, *Nochmals: die "Sonderstrafe"*, en JR, 1953, 323-5.

¹²³ BEMMANN, GÜNTER, *Fünf und wider Vereinheitlichung der Freiheitsstrafe*, en GA, 1967, 129-144.

¹²⁴ LACKNER, KARL, *Der Allg. Teil des künftigen Strafgesetzbuches in der Auseinandersetzung*, en JZ, 617 y ss., 1963.

¹²⁵ LACKNER, KARL, *Der AE und die praktische Strafrechtspflege*, en JZ, 1967, 513 y ss. (518).

¹²⁶ SCHMIDT, EB., *Ein Gegenentwurf zum Entwurf eines StGB 1962, Kritische Erörterung*, en JZ, 1963, pp. 629 y ss. (630).

¹²⁷ Así, JESCHECK, *Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches, Allg. Teil*, en ZStW, 1968 (80), pp. 54-88 (68-69).

¹²⁸ FREY, ERWIN, *Ausbau des Strafrechtssystems?* en ZStW, 65 (1953), pp. 3-25 (13).

De todas maneras, el mero hecho de que ya desde hace casi treinta años se vengan planteando estas discusiones y que la multa haya pasado a desempeñar un papel protagónico en las nuevas legislaciones penales, es un hecho altamente alentador cuya significación no puede pasarse por alto.

597. La reclusión y la prisión. Hemos visto que a lo largo de nuestra historia legislativa se conoció una pluralidad de penas privativas de libertad que en el código vigente quedaron reducidas a dos: reclusión y prisión. La reclusión carga con un resabio infamante, que es ajeno a la prisión, además de que, teóricamente, responde a un régimen más severo. La distinción entre ambas clases de penas —como en general la pluralidad de las penas privativas de libertad— tiende a desaparecer en la legislación contemporánea, donde predomina la unidad de las penas privativas de libertad, por lo general con la denominación de prisión.

La cuestión acerca de si debe haber una o varias penas privativas de libertad plantea dos problemas diferentes. La discusión moderna gira en torno a si debe haber una pena de prisión ordinaria y una pena corta —de semanas o días— que opera como “pena-sacudón” o “pena-shock” (*Schockstrafe*), cuestión de la que nos acabamos de ocupar¹²⁹. La vieja discusión, acerca de si debe mantenerse una pena infamante para “no recuperables” o “difícilmente recuperables”, y una pena no infamante para “recuperables” está hoy superada. La división provenía también de la distinción entre crímenes y delitos¹³⁰. Jescheck afirma certeramente que la distinción cualitativa entre crímenes y delitos “no debe realizarse a costa de los hombres que mediante la reclusión se deban construir su regreso a la vida”¹³¹, resultando hoy inadmisibles una pena privativa de libertad que no persiga la resocialización del hombre¹³². Roxin afirma que la abolición de la *Zuchthaus* es la más importante de las reformas en Ale-

¹²⁹ Por la unidad de la pena privativa de libertad en el sentido del proyecto alternativo, SCHMIDT, ER., *Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und Strafzumessung im AE eines Strafgesetzbuchs*, en NJW, 1967, pp. 1929 a 1940 (1933).

¹³⁰ Cfr. GLAUZMANN, OTHMAR, *Die Einheitsstrafe*, Diss., Bern, 1955, con amplio estudio de los antecedentes suizos.

¹³¹ JESCHECK, *Die kriminalpolitische Konzeption...*, cit., p. 63 (se pronuncia allí también contra la pena de detención del proyecto de 1962). Por la unidad, también GRAVEN, PHILIPPE, *Die Zukunft des Freiheitsentzuges im schweizerische und deutschen Strafrecht*, en ZStW, 80 (1968), pp. 199 a 228.

¹³² Cfr. WÜRTEMBERGER, THOMAS, *Die Resozialisierung des Rechtsbrechers und die Strafrechtsreform*, en pp. 105 a 114 de “Die neue Ordnung”, 1965/2.

mania Occidental y "significa un triunfo del pensamiento de la resocialización" ¹³³.

El § 43 del proyecto alemán de 1962 mantenía ambas categorías y sumaba la de "detención" es decir que, en cierto sentido, revivía la antigua clasificación tripartita de las infracciones. Los autores del proyecto oficial de 1962 afirmaban que en un derecho penal de culpabilidad, en que la pena implica un juicio de desvalor ético sobre el hecho y sobre el autor, debe graduarse el juicio de desvalor no sólo sobre la extensión, sino también sobre la clase de pena, y aunque este principio sólo se introduzca en forma limitada, debe, al menos, distinguirse en una criminalidad superior y otra inferior, sustentando la tesis de que no es compatible con un derecho penal de culpabilidad la incriminación, con la misma pena privativa de libertad incolora, de la conducta del asesino y del autor culposo ¹³⁴.

La carga más fuerte contra la distinción en el seno de la primera comisión la llevó Eberhard Schmidt ¹³⁵, conforme al criterio que luego sostuvo el proyecto alternativo en su § 36 y que finalmente se impuso en el § 38 del código de 1975 ¹³⁶. Cabe aclarar que la distinción contenida en el código alemán de 1871 no tenía ninguna consecuencia penal ejecutiva ¹³⁷.

El mismo criterio unificador se impuso en el código penal austríaco de 1975 (art. 18), pese a que mantiene la distinción entre crímenes y delitos (art. 17). La exposición de motivos del proyecto oficial austríaco dice que el fin resocializador de la pena requiere que la misma se individualice conforme a su duración y a la personalidad del condenado, considerando que cualquier otro criterio puede ser perturbador y redundar en serio peligro de "asocializar" al condenado ¹³⁸.

La tendencia a unificar la pena privativa de libertad no es nueva, sino que proviene del primer congreso penitenciario de Londres de 1872, siendo reclamada también en el de Estocolmo de 1878, en el de París de 1895 y en el de Praga de 1930. Además, fue instada por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria en 1951 ¹³⁹.

En nuestro medio la distinción entre la prisión y la reclusión fue propugnada en el proyecto de 1960 y en el interrumpido proyecto de 1973, conforme al criterio de Soler, quien afirma que la distinción se impone por vía constitucional y que, por consiguiente, es necesario mantenerla con total independencia del problema penitenciario, para puros efectos penales y constitucionales ¹⁴⁰. La afirmación de Soler finca en que, a su entender, como la reclusión conlleva el antedicho carácter infamante, es el único criterio para determinar el alcance del art. 61 constitucional, que de otro modo no podría aplicarse ("Ningún senador o diputado, desde el día

¹³³ ROXIN, CLAUS, *La culpabilidad como criterio limitativo de la pena*, en "Rev. de Ciencias Penales", Sgo. de Chile, 1973, nº 1, pp. 16 y ss. (25).

¹³⁴ *Entwurf 1962, Begründung*, p. 164.

¹³⁵ V. BAUMANN, 1966, p. 643.

¹³⁶ V. BOCKELMANN, 205.

¹³⁷ V. SCHMIDHÄUSER, 612.

¹³⁸ *Regierungsvorlage*, 16.11.1971.

¹³⁹ CUELLO CALÓN, op. cit., 278-9.

¹⁴⁰ SOLER, *Proyecto*, Bs. As., 1961, p. 14.

de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho".

Creemos que el art. 61 constitucional no impone la distinción entre reclusión y prisión, puesto que de ser ello correcto, también habría que deducir de la misma disposición que se impone la distinción entre crímenes y delitos y entre penas aflictivas y no aflictivas. La pena de reclusión tiene, por cierto, un *resabio* infamante, pero ello no significa, en modo alguno, que sea propiamente una pena infamante, sino, más bien, una pena que hereda a un precedente infamante, puesto que no puede sostenerse, a la luz de las disposiciones de nuestra ley penitenciaria, que en nuestro sistema positivo haya penas infamantes en sentido estricto, dado que esa característica entra en colisión con el fin resocializador de la pena.

El resabio de contenido infamante de la pena de reclusión se mantiene en nuestro código en las disposiciones de los arts. 6º y 9º, pero la vigencia de esas disposiciones es discutible frente a la ley penitenciaria, que parece derogarlas tácitamente, al no hacer distinción alguna en cuanto a la ejecución penal para reclusos y presidiarios. De este modo, *ambas clases de penas privativas de libertad sólo quedan diferenciadas porque la reclusión es una pena más severa en cuanto a que eventualmente compromete más el bien jurídico libertad que la pena de prisión.*

Hemos visto que en el código de 1886 había cuatro clases de penas privativas de libertad (presidio, penitenciaria, prisión y arresto) y que en la de presidio Tejedor había sintetizado las penas de cadena (*Kettenstrafe*) y de presidio propiamente dicho (*Zuchthaus*) del código de Baviera, con lo cual el presidio del código de 1886 conservaba la posibilidad de trabajo público (carácter infamante). El código de 1921 reemplazó a la penitenciaria, a la prisión y al arresto del código de 1886 por la pena vigente de prisión, y en cuanto al presidio de 1886, lo reemplazó por la reclusión. Esta equivalencia surge claramente de que el art. 6º dispone que "la pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares". La única pena en que esto era posible en el código de 1886 era la de presidio, lo que indica bien a las claras que su equivalente es la reclusión vigente, pese al error que se cometió cuando el art. 305 equiparó la antigua peni-

tenciaría a la reclusión, con lo que extendió el resabio infamante del presidio a una pena que no lo tenía en el código de 1886.

Pese a esta disposición, y al art. 9º del código vigente, que dispone que “la pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos”, *esto nunca se cumplió y jamás se distinguió en la práctica la ejecución penal para reclusos y presidiarios, ni tampoco se los alojó nunca en establecimientos separados. En nuestra realidad penitenciaria, la ejecución penal fue siempre exactamente la misma para las penas de reclusión y de prisión.*

Un decreto del Poder Ejecutivo del 29 de noviembre de 1922 dispuso que la pena de reclusión se cumpliría en la cárcel de Ushuaia, en tanto que la de prisión lo sería en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires. Este decreto fue revocado por otro del 10 de octubre de 1924, que consideró “que la aplicación estricta del código penal es imposible sin caer en injusticia o contradicción con los fines elevados que lo informan”, resolviendo que los condenados a reclusión o a prisión podían permanecer en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires, “siempre que observasen en ella una conducta concordante con las exigencias del sistema reformativo implantado en la misma”, pudiendo, en caso contrario, ser trasladados a Ushuaia, siempre que les faltase más de un año para cumplir la pena¹⁴¹. Fuera de esta primera tentativa de diferenciación penitenciaria no hubo otra.

Otra de las peculiaridades de la reclusión, que dentro del régimen del código penal señala su carácter de heredera del antiguo presidio del código de 1886 y del anterior código Tejedor, es la disposición del art. 7º del código penal, que dice: “Los hombres débiles y enfermos y los mayores de sesenta años que merecieren reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento”. Esta disposición corresponde al art. 62 del código de 1886, que agregaba los menores y las mujeres, al igual que el art. 98 del código Tejedor (ambos referidos a la pena de presidio) y que estaban tomados del art. 9 del código de Baviera, referido a la “pena de cadena” (“Personas del sexo femenino, hombres defectuosos o débiles, gente mayor de sesenta años, que fueren condenados a pena de cadena, deberán ser eximidos de los trabajos públicos y, en forma adecuada a sus fuerzas, serán ocupados

¹⁴¹ V. GARCÍA BASALO, JUAN CARLOS, *El régimen penitenciario argentino*, Bs. As., 1975, p. 23.

en el mismo lugar de trabajo”). Esta salvedad obedecía al régimen ejecutivo más severo que el código imponía para la reclusión.

Las mujeres y los menores siempre estuvieron excluidos de las penas de reclusión en el código vigente. Ello se desprende del art. 8, que dispone que “sufrirán las condenas en establecimientos especiales”. La cuestión no quedaba tan clara en la redacción con que originalmente se sancionó el código vigente, pero quedó prácticamente fuera de duda después de la reforma introducida por la ley “fe de erratas”. El texto original decía: “Los menores de edad y las mujeres sufrirán las condenas que les correspondan en establecimientos especiales”¹⁴². La ley 11.221 suprimió las palabras “que les correspondan”.

La vigente ley penitenciaria nacional (decreto-ley 412 de 1958, ratificado por ley 14.467 del mismo año) no establece diferencia alguna para la ejecución de las penas de reclusión y de prisión, reemplazando incluso las calificaciones de “recluso” y “preso” por la de “interno” (art. 15). La reclusión y la prisión no fundan en el régimen de ejecución de la ley penitenciaria ninguna distinción de régimen de trabajo ni de establecimientos. Puesto que la ley penitenciaria nacional, por disposición expresa de su art. 131, es “complementaria del código penal”, cabe entender que ha derogado los arts. 6, 7 y 9 del código penal, que prescribían normas de ejecución penal en contradicción con las de dicha ley posterior. De este modo, lo correcto es entender que la principal diferencia entre ambas penas privativas de libertad, de la que se derivaba el carácter remisscentemente infamante de la reclusión, ha quedado hoy derogada, por lo que la misma no conserva sino el *mero valor de un antecedente histórico-legislativo*.

En la Exposición de Motivos de la ley penitenciaria nacional se dice que se opta “por la unificación de las penas privativas de libertad en cuanto se refiere a su ejecución penitenciaria. Para ello se tomó en consideración: 1º) existe una fuerte corriente doctrinaria que brega por la unificación de las penas privativas de libertad, dejando librada la diferenciación del régimen penitenciario a una clasificación criminológica de los penados. Un estudio emprendido por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria poco antes de su disolución (1951) concluyó con una expresión de deseos en este sentido; 2º) la tendencia legislativa de nuestro país se ha orientado hasta el presente hacia la reducción del número de penas privativas de libertad. Los últimos proyectos de código penal pro-

¹⁴² Edición oficial, p. 10.

piciaron ya una sola pena de prisión; 3°) salvo una tentativa inicial, efectuada en 1922-1924, en el orden nacional al comenzar a regir el nuevo código penal, la administración penitenciaria, tanto nacional como provincial, ha realizado una unificación de hecho de ambas penas" ¹⁴⁸.

La característica diferencial que le asignaba carácter infamante a la pena de reclusión, ha quedado, pues, derogada por la ley penitenciaria nacional, y los artículos 6, 7 y 9 del CP, que no han sido formalmente derogados, sólo pueden tomarse como un criterio indicador a los efectos del art. 61 constitucional, sin perjuicio de que un futuro texto legal bien pueda señalar otra referencia diferenciadora a tales efectos.

Sin perjuicio de que no haya ninguna diferencia ejecutiva entre ambas clases de penas, lo cierto es que la pena de reclusión conserva una mayor severidad y afecta en mayor medida que la prisión la libertad del condenado. Ello se pone de manifiesto en que *hay beneficios que no se otorgan a los condenados a pena de reclusión o que se les otorgan con mayor dificultad que a los condenados a penas de prisión.* α) Así, el arresto domiciliario, previsto en el art. 10 del código penal, que prescribe que "cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias", es aplicable únicamente a los condenados a prisión. β) Conforme al art. 13 del código penal, los que hayan sido condenados a penas de prisión o de reclusión por tres años o menos, pueden obtener la libertad condicional, pero para ello el condenado a pena de reclusión deberá cumplir condena durante un año y el condenado a pena de prisión sólo durante ocho meses. γ) La condenación condicional no puede tener lugar cuando se trate de imponer penas de reclusión, según lo dispone el art. 26, que únicamente la prevé para las penas de prisión de dos años o menores. El texto original del código la admitía, excluyéndola el segundo párrafo del art. 26 sólo en caso de concurso de delitos. La ley 21.338 excluyó directamente la condenación a reclusión del régimen de la condicionalidad. δ) El art. 44 del código, al establecer la reducción de la escala penal para la tentativa, determina que si la pena del delito consumado fuese de reclusión perpetua, la pena de su tentativa será de reclusión de quince a veinte años, en tanto que si fuese de prisión perpetua, la de su tentativa será prisión de diez

¹⁴⁸ Ley penitenciaria nacional, Exposición de motivos, nº 20.

a quince años. La misma diferencia en la escala penal reducida hace el art. 46 para la pena del cómplice.

Por otra parte, *los mínimos de las penas de reclusión y de prisión son diferentes, siendo superior el mínimo de la pena de reclusión*. Es sabido que nuestro código no contiene en su parte general ninguna disposición que prescriba el mínimo y máximo de cada especie de pena, por lo cual éstos deben consultarse en las particulares previsiones de la parte especial. Las previsiones de penas privativas de libertad temporales tienen como máximo veinticinco años (art. 79), sean de reclusión o de prisión. Este límite máximo se ha mantenido inalterado desde la sanción del código, en tanto que los mínimos han variado constantemente, en razón de las permanentes reformas a las escalas penales, con lo que erróneamente se pretendió realizar una política penal. En la actualidad, el mínimo de la pena de prisión es de quince días (el previsto en el art. 243), en tanto que la pena mínima de reclusión prevista es de seis meses en el art. 90, para las lesiones graves en las circunstancias del art. 81. Por supuesto que estos son los mínimos previstos para los delitos consumados, siendo factible su reducción conforme a las escalas de los arts. 44 y 46, cuya combinación da por resultado las medidas mínimas en que ambas penas pueden ser efectivamente aplicadas.

En el proceso de sanción del CP, el Senado adicionó el art. 6 con lo siguiente: "La reclusión temporal no será inferior a un mes, ni superior a veinticinco años", y agregó también el art. 9 que "la prisión temporal no será inferior a cuatro días, ni superior a veinticinco años"¹⁴⁴. La Comisión de Senadores decía que "en este punto no comparte las opiniones de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Honorable Cámara de Diputados, según la que en la parte general no debe consignarse sino la calidad de las penas, debiendo quedar la determinación de la cantidad para la parte especial". Citaba a este respecto los proyectos suizo y sueco¹⁴⁵. La Cámara de Diputados no aceptó tales agregados, quedando el texto como se encuentra en la actualidad, esto es, privado de toda disposición al respecto en su parte general.

Además de las apuntadas diferencias, *la prisión preventiva sufrida por el condenado se imputa a la pena impuesta a razón de un día por cada día de prisión y de dos días por cada día de reclusión*. Esta diferencia se explicaba porque se consideraba que la reclu-

¹⁴⁴ Código Penal, edición oficial, p. 573.

¹⁴⁵ Idem, 233-4.

sión importaba el sometimiento a un régimen más aflictivo que el de la prisión, lo que traducía de este modo el art. 24 del código. Resulta claro que cualquier privación de libertad sufrida durante la causa forma parte de la reacción estatal contra el delito, debiendo, por consiguiente, imputarse a la pena, particularmente teniendo en cuenta que la prolongación del proceso es una cuestión imputable a los órganos intervinientes y que no puede traducirse en una agravación de pena.

El código Tejedor era mucho menos amplio en este sentido, puesto que recién relevaba la prisión preventiva cuando excediera en seis meses la duración de la pena impuesta (art. 171). El sistema del código de 1886 era más complicado, debido a la mayor diferenciación de las penas privativas de libertad: "por tres días de prisión, uno de presidio; por dos días de prisión, uno de penitenciaría; por uno de prisión, otro de la misma pena; por dos días de arresto, uno de prisión, y por uno de esta pena, cuatro pesos de multa" (art. 49).

La cuestión no ha sido planteada, pero abrigamos serias dudas acerca de la vigencia del art. 24 del código penal, puesto que bien puede argumentarse que, desde que conforme a la ley penitenciaria nacional ha dejado de ser más aflictiva la ejecución de la pena de reclusión, carece ya de fundamento la desigual imputación de la prisión preventiva a la reclusión.

Cabe tener en cuenta que el cálculo de la prisión preventiva para su correspondiente imputación a la pena es el único caso en que nuestro código autoriza la observación separada de la ley penal más favorable al procesado (art. 3). Esta previsión tiene como antecedente el tercer párrafo del art. 7 del proyecto de 1891, cuyos autores expresaban que "está destinado a salvar inconvenientes que se han presentado en la aplicación del actual código, cuando por la larga detención preventiva del procesado, el cómputo de la misma dificultaba la determinación de la ley más benigna, lo que dio lugar a interpretaciones contradictorias de los tribunales"¹⁴⁶. Así, por ejemplo, el código de 1886 computaba tres días de prisión preventiva por una de presidio; sancionado el código de 1921, si la pena que correspondiese fuese de reclusión y llevase cumplidos el sujeto tres años de prisión preventiva, "los tres años de prisión preventiva que sufrió por la ley anterior, equivalen a un año y seis meses de la pena de la ley anterior"¹⁴⁷.

A los efectos del art. 52, las condenas a penas de reclusión tienen consecuencias más graves que las condenas a penas de prisión. Así dos condenas a prisión mayores de tres años, por el inc. 1º no fundan la pena accesoria, pero si una de ambas fuese a reclusión, corresponde tal pena accesoria. En el inc. 2º tres condenas a pri-

¹⁴⁶ Proyecto, 1891, p. 21.

¹⁴⁷ MALAGARRICA, I, p. 80.

sión por más de tres años equivalen a una condena de reclusión por más de tres años y dos a prisión por menos de tres años.

En la redacción original del código había aún otra diferencia, que perdió eficacia con la ley "fe de erratas": el art. 65 —según la ley 11.179— establecía que la pena de reclusión perpetua prescribía a los veinte años y la de prisión perpetua a los quince años. La ley 11.179 ("fe de erratas") igualó ambos plazos de prescripción.

598. El cómputo de las penas privativas de libertad. El art. 77 establece que "los plazos señalados en este código se contarán con arreglo a las disposiciones del código civil". El segundo de los Títulos Preliminares del código civil es el que se ocupa "Del modo de contar los intervalos del derecho". El art. 23 dispone que "los días, meses y años se contarán para todos los efectos legales, por el calendario Gregoriano".

El art. 24 del código civil dice: "El día es el intervalo entero que corre de media noche a media noche; y los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la media noche en que termina el día de su fecha. Así un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses o el año". Conforme a esta disposición, una condena que establecía una pena de diez años y que hubiese comenzado a cumplirse el 15 de agosto de 1964, porque por ejemplo, el sujeto hubiese sido detenido a las 13 horas de ese día, se cumpliría el 15 de agosto de 1974 a las 24 horas o, lo que es lo mismo, a la 0 hora del 16 de agosto de 1974. Tal es la forma correcta de contar los plazos civiles, en la que nunca se cuenta el día en que el plazo comienza a correr. La única excepción que hace el código civil es la del art. 128, en el caso de los menores que alcanzan su capacidad "el día en que cumplieren veintiún años", es decir, desde la 0 hora de ese día.

Sin embargo, éste no puede ser el criterio imperante para el cálculo de la pena, puesto que, de ser así, en el ejemplo dado, las horas que el sujeto ha permanecido cumpliendo pena el día 15 de agosto de 1964 (entre las 13 y las 24 horas) constituirían una verdadera prolongación de su pena. Esta consideración nos obliga a rectificar parcialmente el criterio civil aplicando los principios penales, que impiden cualquier prolongación real de la pena judicialmente impuesta, lo que *obliga a computar el día del comienzo de ejecución como día completo*. Por consiguiente, en el ejemplo dado,

la pena deberá considerarse cumplida a las 24 horas del día 14 de agosto de 1974 o, lo que es lo mismo, a la 0 hora del día 15¹⁴⁸.

Creemos que en cualquier caso, *el principio general debe ser que el día en que el sujeto haya estado cumpliendo pena en forma parcial debe contarse como día completo de ejecución*, pues es la única manera de no incurrir en una indebida prolongación real de la pena privativa de libertad. Así, en caso de interrupción, debe considerarse que ésta se produce a las 24 horas del día en que tiene lugar y cesa a la 0 hora del día en que el sujeto vuelve a perder su libertad. Así, en el ejemplo dado, si la pena se hubiese interrumpido el 18 de octubre de 1966 y hubiese cesado la interrupción el 31 de diciembre de 1966, se considerará que estuvo interrumpida desde la 0 hora del 19 de octubre hasta la 0 hora del 31 de diciembre, es decir, un total de dos meses y doce días, con lo que la pena se considerará cumplida el 27 de octubre de 1974 a la 0 hora¹⁴⁹. La ley 21.931 agregó en el art. 77, a continuación de la disposición que dispone que los plazos se cuenten conforme al código civil, lo siguiente: "Sin embargo la liberación de los condenados a penas privativas de libertad se efectuará al mediodía del día correspondiente". El proyecto se fundó en las dificultades que acarrea a los penados su liberación a medianoche¹⁵⁰. En rigor, no se trata de una modificación a la forma de contar el término, ni de una abreviación de la duración de la pena, sino de una *salida anticipada obligatoria de doce horas*.

Haciendo aplicación de la regla general del art. 24, la prisión preventiva se computará como ejecución de pena, entendiéndose que comienza a la 0 hora del día en que el sujeto fue privado de libertad. En el supuesto en que el sujeto se hallase privado de libertad, se entenderá que el momento desde el que debe contarse es la 0 hora del día en que el tribunal ordena la anotación del detenido a su orden, sin que importe la fecha en que esa anotación se haya hecho efectiva, puesto que ello es una mera cuestión administrativa de información, que no puede perjudicar al condenado¹⁵¹.

¹⁴⁸ Cfr. Cámara Crim. y Correcc. Cap., Sala 6ª, 3-V-1977 (LL, julio 27 de 1977).

¹⁴⁹ Sosteníamos otro criterio en *Manual*, 1977, 597.

¹⁵⁰ Boletín Oficial, 19-I-79.

¹⁵¹ Cfr. Cám. Crim. Correcc., Sala 1ª, marzo 8 de 1977 (LL, 16-VIII-1977).

En el caso del sujeto que sufre prisión preventiva simultáneamente por una pluralidad de causas, algunas de las cuales terminan por sobreseimiento o absolución, la sana lógica indica que el tiempo que el sujeto ha estado sometido a prisión preventiva en la causa en que es condenado siempre debe computársele en la pena que se le imponga, sin que interese que simultáneamente haya sufrido prisión preventiva en otra causa en la que haya sido absuelto o sobreseído, puesto que de lo contrario, resultaría más beneficiado con la condena que con la absolución, dado que en caso de condena ese tiempo se le imputaría a la pena única¹⁵². Lógicamente, en caso de prisión preventiva en varias causas en que el sujeto resulta condenado, la misma se imputará a la pena única y en modo alguno a cada pena en forma separada, lo que implicaría un beneficio absurdo o una ficción ridícula. Tampoco procede imputar a la pena impuesta la prisión preventiva que el sujeto hubiese sufrido antes de la orden de detención de la autoridad competente en la propia causa aunque fuese absuelto en la otra causa, puesto que esa prisión preventiva es por completo ajena a la reacción estatal contra el delito por el que se le condena¹⁵³.

En la pena debe contarse todo el tiempo que el condenado haya permanecido privado de libertad, aunque la ejecución se haya visto interrumpida por una prisión preventiva cumplida en otro lugar o jurisdicción. La doctrina plenaria de la capital sostiene acertadamente que “debe computarse como cumplimiento de pena el tiempo durante el cual el condenado permaneció detenido fuera del lugar en que cumplía dicha pena, en razón de haber sido sometido a otro proceso, en el que no recayó, en definitiva, sentencia condenatoria”¹⁵⁴.

Uno de los problemas referidos al cómputo de tiempo en las penas privativas de libertad es el de la enfermedad mental sobreviniente del condenado. El art. 25 CP regula el caso, estableciendo que “si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado 3º del inc. 1º del art. 34”.

“Sin que obste a lo dispuesto en el apartado 3º del inciso 1º del art. 34” fue agregado por el Senado y aceptado por la Cámara de Diputados¹⁵⁵. Gómez dice —creemos que con razón— que “el texto se refiere, por error material, al apartado 3º del inc. 1º de

¹⁵² Idem, Sala 3ª, 19-III-1976, causa nº 19.218.

¹⁵³ Idem, Sala 3ª, 10-IV-56, causa 2.661.

¹⁵⁴ Plenario “Barrionuevo”, 10 de julio de 1947, CCC, V, 732; JA, 1947-III-238.

¹⁵⁵ Código Penal. Edición oficial, p. 588.

dicho artículo, en vez de citar el apartado 2º, que es el que instituye la internación manicomial”¹⁵⁶.

Lleva también razón Gómez cuando comenta que dicho criterio legal es a la vez que justo, defensivo, pues la internación del inc. 1º del art. 34 debe mantenerse hasta que cese la peligrosidad, entendida —según nosotros— en el sentido corriente de la palabra. La aclaración del art. 34 inc. 1º impide que el juez pueda ordenar la libertad de un enfermo peligroso, porque haya cumplido su condena.

Tal podía suceder con el art. 50 del código de 1886, que disponía: “Si durante la condena el penado se volviese loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena”. Gómez, comentando la disposición vigente dice: “La solución legal es justa, pues nada ganaría la sociedad con mantener en suspenso el término de la condena para hacerlo revivir desaparecida que fuera la enfermedad mental del reo. Dicha solución legal es, además, defensiva, cuando prescribe el mantenimiento de la medida de seguridad estatuida en el art. 34”¹⁵⁷.

El art. 116 de la ley penitenciaria nacional establece que “el interno que llegare a presentar alguna de las formas de alienación mental, deberá ser separado del régimen común del establecimiento, al cual se reintegrará cuando dicho estado de alienación hubiese cesado o remitido”. Creemos que no debe entenderse que esta disposición se contradice o modifica lo preceptuado por el art. 25 del código, pues la medida que allí se prescribe es para el caso en que el condenado fuese peligroso, en tanto que el art. 116 de la ley penitenciaria se refiere a cualquier caso, es decir, al supuesto en que el condenado, pese a su padecimiento, no sea peligroso, como también al caso en que lo sea, hasta que el tribunal competente tome la intervención debida, es decir, aplique la medida del inc. 1º del art. 34.

El código penal se ocupa de la incapacidad psíquica del sujeto concomitante al hecho en el inc. 1º del art. 34, en tanto que de la incapacidad de igual naturaleza, pero posterior a la sentencia, se ocupan el art. 25 del código y el art. 116 de la ley penitenciaria nacional, mas no hay ninguna previsión en la ley penal acerca de la incapacidad psíquica sobrevinida durante el proceso. Esa situación la resuelven los códigos de procedimiento penal, que prescri-

¹⁵⁶ GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado*, I, 606.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

ben la suspensión de la causa —salvo los trámites de investigación— hasta que el procesado recupere su capacidad para estar en juicio.

El art. 13 del proyecto de Obarrio disponía: “La demencia de los delinquentes sobreviniente a la ejecución del delito, paraliza, respecto de los que la sufren, tanto la prosecución del juicio, como la ejecución de la pena”. “Sin embargo, ese estado no impedirá las diligencias del sumario que no pudieran demorarse sin peligro de la investigación judicial”. *El art. 10 del código de la capital dispone:* “La fuga o locura sobreviniente de los procesados no paralizará las diligencias del sumario; pero terminado éste, la causa se suspenderá hasta que el prófugo se presente o sea habido, o hasta que el loco recupere el uso de su razón”¹⁵⁸. Los códigos más modernos establecen la internación del procesado, como el art. 66 del Proyecto de Código Uniforme en Materia Procesal Penal¹⁵⁹.

Creemos que el tiempo durante el cual permanezca paralizada la causa o internado el procesado debe también entenderse como integrado a la prisión preventiva, en caso que el procesado la viviese sufriendo, puesto que tal situación procesal no cesa. Esto no obsta a que, a partir del momento en que se paralice la causa, comience a correr el plazo para la prescripción de la acción penal, sin que pueda considerarse a los pedidos de informe acerca del estado del procesado o a la orden de internación como “secuelas del juicio”. Prescripta la acción, consideramos que en caso de peligrosidad —en sentido ordinario de la palabra—, corresponde la internación del que fuera procesado conforme al procedimiento indicado en la legislación psiquiátrica ordinaria.

599. La ejecución de las penas privativas de libertad en nuestro país. La ejecución penal es cuestión que, como hemos visto, corresponde al derecho penitenciario o de ejecución penal, siendo hoy, por consiguiente, una problemática que resulta en general ajena a nuestra disciplina. Sin embargo, no corresponde que pasemos totalmente por alto algunas de las principales tendencias que en ese campo hay en nuestro medio y de las características fundamentales que tiene la ejecución penal en nuestro país.

¹⁵⁸ Idéntica disposición contenía el art. 7º del proyecto de 1913 (*Proyecto de Código de Procedimientos en lo Criminal...* presentado por la Comisión compuesta por los Dres. RAMÓN MÉNDEZ, M. A. MONTES DE OCA, PEDRO F. AGOTE, y Secretario JOSÉ LUIS DUFFY, Bs. As., 1913, p. 8).

¹⁵⁹ La internación se prescribe en el art. 77 del proyecto de EUSEBIO GÓMEZ y RODOLFO MORENO para la Provincia de Buenos Aires (La Plata, 1935, p. 31) y en el art. 73 del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1948 (Bs. As., 1948, p. 72). Sobre la cuestión, JORGE CLARÍA OLMEDO, *Tratado*, II, 400-404.

A efectos de poder sistematizar un tanto mejor estas breves observaciones sobre la ejecución penal, es conveniente comenzar distinguiendo dos expresiones que suelen usarse indiscriminadamente, pero que señalan conceptos diversos: el "régimen penitenciario" y el "sistema penitenciario". Con "régimen penitenciario" suele señalarse al "conjunto de normas que regulan la vida de los reclusos en los establecimientos penales", en tanto que "sistema penitenciario" es una expresión que tiene un sentido predominantemente doctrinal, señalando "las directrices y elementos esenciales de la ejecución de las penas privativas de libertad". En este último sentido se habla de "sistema de aislamiento celular", "sistema progresivo", etc.¹⁰⁰

En cuanto a los regímenes penitenciarios —en el sentido señalado— ha habido un debate que hoy prácticamente carece de sentido, pero que se viene repitiendo por clásico y que está motivado en los primeros regímenes propuestos y ensayados. Los dos primeros que se propusieron en el siglo pasado fueron el celular o filadélfico, el auburniano, el progresivo y el de los reformatorios. El *régimen celular o filadélfico* fue implantado en Filadelfia hacia fines del siglo XVIII y consistía en absoluto aislamiento del interno, que se consideraba moralmente benéfico, y que se complementaba con la educación y asistencia que le impartía el "visitador" del preso. Sus consecuencias son nefastas, particularmente para la salud psíquica del penado. El *régimen auburniano* se implantó en Auburn (Estado de New York) a comienzos del siglo XIX. Consistía en aislamiento celular nocturno y trabajo en común diurno, aunque manteniendo estrictamente la regla del silencio, bajo penas severísimas. El *régimen irlandés o progresivo* fue introducido por el capitán Maconochie en la prisión de la isla de Norfolk, cerca de Australia, y posteriormente por Walter Crofton en Irlanda. Consistía en la división del tratamiento en cuatro etapas: en la primera se aplicaba el sistema celular, en la segunda el sistema auburniano, en la tercera el trabajo al aire libre y la cuarta consistía en la libertad condicional. El paso de una etapa a otra dependía de la conducta del penado, que se iba premiando con una serie de "talones". El *régimen de los reformatorios*, fue otro de los ensayados, según una idea que pertenecen más al derecho del menor que al derecho penal, puesto que sus principales destinatarios eran adolescentes y jóvenes adultos. Se trataba de establecimientos en los que se procuraba la reeducación de los jóvenes, a quienes se sometía a ellos por pena indeterminada. Fueron famosos el de Elmira, en Estados Unidos, creado en 1875, y el de Borstal en Inglaterra, en 1901¹⁶¹.

¹⁰⁰ CUELLO CALÓN, *Penología*, cit., pp. 266-7, nota 1; también FONTÁN BALESTRA, III, 318; GARCÍA BASALO, *En torno al concepto de régimen penitenciario*, en "Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios", Madrid, 1955, pp. 28 y ss.; NEUMAN, *Evolución*, cit., pp. 113 y ss.

¹⁶¹ Sobre todos estos regímenes puede verse la bibliografía indicada por CUELLO CALÓN, 309 y ss.; NEUMAN, op. cit., 116 y ss.; MARCÓ DEL PONT, *Penología y sistemas carcelarios*, Bs. As., 1974, 59 y ss.; LUIS V. VARELA, *La cuestión penal. Estudio sobre el sistema penitenciario*, Bs. As., 1876; ACCIOLY CARNEIRO, AUGUSTO, *Os penitenciários*, Rio de Janeiro, 1930; LIVINGSTON, ÉDOUARD, *Exposé d'un système de législation criminelle pour l'État de la Louisiane et pour les États-Unis d'Amérique*, Paris, 1872; BEAUMONT, GUSTAVE DE -

Todas estas discusiones forman parte de la historia de la ejecución penal, puesto que los problemas que en este campo se plantean en nuestros días las han superado totalmente.

En épocas más recientes se postuló el régimen de trabajo *all' aperto*, es decir, al aire libre, que constituía el penúltimo grado del sistema progresivo de Maconochie. La prisión abierta es un régimen carente de toda seguridad física para evitar las evasiones, la que es reemplazada por el desarrollo de motivaciones psicológicas que refuerzan el sentimiento de comunidad del grupo¹⁶². Cabe consignar que este sistema ha sido experimentado con éxito en nuestro país¹⁶³, aunque, sólo un limitado porcentaje de internos es sometido a ese régimen.

La ejecución penal en la Argentina evolucionó a través de cuatro períodos legislativos: un período inorgánico que llega hasta 1933, en que se sanciona la ley 11.833; un período de racionalización legal de la ejecución penal, que se extiende desde 1933 hasta la reglamentación progresista de la ley 11.833, que se hace por el decreto 35.758 del 14 de noviembre de 1947; un tercer período que es el regido por esta reglamentación progresista, y que se extiende hasta 1958, en que se unifica la legislación penitenciaria, puesto que la ley 11.833 regía solo para los establecimientos federales¹⁶⁴; y el cuarto período, que puede caracterizarse como de unificación de la legislación de ejecución penal, que es el actual, regido por la Ley penitenciaria Nacional¹⁶⁵.

Cabe consignar que estos cuatro períodos responden al proceso seguido en el ámbito nacional, sin que se haya investigado suficientemente lo actuado en el orden provincial, particularmente en el llamado "período inorgánico", que abarca tan extenso lapso, que va desde 1810 hasta 1933¹⁶⁶.

La ley penitenciaria 11.833 fue proyectada por la Inspección de Cárceles de los Territorios Federales, a cargo del Dr. Juan José O'Connor, y reconoce como antecedentes que no tuvieron éxito legislativo los proyectos de Rodolfo Moreno (h) y Alberto Arancibia Rodríguez¹⁶⁷. Dicha ley establecía un sistema progresivo de ejecución penal, que se dividía en cinco grados: observación, reclusión, orientación, prueba y reintegración. Este último período, de integración, implicaba una libertad vigilada, diferente de la libertad condicional del código lo que hizo que se la criti-

TOCQUEVILLE, ALEXIS DE, *Système pénitentiaire aux Etats-Unis et de son application en France*, París, 1836; SPENCER, H., *Ética de las prisiones*, trad. de M. de Unamuno, Madrid, s. f.

¹⁶² NEUMAN, *Prisión abierta, una nueva experiencia penológica*, Bs. As., 1962 y bibliog. allí indicada.

¹⁶³ V. GARCÍA BASALO, *El régimen penitenciario argentino*, Bs. As., 1975, 63 y ss.

¹⁶⁴ Estos tres períodos son señalados por AFTALIÓN, ENRIQUE R. - ALFONSÍN, JULIO A., *La ejecución de las sanciones penales en la República Argentina*, Bs. As., 1953.

¹⁶⁵ Este cuarto período lo agrega GARCÍA BASALO, op. cit., p. 11.

¹⁶⁶ Cfr. GARCÍA BASALO, op. cit., p. 10.

¹⁶⁷ MORENO (h), RODOLFO, *Legislación penal y carcelaria, Proyectos presentados por el Sr. Diputado Dr. . . .*, Bs. As., 1922; ARANCIBIA RODRÍGUEZ, ALBERTO, *El nuevo Código penal y la cuestión carcelaria, Proyecto de ley y exposición de motivos*, Bs. As., 1918.

cara por inconstitucional, puesto que la ley 11.833 no era complementaria del código, sino que regía sólo para internos que cumplieren condena en establecimientos federales: "Crea la institución de la libertad vigilada, diferente de la libertad condicional del CP —dice Gómez— que únicamente podría crear el código penal y prescinde de establecer la disciplina de semejante institución, que, desde luego, queda reservada para los que sufren condena en los establecimientos nacionales, consagrando, de tal manera, una desigualdad inconcebible y contraria a la unidad de la legislación penal, que prescribe la Constitución"¹⁶⁸.

A partir de la reglamentación de la ley 11.833 por el decreto del 14 de noviembre de 1947 se establece una progresividad del régimen de ejecución, en lugar de un "régimen progresivo". La diferencia entre régimen progresivo y progresividad del régimen la formula doctrinariamente con exactitud García Basalo: el régimen progresivo requiere necesariamente una etapa de reintegración que implica la libertad o prueba del condenado, y esa etapa no puede cumplirse en todos los casos, en nuestra legislación, porque la libertad condicional no se puede otorgar siempre, en virtud de claras disposiciones del CP¹⁶⁹. La ley 11.833 trató de establecer un régimen progresivo, pero chocó con los inconvenientes constitucionales que, con razón, le opuso Gómez. El decreto reglamentario de 1947 reconoce esos inconvenientes y establece que el grado "E" de reintegración "comporta la reincorporación del recluso al consorcio social mediante la concesión de la libertad condicional en la forma establecida por la ley penal y bajo la tutela y vigilancia del Patronato de Liberados" (art. 40 inc. 5).

La reglamentación del decreto del 14 de noviembre de 1947 constituye todo un plan penitenciario, como se lo esboza en los fundamentos elevados por el entonces Director General Roberto Pettinato¹⁷⁰, que se concretó en la supresión del penal de Ushuaia¹⁷¹ en ese año, la creación de la Escuela Penitenciaria de la Nación en 1948 —que fue el paso fundamental para la imprescindible formación del personal técnico—, la concesión de las primeras "salidas transitorias" en 1952 —como efectiva aplicación de la progresividad del régimen—, y el establecimiento de un régimen de disciplina atenuada dentro del mismo marco, que se aplicó en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires¹⁷², entre otras realizaciones.

¹⁶⁸ GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado*, I, 598.

¹⁶⁹ GARCÍA BASALO, op. cit., 31 y ss.

¹⁷⁰ PETTINATO, ROBERTO, *Fundamentos del proyecto de Reglamentación*, en "Rev. Penal y Penit.", Bs. As., 1947, pp. 238-244. Estos considerandos contienen conceptos importantes, entre ellos, el siguiente: "La solapada tendencia a considerar a la sociedad como a la nación misma y al delincuente como a un enemigo de la sociedad, ha restringido con frecuencia en el ánimo de los ejecutores de la política criminal, la empatía de la función correcta, restando por razones de practicidad, al extinguirse la vocación, la operancia exigible a la función penitenciaria" (p. 239).

¹⁷¹ Sobre este penal: BRAVO MENÉNDEZ, ARMANDO, *Ushuaia*, en "Rev. Penal y Penit.", III, 1938, pp. 167 y ss.; ROJAS, RICARDO, *Archipiélago*, Bs. As., 1942.

¹⁷² V. PETTINATO, ROBERTO, *Nuevos horizontes del régimen penitenciario argentino*, en "Rev. Penal y Penitenciaria", 1947, pp. 7 y ss.; MOLINARIO, ALFREDO J., *El régimen de prelibertad*, en la misma, 1950, 59-116.

Durante este período, en que aún no había tenido lugar la unificación de la legislación penitenciaria, no puede pasarse por alto la importantísima contribución a la materia que significó el Código de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires, proyectado por la Dirección General de Establecimientos Penales, a cargo de Italo A. Luder¹⁷³.

El 15 de noviembre de 1956 se designa una comisión integrada por Juan Carlos Pizarro, Juan Carlos García Basalo y Luis M. Fernández, que proyecta, con la incorporación de Alberto J. Elena y Francisco Grosso Soto, la actual ley penitenciaria nacional, complementaria del CP —carácter del que carecía la 11.833— que fue sancionada por decreto-ley 412 del 14 de enero de 1958 y ratificada ese mismo año por el Congreso Nacional por ley 14.467. En el curso de la aplicación de esta ley merece citarse el particular impulso que recibió la organización ejecutiva nacional durante la gestión del Director Miguel Angel Paiva al frente del Servicio Penitenciario Federal (denominación que actualmente se da a la antigua Dirección Nacional de Institutos Penales) y en la que le cupo destacada actuación a García Basalo. Es de destacar, muy especialmente, la implementación del sistema abierto¹⁷⁴.

En 1953 y 1954 se realizaron congresos penitenciarios en el país, siendo sumamente importante el de Resistencia de 1954, puesto que allí se aprobaron reglas para el tratamiento de los internos, que tuvieron trascendencia mundial, debido a la influencia que ejercieron al año siguiente, en 1955, en el Congreso de Ginebra; que sancionó las "Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos", de decisiva influencia en todas las legislaciones penitenciarias posteriores a esa fecha, entre las que cuenta nuestra propia ley penitenciaria nacional¹⁷⁵.

La ley penitenciaria nacional declara que "la ejecución de las penas privativas de libertad tiene por objeto la readaptación social del condenado" (art. 1). A tal efecto confiere al organismo de aplicación suficiente margen para que individualice el tratamiento a seguir, aunque prohíbe la práctica de intervenciones quirúrgicas sin consentimiento, dejando a salvo la debida consideración a la persona del interno, estableciendo que "la ejecución de las penas estará exenta de torturas y maltratos, así como de actos o procedimientos vejatorios o humillantes para la persona del condenado" (art. 3). Asimismo, dispone que las normas de ejecución "serán aplicadas sin hacer entre los internos otras discriminaciones o diferencias que las resultantes del tratamiento individualizado a que deben ser sometidos" (art. 4). Si bien la existencia de esos principios surge de la misma constitución y del Código Penal, la inexistencia no es dañosa, aunque sería deseable un mayor detalle que excluyese ciertos vejámenes inadmisibles introducidos por vía de reglamentación.

El régimen penitenciario progresa en tres períodos: observación, tratamiento y prueba. Durante el período de observación se estudia al interno y se lo califica como fácilmente adaptable, adaptable o difícilmente

¹⁷³ V. Provincia de Buenos Aires, Ministerio de Gobierno, Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, *Código de Ejecución Penal (ley 5.619)*, *Antecedentes, Debate legislativo*, La Plata, 1951.

¹⁷⁴ V. GARCÍA BASALO, op. cit., 37 y ss.

¹⁷⁵ Exposición de Motivos, nº 18.

adaptable, indicando a qué establecimiento o sección debe ser destinado, qué programa de tratamiento concreto corresponde y qué tiempo mínimo debe quedar a él sometido (art. 6). El art. 7 establece la posibilidad de dividirlo en fases, sin entrar en precisiones, debido a las diferentes posibilidades materiales de ejecución existentes en el país. El período de prueba se basa en la incorporación a un régimen de autodisciplina, en la posibilidad de salidas transitorias y, eventualmente, en la libertad condicional (art. 8).

Se establece que al condenado se le denominará "interno" y se le llamará por su nombre y apellido (arts. 15 y 16). Se prescriben normas de higiene (arts. 17 a 20) y, en lo posible, alojamiento nocturno individual (art. 21). Se ordena proveer al interno de "vestimenta uniforme adecuada al clima y a la estación", prohibiéndose la que tuviese características humillantes o que señale "significativamente la condición de condenado" (art. 23)¹⁷⁶. No se autoriza a que el interno use uniforme fuera del establecimiento. Se prohíben en forma absoluta las bebidas alcohólicas (art. 26). Los traslados de internos deben sustraerse de la curiosidad pública y estar exentos de publicidad (art. 31), debiendo informarse de inmediato a la familia del interno o a la persona que haya indicado, como también a la autoridad judicial (arts. 32 y 33). Se prohíbe el uso de "esposas, chalecos o camisas de fuerza y otras medidas de sujeción como castigo" (art. 34). Las medidas disciplinarias sólo pueden ser tomadas por el Director (art. 43), pudiendo consistir en amonestación, pérdida de beneficios reglamentarios, internación en la propia celda hasta 30 días, internación en celda de aislamiento hasta 15 días, traslado a otra sección de régimen más riguroso y solicitud de traslado a establecimiento de otro tipo (art. 45).

En cuanto al trabajo, se consigna que el mismo "será utilizado como medio de tratamiento y no como castigo adicional" (art. 54). Consagra su obligatoriedad para el interno, conforme a su aptitud física y mental (art. 55), aunque prescribe que no se le obligará coactivamente a trabajar, sino que, el rehusarse a hacerlo, será considerado falta grave (art. 56). Se proveerá al interno de capacitación laboral, otorgándole los diplomas que correspondan, sin que indiquen referencias de carácter penitenciario (art. 59). Los internos que realicen actividades artísticas o intelectuales, podrán tener ésta como única actividad laboral, siempre que fuere compatible con el tratamiento (art. 60). Las condiciones de trabajo se adecuarán a las de trabajo libre (art. 61) y su organización y dirección queda a cargo de la administración, excluyendo el sistema de contratación por particulares, y planificándolo en lo posible, para atender necesidades del Estado (art. 62). El trabajo será remunerado en la proporción que señalen los reglamentos, respecto del trabajo libre (art. 64).

En cuanto al destino que tiene el trabajo del interno, el CP, en su art. 11, dispone que "el producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se aplicará simultáneamente: 1°) A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos; 2°)

¹⁷⁶ Sobre la supresión del uniforme a rayas en la Argentina, V. discurso de ROBERTO PETTINATO al tomar posesión de la Dirección General de Institutos Penales en "Rev. Penal y Penitenciaria", 1947, p. 5.

A la prestación de alimentos según el código civil; 3°) A costear los gastos que causare en el establecimiento; 4°) A formar un fondo propio, que se le entregará a su salida". En el código Tejedor los trabajos que realizaban los presidiarios eran "en beneficio del Estado" (art. 96), en tanto que los condenados a pena de penitenciaría, estaban sometidos a un régimen diferente: "El producto del trabajo se aplicará en primer lugar a indemnizar el gasto causado en el establecimiento; en segundo, a satisfacer la responsabilidad civil; y en tercero, a procurar a los condenados algún auxilio, y a formarles un ahorro, cuyo fondo se les entregará cumplida la condena" (art. 104, 2° párrafo). El código de 1886 mantenía una disposición análoga (art. 65), limitada a los condenados a pena de penitenciaría. Uno de los pocos aciertos de la reforma del 22 de agosto de 1903 fue extender la previsión al "condenado a presidio o penitenciaría". Este fue el criterio que siguió el art. 11 del CP vigente, que lo extiende a ambas penas privativas de libertad.

Toda vez que el CP es excesivamente escueto al respecto, la ley penitenciaria nacional es la que precisa el destino del producto del trabajo del condenado, en forma que no deroga al art. 11 CP, sino que le da una mayor precisión. El art. 66 de la ley penitenciaria nacional establece que el 10 % será para indemnización, el 35 % para alimentos, el 25 % para gastos y el 30 % para fondo propio o "peculio". Cuando no hubiese lugar a indemnización, el 10 % aumentará la cuota de alimentos (art. 67) y si no hubiese ni indemnización ni alimentos, ambos porcentajes incrementarán el fondo propio o "peculio" (art. 68). Si hubiese lugar a indemnización y no a alimentos, la parte de alimentos aumentará el peculio (art. 69). Cuando se tratase de trabajo prestado fuera del establecimiento, la parte de gastos se incorpora al peculio (art. 70). Siempre que el interno tenga conducta buena, podrá disponer hasta un 30 % del fondo propio durante el cumplimiento de la pena.

La naturaleza del peculio parece ser la de un bien ganancial del interno, cuya adquisición queda sometida a condición (egreso regular del establecimiento). El art. 72 establece que "será inembargable e incesible y se incorporará al patrimonio del interno a su egreso", de lo que resulta que no está incorporado al patrimonio de éste hasta su egreso. No obstante, "en caso de fallecimiento durante el tiempo de cumplimiento de la condena es transmisible a sus herederos". La voz "transmisible" no debe entenderse como "transmisible mortis causa", sino que se trataría de un derecho propio que los herederos adquieren sobre un bien que nunca estuvo en el patrimonio del muerto.

La cuestión referida al derecho del interno o de sus herederos por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, que un buen sector de la doctrina manejó con criterio harto mezquino, está resuelta por la ley en la forma que consideramos justa, obligando al Estado a indemnizar "conforme a las leyes laborales sobre la materia y la reglamentación especial que se dicte a tales efectos", y determinada sobre la base de los salarios fijados en los convenios o disposiciones vigentes, a la fecha del accidente, "para las respectivas actividades libres o en su defecto para las análogas" (art. 75).

Se establece la enseñanza obligatoria para los internos analfabetos y que no hubiesen completado el ciclo primario, que estuviesen en condi-

ciones de recibirla. Dicha enseñanza debe coordinarse con los planes oficiales de enseñanza, de forma que el interno tenga a su egreso la posibilidad de continuar sin inconvenientes sus estudios (art. 80). Los certificados de estudio no deben contener referencias al establecimiento y serán expedidos por la autoridad educacional competente (art. 81).

Se ordena la celebración del culto católico en todos los establecimientos con asistencia absolutamente libre, pero a ningún interno le es negado el derecho a mantener contacto con un representante calificado de su religión (arts. 86 a 88). A estos efectos, el interno deberá manifestar su religión al ingresar en el establecimiento y esta manifestación será válida para atender sus peticiones, mientras no la modifique (art. 89). "Los capellanes de los establecimientos tendrán a su cargo la instrucción religiosa y moral y la orientación espiritual de los internos, incluso de los no católicos que la aceptasen" (art. 90)¹⁷⁷.

Se prohíbe privar al interno de sus relaciones sociales y familiares (art. 91) y se prescribe la obligación de mantenerle informado acerca de los sucesos más importantes de la vida social, nacional e internacional (art. 93). "La enfermedad grave o el fallecimiento del interno, será inmediatamente comunicado a su familia, allegados o persona que haya previamente indicado a tales efectos y al juez de la causa" (art. 94). Se establece el derecho del interno de asistir al velatorio de parientes y a visitarlos en caso de grave enfermedad (art. 95).

Se establece la asistencia post-penitenciaria del interno, que es un aspecto fundamental para la reinserción social del mismo (arts. 100 y 101), la que estará a cargo de patronatos. La ley no decide si los patronatos serán públicos o privados, admitiendo ambas formas: "Los patronatos de liberados podrán ser organismos oficiales o asociaciones privadas. Estas últimas recibirán un subsidio del Estado, cuya inversión será controlada por la autoridad competente" (art. 103)¹⁷⁸.

En lo que respecta a establecimientos penitenciarios, se dispone que los mismos deben contar, al menos, con personal idóneo, un organismo técnico-criminológico, servicio médico, secciones de trabajo, biblioteca y

¹⁷⁷ Sobre este aspecto, CARDOSO DE OLIVEIRA, MARINA M., *A religião nos presídios* en "Justitia", S. Paulo, 2º trimestre de 1977 (vol. 97), pp. 31 y ss.; más ampliamente en el libro *A religião nos presídios*, São Paulo, 1978.

¹⁷⁸ En general, sobre asistencia pospenitenciaria, GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *Asistencia a reos liberados*, con prólogo de ALFONSO QUIRÓZ CUARÓN, México, 1966; BOUZÓN DE TEZANO, EMILIA - GARCÍA BASALO, J. CARLOS, *Realidad post-penitenciaria argentina*, Bs. As., 1980; GALLINO YANZI, CARLOS V., *La libertad condicional y el patronato de liberados en la provincia de Corrientes*, Sta. Fe, 1985; AFTALÓN, ENRIQUE R., *Reforma penal y patronato de liberados*, en ED. 30-XII-1977; KENT, JORGE, *Algunas inquietudes carcelarias y ciertas experiencias pospenitenciarias en países de América Latina. u la luz de un simposio de las Naciones Unidas. Alcances y proyección futura*, en ED. 4-VIII-1978 (se refiere al simposio celebrado en San José de Costa Rica entre el 18 y el 24 de abril de 1977). En octubre de 1977 el Patronato de Liberados de la Provincia de Buenos Aires organizó un "Simposio sobre la realidad pospenitenciaria de la República Argentina", en La Plata. Los antecedentes nacionales parecen remontarse a 1821 (Cfr. ROMAY, FRANCISCO L., *Antecedente argentino del patronato de liberados*, en "Rev. Penal y Penit.", VII, 1942, p. 7.

escuela, capellán, servicio social, tribunal de conducta, instalaciones para un sano programa recreativo y "locales y medios adecuados para segregar y tratar a los internos que padezcan psicosis agudas o episodios psicopáticos" (art. 104). Se prohíbe el alojamiento promiscuo de procesados y condenados (arts. 105 y 106) ¹⁷⁹.

Para los establecimientos de mujeres se ordena que estén a cargo de personal femenino (art. 107) y se exime de la obligación de trabajar a la interna embarazada (art. 110), como también del cumplimiento de cualquier corrección disciplinaria susceptible de afectar al hijo de gestación (art. 111). La interna que tuviere hijos menores de dos años podrá tenerlos con ella hasta esa edad (art. 112).

"El menor de 18 a 22 años deberá ser alojado en instituto especial o en sección especial e independiente de establecimientos para mayores" (art. 114).

El art. 115 dispone que "la medida de seguridad prevista en el art. 52 del código penal se cumplirá en el establecimiento de la Nación destinado a ese exclusivo objeto, en el que no podrán ser recibidos los internos que deban cumplir pena privativa de libertad". La ley penitenciaria nacional no reglamenta la forma en que se ha de cumplir esta pena, pues, como dice la exposición de motivos (n° 21), "los alcances prácticos de esta diferenciación los dejamos librados a la ley penitenciaria federal y a su reglamentación, ya que el Código establece que esta medida debe cumplirse en establecimientos de la Nación". Cabe consignar que hasta hoy esa ley no se ha dictado y los condenados a la tan famosa "medida" del art. 52, cumplen condena en los mismos establecimientos que los otros condenados, quedando sometidos al mismo régimen.

Se prescriben en la ley normas referidas a la formación del personal penitenciario (arts. 118 a 120). Se establece, por el art. 121, el contralor jurisdiccional y administrativo de la ejecución penal: "La autoridad judicial que corresponda verificará directamente, a periodos regulares, si el tratamiento de los internos se ajusta a las normas contenidas en la presente ley y en los reglamentos que en su consecuencia se dicten. Sin perjuicio de ello, inspectores penitenciarios calificados, designados por la autoridad administrativa, realizarán verificaciones periódicas del mismo carácter".

La ley penitenciaria nacional, al quedar como agregada o complementaria del CP, no podía pasar por alto la dificultad que suelen tener las administraciones provinciales, dada su escasez de recursos, para cumplir con los recaudos por ella establecidos. Esta circunstancia se encuentra contemplada en el art. 18 del código penal, que establece: "Los condenados por tribunales provinciales a reclusión o prisión por más de cinco años serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Las provincias podrán mandarlos siempre que no tuvieran establecimientos adecuados".

El antecedente de esta disposición se halla en una previsión del proyecto de 1891 referida a la pena de presidio. El art. 15 del proyecto de 1891 establecía: "La pena de presidio se cumplirá con trabajos forzados en un establecimiento destinado al efecto, y situado a la mayor distancia

¹⁷⁹ Sobre arquitectura, MACHORRO, IGNACIO, *Arquitectura Penitenciaria*, en "Criminología", Estado de México, enero de 1978, pp. 5 y ss.

posible de los centros poblados. El gobierno de la Nación fundará en alguna de las islas del sud de la República un presidio al que deberán ser destinados los condenados a esa pena por los tribunales nacionales, y al cual podrán ser remitidos los condenados por los tribunales provinciales". Los fundamentos dados por los autores del mencionado proyecto son válidos para nuestro texto vigente: "La creación de establecimientos penales es por demás costosa para que cada una de las provincias pueda dar cumplimiento a la ley del Congreso que determina la forma de aplicación de penas. La Nación debe, pues, facilitar los medios de represión que tiendan a garantizar la seguridad de los habitantes del país contra la delincuencia: Por esto el Proyecto dispone, en el art. 15, que el Gobierno de la Nación funde en alguna de las islas del sud un presidio al que deberán ser destinados los condenados a esa pena por los tribunales nacionales, y al cual podrán ser remitidos los condenados por los tribunales provinciales"¹⁸⁰.

El 24 de setiembre de 1896, "el gobierno nacional puso a disposición de los gobiernos de las provincias donde no existían cárceles apropiadas, un número proporcional de celdas en la Penitenciaría Nacional donde aquellos pudiesen enviar a los condenados a esa pena por seis o más años"¹⁸¹. Se trata de un precedente administrativo del art. 18 CP, que siempre tiene carácter optativo para las provincias¹⁸². El art. 25 del proyecto de 1906 se limitó a decir que los condenados por tribunales provinciales "serán admitidos" en establecimientos nacionales, o sea que perduraba el criterio de que fuese optativo para las provincias. La disposición del proyecto de 1906 se reproduce en el proyecto de 1916.

Herrera sostuvo que los establecimientos debían ser nacionales, sin perjuicio de la jurisdicción provincial sobre los detenidos, "única manera de que rija un sistema uniforme y de que exista la igualdad entre todos los habitantes del país"¹⁸³. El art. 18 del proyecto de 1917, siguiendo la opinión de Herrera, consagró un texto similar al vigente, sólo que, en lugar de "podrán mandarlos", decía "deberán mandarlos". El Senado sustituyó la palabra "deberán" por "podrán", lo que fue aceptado por la Cámara de Diputados¹⁸⁴.

Dados sus antecedentes y la forma en que el precepto legal ha quedado redactado en definitiva, resulta facultativo para las provincias que carecen de establecimientos adecuados, el envío de los condenados a los establecimientos nacionales¹⁸⁵. Tal interpretación se impone con la expresión "podrán", que subrayaban los proyectistas de 1891. En lugar, en lo que a la Nación respecta, de la misma redacción se desprende que tiene el deber de admitirlos cuando las provincias los envían: "serán admitidos" dice la ley¹⁸⁶. Por supuesto que esta obligación de la Nación surge cuando las provincias carecen de "establecimientos adecuados", condición que se ocupa de precisar la ley penitenciaria nacional en su art. 122: "A los

¹⁸⁰ Proyecto, 1981, p. 26; el texto subraya la palabra "podrán".

¹⁸¹ MALAGARRIGA, CARLOS, I, p. 137.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ HERRERA, JULIO, p. 206.

¹⁸⁴ Edición oficial, p. 586.

¹⁸⁵ Cfr. MALAGARRIGA, loc. cit.; NÚÑEZ, II, 390.

¹⁸⁶ Cfr. NÚÑEZ, loc. cit.

efectos de la segunda parte del art. 18 del código penal, se considerará que las Provincias no disponen de establecimientos adecuados, cuando los que tuvieran no se encontraren en las condiciones requeridas para hacer efectivas las normas contenidas en esta ley".

Conforme a nuestra ley penitenciaria nacional, no cabe duda de que la ejecución penal queda a cargo de la autoridad administrativa, si bien se establece un adecuado control jurisdiccional. Nuestro sistema positivo no recepta la institución del juez de ejecución penal, sino un control jurisdiccional de la ejecución. El juez de ejecución penal no puede ser instituido por la legislación nacional —salvo dentro de su ámbito—, pues es cuestión que incumbe exclusivamente a la legislación procesal. En la práctica, la necesidad del juez de ejecución penal se hace mayor a medida que la "sentencia" va siendo más "indeterminada", es decir, a medida que se la va dejando más librada a los resultados concretos del tratamiento. Nuestro CP no contiene muchas posibilidades para una determinación de esta naturaleza¹⁸⁷.

De cualquier manera, y pese a que carecemos de una institución similar al "giudice di sorveglianza" italiano¹⁸⁸, lo cierto es que en nuestra ley se establecen los derechos del condenado. El condenado se encuentra en una relación jurídica con el Estado, en la que le coloca el título ejecutivo penal¹⁸⁹, y de esa relación surgen, no sólo obligaciones, sino también derechos, que no sólo deben quedar tutelados mediante el adecuado control jurisdiccional de los establecimientos —que por regla general es meramente formal—, sino también y fundamentalmente por los recursos jurisdiccionales que correspondan¹⁹⁰.

En cuanto a nuestra realidad penitenciaria, bueno es señalar que uno de los momentos culminantes de la historia penitenciaria del país lo constituyó la inauguración de la "penitenciaría nacional". Se trataba de un edificio cuya construcción se ordenó por decreto del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires del 1° de agosto de 1872 y se inauguró con el nombre de "Penitenciaría de Buenos Aires" en junio de 1877. En 1880 pasó a la Nación y desde entonces se la conoció como "Penitenciaría Nacional". El edificio había sido proyectado y construido por el Ing. Valentín Balbín y el Arq. Ernesto Bunge¹⁹¹. La penitenciaría nacional de Buenos Aires, que ocupaba el solar de la intersección de las avenidas Las

¹⁸⁷ Sobre el juez de ejecución penal, CUELLO CALÓN, op. cit., 268-277 y bibliog. allí indicada.

¹⁸⁸ Sobre sus funciones, BETTIOL, 723; PAGLIARO, 654; sobre el tribunal de ejecución penal en Alemania, Blau, *Die Mitwirkung des Richters beim Vollzug*, en "Die Strafvollzugsreform", Karlsruhe, 1971.

¹⁸⁹ Cfr. LUDER, ITALO A., *El sistema jurídico de la ejecución penal*, La Plata, 1959.

¹⁹⁰ V. GONZÁLEZ MILLÁN, ANGEL E., *Lo jurisdiccional en la aplicación de las penas*, en JA, 3-IX-1975; la Cámara Federal de la Capital entiende que el recurso de amparo deducido por un procesado compete al juez de la causa (LL, 22-VI-1977); el criterio no puede ser el mismo tratándose de penados, que bien pueden estar cumpliendo penas en un ámbito territorial distinto al de competencia del tribunal de sentencia.

¹⁹¹ Sobre ella, PAVÓN, CIRILO, *La defensa social*, Bs. As., 1913, pp. 133 y ss.; VARELA, LUIS E., *La cuestión penal*, Bs. As., 1876.

Heras y Coronel Díaz, era el único edificio penitenciario de la capital que había sido construido y planificado enteramente para ese destino¹⁹². Tras más de ochenta años de funcionamiento fue clausurada y demolida en un acto que bien puede calificarse como el más irreflexivo de nuestra historia penitenciaria. Transcurridos veinte años de su desaparición, se la ha reemplazado con una cárcel que pretende ser un modelo de seguridad, pero cuya concepción nada tiene que ver con las técnicas ejecutivas contemporáneas.

600. **La ejecución penal argentina y las corrientes contemporáneas en la materia.** La ejecución penal argentina, que muchas veces fue pionera en ciertos aspectos y original en otros, se halla en las últimas décadas en una situación que, como hemos expresado, alcanza ribetes que frecuentemente son alarmantes. En realidad —como también lo hemos dicho— es nuestro sistema penal total el que viene padeciendo esta crisis, que se hace terriblemente patente en la etapa carcelaria, donde se opera la “inversión del sistema penal”, que da lugar a que en la realidad sea una minoría de condenados los que queden sometidos a un efectivo tratamiento penitenciario y ello, después de un prolongado encierro sin ningún género de tratamiento y en condiciones deplorables. La realidad es que nuestros condenados llegan a una verdadera etapa de ejecución penal después de una prolongada prisión preventiva, en la que han sufrido todas las consecuencias de la “prisionización”, o sea, de la internalización de las pautas de la sociedad carcelaria¹⁹³.

En nuestro país siempre se ha dado primordial importancia a la ley penal y se ha descuidado el aspecto penitenciario, lo que se pone de manifiesto con mayor crudeza en los últimos lustros, en que hemos conocido cinco proyectos de código penal y casi ningún ensayo serio de reforma de la ley penitenciaria. La misma ley penitenciaria, que fue un verdadero anhelo, con el antecedente de 1947 se materializa apenas en 1958, lo que da una idea de relativo descuido en que se tuvo la materia¹⁹⁴. Nuestro código no se ocupa del objetivo de la pena, problema que recién encuentra su expresión legislativa en nuestra legislación en el art. 1 de la ley penitenciaria nacional, cuando constituye una cuestión fundamental para la caracterización del derecho penal¹⁹⁵. Parcialmente se suplía la deficiencia del código con la disposición constitucional sobre la función de las cárceles.

Desde el punto de vista de las corrientes contemporáneas en materia de ejecución penal —que en el fondo son corrientes político-criminales— nuestra legislación se halla atrasada. Una de las más certeras críticas a

¹⁹² V. GÓMEZ, EUSEBIO, *La Penitenciaría Nacional de Buenos Aires*, Bs. As., Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1925.

¹⁹³ El concepto fue acuñado por DONALD CLEMMER (Cfr. BERGALLI, ROBERTO, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Madrid, 1976, 54-55); sobre el fenómeno en la Argentina, IRURZÚN, V.-NEUMAN, E., *La sociedad carcelaria*, Bs. As., 1968.

¹⁹⁴ Análoga postergación legal y doctrinaria señala en Alemania Arthur Kaufmann, *Strafrecht und Strafvollzug*, en *Die Strafvollzugsreform. Eine kritische Bestandsaufnahme*, Karlsruhe, 1971.

¹⁹⁵ Cfr. BAUMMANN, en *Die Strafvollzugsreform*, cit.

muchos aspectos la ha formulado Bergalli, quien le reprocha —entre otras cosas— que otorgue un papel tan preponderante al trabajo como forma de readaptación social, sin tomar en cuenta la insuficiencia de este medio en muchos casos¹⁹⁶; que se base en la seguridad y en la disciplina como estructura del sistema¹⁹⁷ y que su art. 78 prescriba que la enseñanza se oriente hacia la “reforma moral” del interno, lo que parece rozar la garantía del art. 19 constitucional¹⁹⁸.

En realidad, no es la ley penitenciaria nacional lo criticable, sino el anquilosamiento de nuestra política penal en la falsa convicción de la función preventiva general de la pena y en la —también falsa— creencia en la eficacia del mero castigo o *punishment* como correctivo. La agravación pura y simple de las penas para los reincidentes —y la agravación indeterminada y brutal para los multi-reincidentes— prueba que nuestra ley participa de la desprestigiada tesis de que el castigo y la retribución son resocializadores por sí mismos, pasando por alto que el mayor contenido injusto del hecho en tales casos demanda una pena *cualitativamente diferente*, como la de los modernos establecimientos socio-terapéuticos y similares, no bastando en modo alguno un aumento cuantitativo¹⁹⁹. El mismo criterio del *punishment* se extiende al ámbito penitenciario, sin comprender su total ineficacia en muchos casos, particularmente en los de autores que padecen una necesidad neurótica de castigo²⁰⁰. Nuestra ley penitenciaria no hace más que reflejar esa general tendencia de nuestra legislación penal, de modo que creemos que no deben cargarse las críticas hacia la misma, sino más bien hacia el encuadre general del que forma parte. La corrección del mismo dependerá de un general cambio de actitud ante el problema criminal, es decir, de una política penal racional, asentada sobre criterios técnicos y no librada a la emoción y a la oportunidad política general.

La ejecución penal en otros países ha evolucionado notablemente y las experiencias en esta área no han sido aún debidamente aprovechadas por nosotros. Hace años que el tratamiento correccional en establecimientos comunitarios es una experiencia positiva y, sin embargo, no ha tenido aún recepción argentina para autores sometidos a la ley penal²⁰¹. Cabe

¹⁹⁶ BERGALLI op. cit., p. 27; también, *Ein aktveller Überblick über das Strafvollzugswesen in Argentinien*, en ZStW, 1979, pp. 145 y ss.

¹⁹⁷ Idem, p. 35.

¹⁹⁸ Idem, p. 72.

¹⁹⁹ Los establecimientos socioterapéuticos se inician con el de Herstedvester (Dinamarca) y se extienden luego a Gran Bretaña, Holanda y Alemania (sobre ellos STÜRUP, *Treating the “Untreatable” Chronic Criminals at Herstedvester*, 1968; del mismo, *Eine wesentliche Elemente für Einrichtung und Betrieb einer sozialtherapeutischen Anstalt*, en “Fest. f. Heinitz”, 1972, 533 y ss.; EISENBERG, *Zum Behandlungskonzept der sozialtherapeutischen Anstalt*, en NJW, 1969, 1553; MAUCH-MAUCH, *Sozialtherapie und die sozialtherapeutische Anstalt*, 1971.

²⁰⁰ Cfr. KAUFMANN, HILDE, *La función del concepto de la pena en la ejecución del futuro*, trad. de R. Bergalli, en NPP, enero-marzo 1975, 21 y ss.

²⁰¹ V. MARGATITA Q. WARREN, *Tratamiento correccional en establecimientos comunitarios, Informe sobre la investigación actual, preparado para el 6º Congreso Int. de Criminología*, Madrid, 1970.

señalar que la adopción de cualquiera de estos tratamientos se vería seriamente perturbada o inutilizada en la Argentina, en razón del proceso penal que da lugar a la prisionización y a la inversión del sistema.

En Alemania Federal ha tenido lugar una reforma muy importante, como consecuencia de la reforma penal, la que se ha debatido largamente y que culminó en la "Ley de Ejecución de Penas privativas de libertad y de medidas de mejoramiento y seguridad privativas de libertad", sancionada en marzo de 1976. Durante la gestación de esta ley tuvo lugar una amplia discusión esclarecedora del problema²⁰². Los trabajos de la Comisión de Ejecución Penal, que se extendieron desde 1967 hasta 1971, abarcan doce volúmenes. El proyecto primitivo fue presentado en 1971, habiendo una versión revisada de 1972. En 1973, los autores del proyecto alternativo de código penal también elaboraron y publicaron un proyecto alternativo de ley de ejecución penal²⁰³. A mediados de 1974 se habían conocido los proyectos del gobierno, del Consejo Federal, de la Comisión de Ejecución Penal y el Alternativo²⁰⁴. En enero de 1975 se publicó el proyecto del gobierno con las observaciones del Consejo Federal y la respuesta del gobierno a las mismas²⁰⁵.

En la nueva ley alemana retrocede el principio de la prevención general o "protección de la sociedad" frente al objetivo resocializador, prescribiendo que las condiciones de vida del preso deben ser lo más parecidas posible a la vida libre, debiendo preferirse la ejecución abierta. El plan de tratamiento se establece caso por caso, después de una investigación y con la participación del propio penado. Se extienden al penado todos los beneficios laborales y previsionales. Se le reconoce el derecho a acudir al director y en apelación a la Cámara de Ejecución Penal, cuando considere lesionado su derecho. La liberación se prepara con salidas y se refuerza con asistencia social. *Los criterios de seguridad y disciplina*

²⁰² V. la obra de conjunto editada por ROLLMANN, DIETRICH, *Strafvollzug im Deutschland, Situation und Reform*, Hamburg, 1967; y los siguientes trabajos, MÜLLER-DIETZ, H.-WÜRTEMBERGER, TH., *Fragebogenenquete zur Lage und Reform des deutschen Strafvollzugs*, 1969; BAUMANN, *Der AE der Strafrechtslehrer zum StGB und der Strafvollzug*, en "Universitas", octubre de 1969; MÜLLER-DIETZ, HEINZ, *Mit welchem Hauptinhalt empfiehlt es sich ein Strafvollzugsgesetz zu erlassen?* München, 1970; JAHN, GERHARD, *Rechtspolitische Probleme der Strafvollzugsreform*, Bonn, 1971; WÜRTEMBERGER, THOMAS, *Reform des Strafvollzugs im sozialen Rechtsstaat*, en JZ, 1967, 233-242; CALLIES, ROLF PETER, *Zur Strafvollzugsgesetzgebung und ihren Alternativen*, 1974; MÜLLER-DIETZ, *Konturen eines neuen Strafvollzugsgesetzes*, en GA, 1970, 256-272; BOCKELMANN, PAUL, *Bemerkungen zur Reform des Strafvollzugs*, 1972; en castellano, KAUFMANN, HILDE, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Bs. As., 1977.

²⁰³ *Alternatio-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes*, Tübingen, 1973.

²⁰⁴ V. *Bund der Strafvollzugsbediensteten Deutschlands, e.V., Stellungnahme zum Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes*, Juni, 1974.

²⁰⁵ V. *Bundesministerium der Justiz, Entwurf eines Gesetzes über die Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Massregeln der Besserung und Sicherung - Strafvollzugsgesetz (StvollzG) - mit der Stellungnahme des Bundesrates und der Gegenäußerung der Bundesregierung*, enero de 1975.

retroceden ante el cometido resocializador, que pasa a ocupar el lugar que realmente le corresponde en un sistema penitenciario moderno ²⁰⁶.

En Austria rige una ley de ejecución del año 1969, con reformas y complementos introducidos hasta 1974, especialmente para adaptarla a las disposiciones del código penal vigente desde 1975, que es un sano modelo ejecutivo ²⁰⁷. En Italia rige la ley 354 del año 1975, que cambia notablemente el criterio ejecutivo autoritario vinculado al código del Rocco (el llamado "reglamento Rocco" de 1930) ²⁰⁸. Es notorio a este respecto el avance de la legislación sueca ²⁰⁹.

601. Los derechos del penado sometido a pena privativa de libertad. El sujeto sometido a una pena privativa de libertad pierde algunos derechos durante el tiempo de su condena, es decir, que queda limitado en sus bienes jurídicos, particularmente en cuanto a su libertad ambulatoria y en cuanto a aquéllos cuyo ejercicio depende del mismo. No obstante, el penado no deja de ser una persona que merece toda la consideración de tal y que, por consiguiente, conserva una serie de bienes jurídicos de los que puede disponer. Además, de su propio *status* de penado surgen derechos frente al Estado, que tienen por título la sentencia condenatoria que crea la relación jurídica del penado con el Estado.

Han pasado los tiempos en que —como en el siglo pasado—, "el detenido era un excluido temporal o permanentemente del consorcio civil y de todos los derechos y garantías que de vez en vez proclamaban las sociedades para los ciudadanos libres a nivel constitucional y de legislación ordinaria". En general, en el siglo XIX, "el régimen detentivo se consi-

²⁰⁶ V. MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsrecht*, 1977.

²⁰⁷ V. ONDER, GERHARD-LACHNER, PAUL, *Strafvollzugsgesetz in der Fassung des Strafvollzugsanpassungsgesetzes*, Wien, 1975.

²⁰⁸ V. TRANCHINA, GIOVANNI-D'ANGELO, ERNESTO, *Codice delle Leggi Penitenziarie*, Milano, 1978; DI GENNARO y otros, *Ordinamento Penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1977; la crítica a la nueva ley en los trabajos de varios autores editados al cuidado de FRANCO BRICOLA, *Il carcere "riformato"*, Bologna, 1977.

²⁰⁹ V. MARTÍN GARCÍA, ALICIA, *Derecho Penitenciario Sueco: la ley de 1974*, en "Cuad. de Pol. Crim.", 1981, pp. 279 y ss. La situación, por cierto que no es idéntica en todo el mundo. Sobre España es muy ilustrativo el trabajo de AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR, *Aspectos criminológicos de las penas privativas de libertad*, en "Estudios Penales y Criminológicos", Univ. de Sgo. de Compostela, nº IV, 1981, pp. 227 y ss. En México cabe destacar en los últimos tiempos los avances producidos en el Estado de Jalisco (V. SÁNCHEZ GALINDO, ANTONIO, *La criminología y el derecho de ejecución penal en Jalisco*, en "Revista Jalisco", Guadalajara, octubre-dic. de 1980, pp. 2 y ss.). Un panorama completo de la ejecución penal en los países socialistas —donde no se registran muchas novedades— puede verse en las *Memorias del Primer Simposio Internacional sobre sistemas Penitenciarios*, Cuba, 1979.

deraba ajeno e indiferente al ordenamiento jurídico y a las garantías jurisdiccionales y sometido a la discreción de las autoridades administrativas que, inicialmente, solían ser militares o de policía”²¹⁰. Conforme a este criterio, imperante entonces, Krohne consideraba al preso como una fuente de ingresos para el Estado²¹¹. Cabe consignar que en pleno siglo pasado —en 1876— y entre nosotros, Luis V. Varela, en términos que, lógicamente, no pueden ser los contemporáneos, planteaba la cuestión con toda corrección: “Los derechos naturales —decía—, anteriores y superiores a toda ley humana, los retiene el hombre donde quiera que se encuentre. Presidiario o libre, la sociedad tiene que respetarlos, porque es sobre el respeto recíproco de esos derechos en que está basada su existencia. Cuando los constituyentes de 1860 se sintieron preocupados por la necesidad de la reforma política y social, tomaron al preso como *un hombre*, le reconocieron ciertos derechos inherentes a su personalidad, y le quitaron la odiosa condición *de cosa* en que le colocaban las antiguas leyes”. Por supuesto que, aclaraba Varela, eso no significa que el preso conserve todos los derechos que son propios del habitante²¹². En la actualidad, una concepción ética del papel del Estado en la ejecución penal, impone al mismo una serie de obligaciones que son reclamables por los internos, puesto que en el Estado social de derecho contemporáneo no se concibe la idea del “sometimiento especial” del preso, propia de una concepción autoritaria del Estado²¹³.

Freudenthal en 1910 había hablado de los “derechos del penado”²¹⁴, concepto sobre el que volvió Grünhut en 1927²¹⁵. Contemporáneamente son muchos los autores que se refieren al problema²¹⁶.

En la actualidad, los derechos del penado se hallan establecidos en documentos internacionales. El principal texto lo constituye el *Art 5 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre*: “Ningún individuo puede ser sometido a tortura ni a castigos o tra-

²¹⁰ DI GENNARO-GIUSEPPE-VETERE, EDUARDO, *Los derechos de los detenidos y su tutela*, en “Rev. Mexicana de prevención y readaptación social”, 1974, nº 12, pp. 9 y ss. (11).

²¹¹ KROHNE, en HOLTZENDORFF, FRANZ VON-JAGEMANN, EUGEN VON *Handbuch des Gefängniswesens*, Hamburgo, 1888, II, 417 y ss. (432).

²¹² VARELA, LUIS V., *La cuestión penal. Estudio sobre el sistema penitenciario*, Buenos Aires, Imprenta de “El Nacional”, 1876, p. 37.

²¹³ Cfr. WÜRTEMBERGER, THOMA, *Strafvollzug im soziale Rechtsstaat*, cit.

²¹⁴ FREUDENTHAL, *Die staatsrechtliche Stellung der Gefangenen*, 1910.

²¹⁵ V. FREDE, LOTHAR-GRÜNHUT, MAX, *Reform des Strafvollzugs*, Berlín u. Leipzig, 1927, pp. 16-20.

²¹⁶ V. por ej., EB. SCHMIDT en “Tagungsberichte der Strafvollzugskommission”, 1967, I, pp. 34 y ss.; DI GENNARO-VETERE, op. cit.; NUVOLONE, PIETRO, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, en “Trent’anni”, Padova, 1969, 295 y ss.; FRAGOSO, HELENO-CATÃO, YOLANDA-SUSSEKIND, ELISARETH, *Direitos dos presos*, Río de Janeiro, 1980; TIEDMANN, KLAUS, *La protection des droits des détenus*, en “Rev. de Sc. Criminelle et de D. Pénal Comp.”, 1962, 489; (V. la bibliografía que indica FRAGOSO en op. cit., pp. 45-8); BUENO ARÚS, FRANCISCO, *Los derechos y deberes del recluso en la ley general penitenciaria*, Madrid, 1958.

tamientos crueles o degradantes. En particular, nadie puede ser sometido, sin su libre consentimiento, a experimento médico o científico". El art. 7 de la *Convención Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* reproduce el texto del art. 5 referido. Su art. 10 preceptúa: "1) Cada individuo privado de la libertad debe ser tratado con humanidad, con el respeto de la dignidad inherente a la persona humana. 2) a) Los acusados, salvo circunstancias excepcionales, deben ser separados de los condenados y sometidos a tratamiento diferente, de acuerdo con su posición de personas no condenadas. b) Los acusados menores de edad deben ser separados de los adultos y su caso debe ser juzgado lo más rápidamente posible. 3) El régimen penitenciario debe comportar un tratamiento de los detenidos que tenga como fin esencial su arrepentimiento y su readaptación moral. Los reos menores de edad deben ser separados de los adultos y se les debe otorgar un tratamiento de acuerdo a la edad y a su estado jurídico". También el número 2 del art. 5 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* reproduce el art. 5 de la *Declaración Universal*, en tanto que su art. 6 prohíbe los condenados con trabajo obligatorio sean "puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado". El art. 27.3, de los *Draft Principles* establece el control judicial de la ejecución de los reglamentos penitenciarios y de su cumplimiento. En la versión de las *Reglas Mínimas* que adoptó el Consejo de Europa se establece también que el control debe ser judicial o por una autoridad separa de la administración penitenciaria (art. 55). Dicha versión fue adoptada por resolución del Comité de Ministros el 19 de enero de 1973 y amplía el contenido de las reglas mínimas de la ONU. En general, esta versión tiende a reafirmar el respeto a los derechos humanos en la ejecución y a consagrar en esta área el principio de legalidad, introduciendo nuevos métodos de tratamiento y un mejor aprovechamiento de recursos técnicos²¹⁷.

Las *Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas* tienen previstas importantes disposiciones al respecto en sus arts. 35, 36, 38 y 55, que se encuentran incorporadas a nuestra ley penitenciaria nacional. El art. 35 obliga a imponer al interno de sus derechos; el art. 36 consagra el derecho a que se le facilite la rela-

²¹⁷ Sobre el estado actual de su implementación: Council of Europe, European Committee on Crime Problems, *Report on the standard minimum rules for the treatment of prisoners*, Strasbourg, 1980.

ción con sus representantes consulares; el art. 55 regula lo relativo a las inspecciones. En general, puede afirmarse que nuestra ley penitenciaria nacional constituye un estatuto bastante interesante acerca de esta materia, particularmente con la previsión del control jurisdiccional, lo que en los Estados Unidos fue materia de cambiante jurisprudencia, admitiéndose con amplitud relativa, especialmente por fuerza de los acontecimientos —terribles rebeliones carcelarias que conmovieron a la opinión pública— en la década del setenta²¹⁸. No obstante, en los actuales momentos la experiencia demuestra que es necesario rodear de mayores garantías los derechos de los detenidos. En especial, es necesario que la ley misma, en forma expresa, proscriba cualquier medida o disposición que afecte cierta medida mínima de reserva y privacidad que es inalienable. Por otra parte, resulta inadmisibles el control de la correspondencia del detenido que excede el marco de la seguridad, no debiendo tolerarse en ninguna correspondencia dirigida al defensor o a autoridades nacionales o a organismos internacionales, tal como expresamente lo disponen los modernos estatutos penitenciarios de Europa. Por otra parte, dentro de nuestro sistema no existe una suficiente tutela contra el traslado de condenados dispuesto en forma arbitraria ni un sistema que permita un mínimo de control judicial sobre la certeza de los motivos de las sanciones disciplinarias.

Lamentablemente, circunstancias políticas muy particulares llevaron al mal camino de introducir regímenes especiales de seguridad máxima para detenidos a disposición del Poder Ejecutivo en razón del estado de sitio, que suelen empañar la imagen pública de nuestro régimen penitenciario, entre otras cosas porque dichas normas se aplican en secciones separadas de los mismos establecimientos, corriéndose también el riesgo de habituarse al personal a tales prácticas. Como ya hemos visto^{218 bis}, la ley 21.275 del 26 de marzo de 1976, al “suspender” el derecho de opción para salir del país a los detenidos a disposición del Poder Ejecutivo, convirtió a dicha detención en una verdadera pena, tal como lo entendió la Cámara Federal de la Capital el 22 de julio de 1976. No obstante, la Corte Suprema no lo entendió de esa manera, considerando constitucionales las sucesivas prórrogas de la mencionada “suspensión”. Los detenidos sometidos a esta particular situación —que conforme al criterio jurisprudencial de la Cámara Federal, que compartimos— configura una pena sin proceso, están generalmente sometidos a un régimen de seguridad cuya constitucionalidad es dudosa, toda vez que en la situación actual no puede justificarse, impuesto

²¹⁸ Sobre ello, FRAGOSO, op. cit.

^{218 bis} Cfr. *supra*, § 592.

por el decreto 2023 de 1974. El decreto 955/76 reformó el antes referido estatuto de 1974, añadiendo la prohibición de intercambiar correspondencia entre detenidos, siendo lamentable que la Corte Suprema haya interpretado que esa prohibición se extiende a los cónyuges detenidos²¹⁹. Reglamentaciones y órdenes insólitas e inconsultas (como fue en un momento la prohibición de visitar detenidos a toda persona que usase barba) han perjudicado la imagen pública de nuestro régimen penitenciario, particularmente la de sus cuerpos técnicos y de seguridad que, es menester destacarlo, pese a su excesiva militarización, constituyen uno de los cuerpos más tecnificados y de mejor nivel, a estar a su comparación técnica con la capacitación especializada de los restantes sectores de nuestro sistema penal.

Uno de los aspectos más controvertidos y respecto del cual en nuestro medio se han ensayado soluciones pioneras, ha sido el referente a la libertad sexual del condenado. La visita conyugal y sexual viene siendo defendida desde antiguo en nuestro país, como un derecho del penado con privación de libertad²²⁰.

602. La reclusión accesoria por tiempo indeterminado. El art. 52 establece que a ciertos reincidentes se les aplicará una agravación consistente en una pena de "reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena", en particulares supuestos de multirreincidencia y concurso real calificado, que enumera taxativamente. Esta pena de reclusión accesoria termina por vía de la libertad condicional, que tiene un régimen especial, distinto del que regula la libertad condicional en las penas principales privativas de libertad. La particularidad de esta pena finca exclusivamente en su indeterminación, puesto que su duración no es fija, aunque, en cualquier caso, debe ser considerada superior a cinco años, puesto que antes de ese término no es admisible la libertad condicional.

La determinación de los casos en que corresponde la aplicación de esta pena es una cuestión que hace a la determinación concreta de las penas y que, por consiguiente, veremos en el capítulo siguiente²²¹. Aquí trataremos su naturaleza y caracteres, es decir, que nos limitaremos a expresar en qué consiste esta manifestación de la coerción penal.

²¹⁹ LL, 27-VII-1977.

²²⁰ Con curiosos argumentos demográficos la defendía en el siglo pasado LUIS V. VARELA, op. cit., pp. 47 y ss.

²²¹ V. *infra*, § § 644, 645.

Esta pena aparece en el proyecto de 1891 como "pena de deportación" (art. 86). "La pena de deportación —decía el art. 25 de ese proyecto— consistirá en la relegación por tiempo indeterminado en la isla de los Estados, u otra que se destine al efecto". El art. 2 decía: "Los deportados estarán sujetos: 1° A la vigilancia de la autoridad; 2° A observar las reglas de inspección que fije la sentencia; 3° A adoptar oficio, arte, industria o profesión". El art. 27 disponía: "Después de seis años de condena, el deportado podrá solicitar al juez de la causa, por motivos justificados, licencia para trasladarse a otro punto de la República, por un tiempo que no exceda de tres meses, mediante caución pecuniaria y bajo la vigilancia de la autoridad policia!. Las licencias posteriores no podrán ser acordadas sino con intervalo de dos años entre una y otra". El art. 28 decía: "La pena de deportación lleva consigo la inhabilitación absoluta". El art. 29 cerraba las disposiciones sobre ella, prescribiendo: "El deportado que justificare haber observado buena conducta durante veinte años, obtendrá de la autoridad judicial competente la exoneración de la pena".

Los autores explicaban que es una pena segregatoria para multirreincidentes y que se basa en la ley francesa de deportación del 27 de mayo de 1885²²². También citan como antecedente de esta disposición el proyecto del Poder Ejecutivo enviado al Congreso el 27 de junio de 1883, es decir, dos años anterior a la ley francesa²²³.

García Basalo estudia los antecedentes de la deportación con mucha prolijidad y señala que en 1829 parece haber habido un proyecto inglés de usar nuestras islas Malvinas a ese efecto, en tanto que en 1832 sugirióse algo similar en Francia, pero en la parte sur continental. El primer proyecto argentino para el establecimiento de la pena de deportación fue hecho por Nicasio Oroño en el Senado en 1868, cuando propuso reemplazar la pena de muerte con deportación a la Patagonia. El proyecto de creación de una colonia penal en Tierra del Fuego fue remitido por Roca y elaborado por su Ministro Wilde, el 27 de junio de 1883. Lo cierto es que el proyecto de Villegas, Ugarriza y García, que entonces se discutía, no preveía la pena de deportación. El proyecto de 1883 nunca fue ley, pero el proyecto de 1891, al introducir la pena de deportación, compatibilizaba el proyectado código con el proyecto de ocho años antes. Este proyecto de 1883 tenía por objeto poblar Tierra del Fuego, haciendo una ocupación efectiva de la parte argentina de la misma²²⁴.

Quizá en antecedente más lejano de la pena de deportación sea el "confinamiento" del art. 110 del código Tejedor, pero que desaparece en el código de 1886. Segovia, siguiendo al proyecto de 1891, también admite la pena de deportación para ciertos reincidentes (art. 26 de su proyecto). La reglamentaba en forma similar a la del proyecto de 1891 en sus arts. 63 a 66, con la salvedad de que el condenado podía pedir gracia a los seis u ocho años (art. 66). La deportación para multireincidentes fue final-

²²² Sobre ella, TEISSEIRE, *La transportation*, cit., París, 1893; sobre la ley de 1854, BARBAROUX, C. O., *De la transportation...*, París, 1857.

²²³ Proyecto, 1891, pp. 29-30.

²²⁴ Con amplia información, GARCÍA BASALO, JUAN CARLOS, *La colonización penal en Tierra del Fuego. El frustrado proyecto de 1883*, en "Rev. Arg. de Cs. Ps.", enero-abril 1977, nº 5, pp. 75 y ss.

mente introducida en nuestra legislación por la ley 4189 del 22 de agosto de 1903, que reformó el código de 1886, introduciendo "entre los arts. 70 y 71" los siguientes:

—"La pena de deportación consistirá en la relegación por tiempo indeterminado en un paraje adecuado que designará el Poder Ejecutivo".

—"La pena de deportación lleva consigo la de inhabilitación absoluta. Los deportados estarán sujetos: a la vigilancia de la autoridad; a observar las reglas de inspección que fije la sentencia; a adoptar oficio, arte, industria o profesión".

"El deportado que justificare haber observado buena conducta durante quince años, obtendrá la exoneración de la pena".

—"La pena de deportación será impuesta como accesoria de la última condena cuando concurren las condenaciones siguientes: . . .".

Como es dable observar, la fórmula de 1903 recibió casi textualmente al proyecto de 1891. El proyecto de 1906 mantuvo la pena de deportación como accesoria de la última condena para determinados multireincidentes (art. 57) y su art. 24, repetía las disposiciones de la ley 4189.

En el art. 52 del proyecto de 1917 aparece la relegación "impuesta por tiempo indeterminado y como accesoria de la última condena"²²⁵, pero luego, como en el sistema de penas del código no aparece la pena de relegación o deportación, se la reemplaza por pena de "reclusión"²²⁶. El texto fue reformado por el decreto-ley 20.942 de 1944, ratificado por la ley 12.977, que impuso la redacción vigente, pero que no altera el instituto.

La historia de este precepto nos muestra que su origen es la pena de deportación, quedando identificado con la de reclusión al desaparecer aquélla. Este enunciado tan escueto basta para evidenciar que es voluntad de la ley penal que quien quede sometido a esta pena sea tratado en un establecimiento y con un régimen especial.

La última parte del primer párrafo del art. 53 dispone que "los condenados con la sanción accesoria de tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos de la Nación". Esta disposición es inconstitucional, puesto que compete a la organización de la justicia provincial determinar cuáles son los jueces competentes para el control jurisdiccional de la ejecución penal y no puede la Nación sustraer por ley del Congreso a los condenados de ese ámbito territorial. Creemos que cuando la legislación provincial no autoriza el cumplimiento de la pena en establecimientos que se hallan fuera del ámbito territorial del juez de la ejecución, no se le puede privar del "juez natural de la ejecución" por ley de la Nación.

²²⁵ Proyecto, 1917, p. 141.

²²⁶ Cfr. MORENO (H), RODOLFO, III, 104 y ss.

En la práctica son frecuentísimos los casos en que esta pena se cumple en establecimientos provinciales y así lo han aceptado los tribunales. Nuestro CP, siguiendo a los proyectistas de 1891, facultó a las provincias a enviar a sus condenados a la Nación, y creemos que esta regla tiene valor respecto de la pena del art. 52 CP, puesto que los argumentos que se esgrimieron para impedir la obligatoriedad de la remisión en las otras penas privativas de libertad conservan toda su vigencia en ésta, que no se distingue de la reclusión más que en su duración y consiguiente modalidad de la libertad condicional.

Como consecuencia de lo dicho, también resultará inconstitucional la única disposición de la ley penitenciaria nacional que se ocupa de la reclusión accesoria, y que dispone que "la medida de seguridad prevista en el artículo 52 del Código Penal se cumplirá en el establecimiento de la Nación destinado a ese exclusivo objeto, en el que no podrán ser recibidos los internos que deben cumplir pena privativa de libertad" (art. 115). Por lo demás, no hay ninguna previsión acerca del régimen a que quedan sometidos los condenados a esta pena, por lo que la misma se ejecuta conforme al régimen ordinario. De allí que tanto legal como prácticamente, la reclusión accesoria no sea más que una prolongación de la pena de privación de libertad de dudosa constitucionalidad por su imprecisión.

En cuanto a su naturaleza, si tenemos en cuenta que rechazamos cualquier tentativa de distinguir penas y "medidas de seguridad post-delictuales" para imputables, queda claro a nuestro juicio que *se trata de una pena*, tal como fue considerada siempre en nuestra tradición legislativa.

Rodolfo Moreno (h) no ha hablado más que de "pena" refiriéndose al artículo 52²²⁷, insistiendo en su carácter de "medida" Gómez y Fontán Balestra²²⁸.

En el sentido de que se trata de una "medida" suele citarse también a Julio Herrera, porque así la califica en un momento, pero en el mismo trabajo dice que "nuestro código ha sancionado sólo dos penas privativas de libertad, la reclusión y la prisión y además la pena contra los delinquentes habituales, que es la misma reclusión, pero por tiempo indeterminado..."²²⁹. La tesis que sostiene que se trata de una "medida" parte de

²²⁷ MORENO (H), RODOLFO, loc. cit.; en igual sentido el dictamen de JOSÉ MARÍA PAZ ANCHORENA, en "Rev. Penal y Penit.", II, 1937, p. 215.

²²⁸ FONTÁN BALESTRA, III, 419-420.

²²⁹ HERRERA, JULIO, *Conferencias pronunciadas los días 28 de junio y 4*

la base de que se funda únicamente en la peligrosidad del condenado. Sin embargo, en ninguna disposición del código se dice que la misma se impondrá en razón de la mayor peligrosidad. Creemos que la pena del art. 52 se impone en razón de una mayor gravedad del injusto, emergente de la multi-reincidencia o de la reiteración grave. La circunstancia de que por una única vez pueda el tribunal prescindir de la pena, en caso de menor peligrosidad, no implica que la pena accesoria se funde en la peligrosidad, sino que la falta de peligrosidad opera en ese caso como una causa personal de exclusión de la pena accesoria. Tampoco puede argumentarse que la reclusión accesoria no es una pena en consideración a la indeterminación de la misma, puesto que la pena privativa de libertad en los códigos de Tejedor y de Baviera era indeterminada. Por último, la pretensión de afirmar su carácter de "medida" porque así la llama la ley penitenciaria nacional en el art. 115, es absurda, puesto que todas las penas son medidas de seguridad a estar al claro texto de art. 18 constitucional, sólo que hay algunas medidas de seguridad que, por no ser penas, no corresponden al derecho penal (las que se aplican a los autores incapaces).

Recientemente, Donna le atribuye el carácter de pena, pero por considerar que se funda en la peligrosidad la considera violatoria del principio de culpabilidad y, por consiguiente, parecería afirmar su inconstitucionalidad, reforzándola con el argumento de que viola el principio *non bis in idem*²⁰⁰. En rigor, el argumento de que viola el principio *non bis in idem* tiene validez para toda la reincidencia en caso que se considere que el fundamento de la mayor pena de la reincidencia es la peligrosidad, como lo veremos oportunamente. De cualquier manera, no deja de ser cierto que en algunos casos, al menos, la pena del art. 52 viola el principio de proporcionalidad entre la pena y el delito y, por ende, puede resultar inconstitucional su imposición, como también que su indeterminación resulta seriamente lesiva del principio de legalidad de las penas, todo lo cual demuestra que la sugerencia de Donna, aún cuando no sea del todo exacta, merece ser considerada con atención y profundizarse más acabadamente la investigación del problema en nuestro derecho²⁰¹.

Creemos que nuestra evolución legislativa nos indica claramente que la pena del art. 52 es una pena privativa de libertad accesoria, que agrava a la prisión o reclusión ordinaria, que obedece a un mayor contenido injusto del hecho y de la que puede prescindirse por una causa personal que la excluye o cancela, operando como tal la menor peligrosidad del condenado. Así como la pena de

de julio por el Dr. . . ., Fac. de Derecho y Cs. Sociales, Univ. Nac. de Bs. As., setiembre de 1922, p. 49.

²⁰⁰ DONNA, EDGARDO ALBERTO, *La peligrosidad en el derecho penal*, Bs. As., 1978.

²⁰¹ Al respecto creemos que pueden ser de utilidad dos importantes monografías italianas de los últimos años: PALAZZO, FRANCESCO C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; MUSCO, ENZO, *La misura di sicurezza defensiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978.

la tentativa inidónea no tiene por fundamento la peligrosidad, sino que su ausencia puede operar como excluyente de la pena, tampoco la reclusión accesoria tiene ese fundamento. Consiguientemente, cuando en el supuesto del art. 80 se faculta al tribunal a aplicar esta pena, el juez deberá tomar como criterio los que le indica el art. 41 y no sólo la peligrosidad del autor.

La experiencia común —puesto que ni siquiera merece calificarse de “pedagógica”— indica que la insistencia en un medio correctivo tiene un límite, más allá del cual ya no tiene sentido insistir con el mismo método. Este fenómeno tan conocido no le pasó jamás por alto al derecho penal y, por consiguiente, siempre se agravó la pena del reincidente, pero hasta cierto límite en que se lo eliminaba dándole muerte. La racionalidad de la reacción penal hizo que al multi-reincidente ya no se lo pudiese matar, pero no por ello se dejó de considerarlo un “incurable” y, por ende, alguien que debía ser expulsado de la comunidad. La antigua “pérdida de la paz” germana volvió con su cara encubierta y con el nombre de “relegación” o “deportación”: se trataba de enviar al sujeto a los lugares inhóspitos o despoblados, que estaban dominados políticamente pero que permanecían ajenos a una efectiva ocupación por los integrantes de la comunidad nacional. Con el concepto utilitario de la pena el condenado pasó a ser un servidor gratuito del Estado, en fortalezas o en galeras, pero también los multi-reincidentes podían cumplir la función de llenar una necesidad geopolítica. Los “incurables” dejaron de sufrir la muerte en la medida en que el Estado los consideró útiles para asegurar su soberanía.

Todo este planteamiento partía de la base de que a los delinquentes se los puede clasificar en “corregibles” e “incurables”. En la medida en que los “incurables” (inútiles al sistema) pudieron pasar a ser útiles, no en la producción, pero sí en la defensa o seguridad, se les fue sustrayendo a la pena de muerte y aprovechándoles en el nuevo sentido, lo que al mismo tiempo servía para “ejemplarizar” con ello al resto de la población. En otras latitudes se observó que el hecho del “incurable” no se distinguía fundamentalmente del hecho del “corregible”. Para obviar esta identidad objetiva se creyó salir del paso afirmando que al “incurable” se le aplica una “medida” y no una pena, equiparándolo así al loco. Eso fue lo que hizo Stooss en Suiza: locos y multi-reincidentes quedaban sometidos a “medidas”.

En nuestro país, el legislador actuó más sinceramente y elaboró una verdadera pena segregatoria en el art. 52. No obstante, en la práctica, esa pena segregatoria no se cumplió, porque nunca se reglamentó su ejecución, lo que obligó a cumplirla conforme al régimen ordinario de ejecución. Dogmáticamente entre la ejecución penal de la reclusión accesoria y de las otras dos penas privativas de libertad no existe diferencia, porque se rigen por la misma ley. Prácticamente ni siquiera existen los establecimientos diferenciados. Luego, *nuestro sistema penal tiene una única pena privativa de libertad cualitativamente hablando, que se distingue a efectos cuantitativos en prisión, reclusión simple y reclusión accesoria por tiempo indeterminado.*

El más elemental sentido común indica que una pena se distingue de otra por la forma en que se ejecuta. Cuando varias penas se ejecutan de igual modo es porque tienen una misma naturaleza. La distinción nominal al único efecto de señalar su duración y consecuencias accesorias importa una diferenciación cuantitativa, pero no cualitativa. *El llamado "punto de vista ejecutivo" no es más que el punto de vista cualitativo, en tanto que el "punto de vista penal" es sólo el punto de vista cuantitativo. Desde que hay identidad cualitativa o ejecutiva, no puede hablarse dogmáticamente de una pena distinta.*

Esta realidad dogmática y fáctica revela a las claras el anquilosamiento de nuestra política penal. Nuestro sistema ni siquiera recepta la clasificación de "corregibles" e "incoregible" para segregar a los segundos, sino que renuncia a la más elemental experiencia del sentido común y se lanza insistiendo incesantemente y hasta el infinito con una misma pena, cada vez más grave, para todos los autores, distanciándose de esta manera de toda la política penal moderna, que sigue cursos completamente divergentes.

En los países que más han avanzado a este respecto, se asimilaron las experiencias de las ciencias de la conducta y se llegó a la conclusión de que no hay verdaderos "incoregibles" o que, al menos, la división no puede ser tan rígida. La cuestión, por otra parte, no es tan nueva, pues ya Concepción Arenal decía en su tiempo que "no hay incorregibles sino incorregidos"²⁸². En cierta forma, nuestro sistema penal tampoco recepta una categoría de "incoregi-

²⁸² V. GÓMEZ BUSTILLO, *Concepción Arenal, su vida y su obra*, Bs. As., 1981, p. 54.

bles”, puesto que apela a una única pena con distinta intensidad. No obstante, la reacción lógica fue distinta en la política penal de los últimos años europeos: el sentido común indica que quien no puede ser resocializado con la pena privativa de libertad ordinaria, necesita una pena privativa de libertad especializada. Este último es el sentido que cobran las penas privativas de libertad para multi-reincidentes en países tales como Alemania Federal, Austria, Suecia, Dinamarca, etc. *Las modernas penas para multi-reincidentes no son medidas segregatorias para “incurregibles” —categoría que carece de sentido—, sino penas especializadas para sujetos cuya resociabilización no puede lograrse con la pena privativa de libertad ordinaria.*

La inclusión de estas penas especializadas en las leyes penales representa un paso gigantesco en el derecho penal. Sin embargo, una curiosa dicotomía dogmática ha llevado a que a esas penas se las llame “medidas”, lo que importa graves riesgos, que trascienden en mucho a una pura cuestión de vocablos. El entusiasmo por estas “medidas” puede llevar a relegar la relevancia de su contenido penoso y, además, encierran el serio peligro de que se pase por alto el límite de respeto a la autonomía ética que debe primar en cualquier pena.

Si tenemos en cuenta que las modernas penas para multi-reincidentes —que, por supuesto, nada tienen que ver con la simple agravación de una única pena privativa de libertad de nuestro art. 52— son penas muy especializadas, en cuya ejecución toman parte equipos de especialistas en ciencias de la conducta, puede correrse el riesgo de que estas penas ultrapasen su función y se conviertan en puros sustitutos de la relegación, llevados a cabo con mayor capacidad técnica. En otras palabras: estas penas pueden convertirse en un método para acondicionar conductas en forma económicamente productiva, de la misma manera que la relegación cumplía un cometido geopolítico o que Krohne consideraba al preso como una fuente de trabajo al servicio del Estado. Este peligro se agiganta si encubrimos piadosamente su nombre bajo la benigna denominación de “medidas” y si, para colmo, las extendemos a otras categorías que nada tienen que ver con los multi-reincidentes o hacemos esto último en forma masiva o confusa.

De allí que, como lo expusiéramos al comienzo de esta obra, nos negamos a considerar que esas “medidas” sean algo distinto de las penas y consideremos que no son más que una categoría espe-

cializada de penas, cuya introducción legislativa debe hacerse con suma cautela.

La tentativa de introducir estas penas especializadas en nuestra legislación se llevó a cabo en el proyecto de 1974-1975, fuertemente influido por el código alemán. Sin embargo, la tentativa fue mucho menos feliz que la alemana. En principio, la denominación de "medidas", teniendo en cuenta la formación "retributiva" que caracteriza a buen sector de nuestros tribunales, es más peligrosa aquí que en Europa. Las penas especializadas más graves que se incluyeron fueron la "internación en un establecimiento de reeducación social" y en un "establecimiento de seguridad". La primera tenía el inconveniente de no guardar proporción alguna con la gravedad del hecho y la segunda de no prever una duración máxima. En lo práctico, cabe apuntar la inexistencia de los "establecimientos de reeducación social" y lo peligroso de la voz "reeducación". Como pena especializada menor, proponía —también con el nombre de "medida"— la "internación en un establecimiento para alcohólicos, drogadictos y homosexuales" cuya duración máxima era de dos años. La inclusión de los homosexuales no se halla en la ley alemana y es violatoria del art. 19 constitucional²²³. Por otra parte, el proyecto prescribía la internación obligatoria, sin excluir el caso de inutilidad de la misma, previsto por el código alemán.

La peor disposición de este proyecto era su art. 78 ter, que establecía: "Mientras no se crearan todos los establecimientos penales e instituciones previstos por este código, los jueces encuadrarán la ejecución penal dentro de las posibilidades que permitan los establecimientos existentes y los recursos disponibles". Este artículo hacía que todo quedase como hasta el presente, puesto que las mentadas "medidas" serían en la realidad aumentos de privación de libertad, con el agravante de que la internación de seguridad preveía un mínimo de seis años y la actual reclusión accesoria tiene uno de cinco. Cabe añadir que el proyecto era contradictorio en cuanto al manejo de la peligrosidad, que tomaba en cuenta por partida doble, como criterio para la pena y para la accesoria.

En la legislación alemana, están previstos los *establecimientos de desintoxicación*, porque se considera que los mismos requieren una organización distinta de los establecimientos psiquiátricos, con una duración máxima de dos años. Se aplica tanto a los que hayan sido condenados como a los que hayan sido absueltos en razón de su estado. Los *establecimientos socio-terapéuticos* corresponden a los autores que tienen graves perturbaciones de su personalidad, pero para los que el establecimiento psiquiátrico es inadecuado, caso en el que encuadra la mayoría de los multi-reincidentes. La terapia se orienta aquí fundamentalmente en sentido psicoanalítico o análogo. El plazo de internación nunca puede exceder de

²²³ Con buen criterio, los Dres. ACEVEDO y MASI propusieron limitar la internación en establecimiento de seguridad a diez años como máximo y excluir a los homosexuales del régimen de internación.

cinco años. La *custodia de seguridad* tampoco puede exceder de diez años ²⁸⁴.

La legislación austríaca simplifica ese sistema señalando sólo dos penas con el nombre de "medidas preventivas": la internación en establecimiento de desintoxicación (§ 22) y la internación en establecimiento para reincidentes peligrosos (§ 23). La primera conoce un máximo de dos años y la segunda de diez años.

En estas legislaciones la internación es una pena indeterminada, pero siempre dentro de los límites máximos señalados. Ello indica claramente que no reconocen la categoría de "incurables" y que no se atiende únicamente a una cuantificación por la "peligrosidad".

Los establecimientos socio-terapéuticos y para reincidentes peligrosos tienen su origen en las experiencias danesas de la década de 1930 y en las técnicas de comunidad terapéutica. Indican un verdadero cambio cualitativo de la pena y requieren un equipo altamente especializado. Su previsión legal en la Argentina, sin un efectivo cálculo presupuestario implica mantener las diferencias cuantitativas de las penas con el nombre de "medidas". Por otra parte, cabe observar que las leyes alemana y austríaca no pretenden lograr compulsivamente la cura del drogadicto, sino sólo su desintoxicación, que ni mencionan al homosexual, sino sólo al delincuente sexual y que, en cualquier caso, tienen previsto un prudente máximo, sin contener disposición alguna que pueda interpretarse como autorización para que esas penas se cumplan en establecimientos comunes, todo lo cual pasó por alto nuestro proyecto de 1974-1975. De cualquier manera, la forma en que los mismos están previstos en Alemania, donde se admiten incluso intervenciones quirúrgicas como parte del tratamiento (pese a requerir el consentimiento del paciente) nos parece harto peligrosa. La misma terapia grupal y en general la psicoterapia, debe estar reglamentada en cuanto a sus límites, pues tan grave puede resultar el manipuleo orgánico como el de estratos profundos de personalidad, teniendo en cuenta que al hallarse el sujeto privado de libertad y sometido a un régimen institucional su consentimiento libre será siempre discutible y el enmarque de su relación terapéutica tampoco será el usual. Estas penas cualitativamente diferentes, dentro de ciertos límites, que deben ser fijados en una tarea interdisciplinaria entre juristas y especialistas en ciencias de la conducta, pueden representar un notable avance en la prevención del delito; excedidos o mal establecidos esos límites —o no establecidos, como acontecía en el proyecto argentino— pueden ser los heraldos de un futuro penumbroso y sutilmente cruel, cargado de técnicas de control de conducta al servicio de la política de turno.

²⁸⁴ V. *Código Penal Alemán*, trad. de Zaffaroni-Riegger, en "Rev. Arg. de Cs. Penales", nº 4, pp. 42-5. Sobre estas penas, BLEI, 386-8; JESCHECK, 1978, 656 y ss.; BAUMANN, 733 y ss.; BOCKELMANN, 260 y ss.; etc.

III. — LA DETENCIÓN DOMICILIARIA COMO FORMA DE EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

603. La detención domiciliaria como forma de ejecución de la pena privativa de libertad. El art. 10 del código penal dispone: "Cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias". Esta disposición estaba en muchos códigos anteriores limitada a la pena de arresto, que era la menos grave de todas las penas privativas de libertad. Al desaparecer esta pena en el código vigente, la disposición pasó a regir para la prisión hasta seis meses.

El art. 117 del código Tejedor decía: "El condenado a arresto será puesto en cárcel, policía o cuerpo de guardia según los casos; pero esta prisión será siempre diferente de la de los acusados o procesados, pudiendo ser arrestados en sus propias casas las mujeres honestas, las personas ancianas o valetudinarias y las que vivan de algún arte, profesión u oficio doméstico". "Esta pena no podrá bajar de quince días ni exceder de tres meses". La disposición provenía del art. 77 del código español de 1822, que con reformas fue el art. 76 del código boliviano de 1830. Disposiciones análogas contenían el art. 25 del código austríaco y el 38 del código de Nápoles. El art. 112 del código español de 1850 suprimió la posibilidad de sustitución, manteniéndose la supresión en el art. 119 del código español de 1870, sin que la misma mereciese consideración alguna por parte de sus principales comentadores²³⁶.

El código de 1886 suprimió la referencia a las personas que ejerceran oficio doméstico, en lo que siguió al código de Nápoles, puesto que esa referencia se hallaba en los restantes. Su art. 70 disponía: "El condenado a arresto será puesto en cárcel, policía o cuerpo de guardia pudiendo ser arrestadas en sus propias casas las mujeres honestas, las personas ancianas o valetudinarias". La redacción actual proviene del art. 15 del proyecto de 1906.

Esta posibilidad de sustitución de la prisión por detención domiciliaria está limitada a la pena de prisión, sin que pueda convertirse la pena de reclusión. La detención en esas condiciones implica una restricción de la capacidad locomotora del condenado, que se la reduce al ámbito de su domicilio. La expresión que emplea el código es "casa", lo que da idea de que la libertad ambulatoria del sujeto queda limitada al edificio en que reside y no sólo a una uni-

²³⁶ CROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO, *El código Penal de 1970 concordado y comentado*, Burgos, 1872, II, 516; PACHECO, Madrid, 1888, I, 485 (ed. de 1870, I, 484); VIADA y VILASECA, Salvador, Madrid, 1890, I, 584.

dad habitacional (habitación de hotel, departamento). Puede plantear problemas la existencia de lugares públicos en el edificio donde reside, como ser bares, lugares de diversión nocturna o galerías. Entendemos que por "casa" debe entenderse la parte del edificio destinada a viviendas y no tales lugares.

Los destinatarios de este beneficio pueden ser las mujeres honestas, las personas mayores de sesenta años y las personas valetudinarias. La categoría de personas mayores de sesenta años no ofrece ninguna dificultad interpretativa. En cuanto a la expresión "mujer honesta", entendemos que la misma no puede equipararse al sentido que la expresión tiene en el art. 120 ni tampoco al de mujer que carezca de antecedentes penales. "*Mujer honesta para el art. 10 es la mujer que no es prostituta. De cualquier manera, la circunstancia de que no puedan acogerse al beneficio las prostitutas y que pueda hacerlo cualquier mujer que no lo sea, no es constitucional, puesto que estaría ateniéndose a una cuestión moral, reservada al ámbito de privacidad en función del art. 19 constitucional. Entendemos que esta limitación debe interpretarse como excluyendo del beneficio sustitutivo a la prostituta que causa escándalo en su casa o domicilio, única circunstancia razonable que excede el marco de la privacidad y puede ser valorada por el tribunal.*

No se trata de dos conceptos diferentes de la "honestidad" de la mujer, sino de dos sentidos teleológicos distintos de las respectivas normas. El art. 10 se origina en una pena que correspondía a la legislación u orden contravencional en forma preferente y, por consiguiente, su sentido no puede ser el de privar de este beneficio a una mujer por el mero hecho de que su conducta no se compadezca con las pautas aceptadas de conducta sexual, sino que está claramente dirigido a excluir del beneficio a las prostitutas escandalosas.

Por otra parte tampoco puede entenderse la "honestidad" de la mujer en el sentido en que la expresión está referida a la órbita penal, puesto que esta persona podrá beneficiarse siempre con la condenación condicional. De la exclusión de este sentido de la expresión habla claramente un antecedente histórico, que fue el párrafo que propuso agregar la Comisión del Senado y que aprobó, dicha Cámara: "El juez podrá ordenar lo mismo cuando se trate de personas de muy honestos antecedentes". Este agregado fue rechazado por la Cámara de Diputados. La Comisión de esta última dijo al respecto: "Si el procesado por un delito leve, cuya pena no exceda de seis meses de prisión, es realmente de muy honestos antecedentes, no precisará del beneficio, desde que estará amparado por la condena condicional"²³⁶.

Persona "valetudinaria" es la persona enfermiza o delicada. No creemos que se requiera una enfermedad que no le permita soportar la privación de libertad en una prisión, sino que basta con que el encierro en un establecimiento sea susceptible de empeorar un delicado estado de salud físico o psíquico. Lo que la ley no quiere es afectar gratuitamente la salud del condenado.

Entendemos que la norma del art. 24 impone la extensión del beneficio sustitutivo a la prisión preventiva. Resulta claro que no tiene sentido que el procesado sea privado de libertad en un establecimiento y pase a su domicilio a cumplir la pena, cuando se sabe desde la acusación o desde el procesamiento que la pena será de *prisión hasta seis meses*. Aparte de que esto neutralizaría por completo el objetivo legal de no infectar criminógenamente a un condenado a pena privativa de libertad corta y de no hacerle cargar con un padecimiento físico o moral extraordinario y desproporcionado con el hecho, prácticamente muy pocas veces sería aplicable la disposición, puesto que la duración de nuestros procesos suele exceder de seis meses. Por otra parte, es decisivo el argumento jurídico basado en el art. 24: *si cada día de prisión equivale a uno de prisión preventiva, no puede una ley procesal —que es de menor jerarquía que la penal— imponer el cumplimiento de una prisión preventiva en condiciones más rigurosas que las de la eventual pena de prisión prevista en el código penal.*

El art. 10 no impone la sustitución, sino que dice "podrá". Queda fuera de toda duda que esa expresión no significa que el juez disponga de una facultad que ejerce arbitrariamente, pero resta por ver si la apreciación racional del juez debe hacerse tomando en cuenta los criterios del art. 41 u otros diferentes. Creemos que la sustitución de la pena de prisión por la *detención domiciliaria* es una cuestión en que no pueden tomarse en cuenta las pautas del art. 41, porque éste rige para la "fijación de la condenación" en los casos de penas divisibles, es decir, para la determinación del "tiempo" y de la "cantidad", pero no para el caso del art. 10, que está referido sólo al modo de ejecución.

Consecuentemente, creemos que la facultad de apreciación del juez debe responder a otros criterios y entendemos que éstos son los que surgen del mismo art. 10, o sea que el juez debe comprobar que se trata de una persona que está en condiciones de ser beneficiaria de la sustitución y, además, si es factible la misma, puesto

que bien puede acontecer que se trate de alguien que carezca de "casa" o que more en un edificio en que la misma es impracticable o muy inconveniente (el portero de una escuela, el anciano alojado en un asilo). De cualquier manera, la factibilidad será siempre una cuestión de hecho que se deberá resolver teniendo en cuenta que el beneficio para el condenado no puede causar un perjuicio colectivo y, además, entendemos que bien puede ofrecer el condenado una casa substitutiva de la propia para ese efecto. De no admitirse esta última posibilidad se violaría el principio de igualdad ante la ley, porque el condenado no domiciliado en el lugar no podría gozar del beneficio.

La ejecución de la pena substitutiva de detención domiciliaria se controla en la Capital Federal por medio del Servicio Penitenciario Federal, conforme lo dispone el decreto 8746/68. Dicho decreto contiene normas acertadas, pues tratándose del cumplimiento de una pena, resulta lógico que su control se halle a cargo de ese Servicio y no de la autoridad policial.

Nada dispone nuestro código para el caso de quebrantamiento de la misma. En consecuencia, deberán aplicarse los principios generales que rigen el quebrantamiento de cualquier pena privativa de libertad, sin que esté obligado el tribunal a hacer cumplir el resto de la pena ya impuesta en otra forma, es decir que su quebrantamiento no debe acarrear necesariamente la cesación de la substitución.

IV. — LA LIBERTAD CONDICIONAL COMO ÚLTIMA ETAPA DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

604. Concepto y antecedentes. Los arts. 13 a 17 y 53 del código penal regulan la posibilidad de que el condenado a una pena privativa de libertad pueda recuperar condicionalmente la misma, por decisión judicial y después de haber cumplido una parte determinada de la misma.

El art. 13 CP establece que, bajo ciertas condiciones "el condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido veinte años de condena, el condenado a reclusión temporal o a prisión por más de tres años que hubiere cumplido los dos tercios de su condena y el condenado a reclusión o prisión, por tres años o me-

nos, que por lo menos hubiese cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento...".

Se trata, pues, de una suspensión parcial de la privación de libertad, es decir, de una suspensión parcial del "encierro" que tiene lugar durante un período de prueba que, resultando favorable, determina la extinción definitiva del resto de la pena privativa de libertad que le quedaba por cumplir al condenado²³⁷.

Los antecedentes de este instituto en la legislación son varios y su origen se halla controvertido²³⁸. Parece que procede del sistema de Maconochie y Crofton aunque también había disposiciones similares en el CP español de 1822. En general, puede decirse que su difusión se vio favorecida por la escuela correccionalista de Röder.

En nuestro país, el primer antecedente legislativo fue el proyecto de 1891. Antes, desde el código Tejedor, se conocía la gracia que hacía sus veces pero que tenía distinta naturaleza. El art. 99 del código Tejedor disponía respecto del presidio: "La condenación por tiempo indeterminado deja sin embargo al condenado la esperanza de merecer su libertad, dando pruebas de reforma positiva, especialmente si durante ocho años continuos muestra una aplicación notable al trabajo, no incurre en castigo por actos de maldad o desobediencia, o de cualquier otra señal irrecusable de corrección. En estos casos podrá obtener su gracia después de quince años de pena". El art. 100 preveía la gracia para el presidio a tiempo determinado, pasada la mitad de la condena. El art. 105 del código Tejedor autorizaba a pedir gracia en la pena de penitenciaría, en las mismas condiciones y cuando hubiese expirado la mitad del término. Estas disposiciones estaban tomadas del código de Baviera, que establecía la facultad para pedir gracia en las penas de presidio (arts. 12 y 13) y de casa de trabajo (art. 16). El código de Baviera no la admitía para la pena de cadena y en las penas temporales exigía el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena.

El código de 1886 acogió el sistema del código Tejedor y su art. 73 estableció "el derecho a pedir gracia" del resto de la pena a los condenados a presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado "que durante los últimos ocho años hubiesen dado pruebas de una reforma positiva, después de sufrir quince años de condena". El art. 74 confería el mismo derecho a los condenados a penas temporales que hubiesen cumplido las dos terceras partes de la condena, "si durante la última tercera parte de ella hubiesen dado pruebas de una reforma positiva". Este texto planteaba múl-

²³⁷ Sobre el concepto, CABALLERO, JOSÉ SEVERO, *El significado doctrinario y jurisprudencial de la libertad condicional regulada en el código penal*, Córdoba, 1964, p. 78.

²³⁸ Ver los antecedentes reseñados por DAIEN, *Régimen jurídico y social de la libertad condicional*, Buenos Aires, 1947, pp. 45 y ss.

tiples problemas, puesto que si se entendía que la disposición se refería al indulto constitucional, ella no tiene sentido entre nosotros, porque el CP no puede privar del derecho de peticionar a las autoridades, ni puede retacearle al Poder Ejecutivo sus facultades constitucionales. Debido a ello Rivarola entendió que se trataba de un perdón judicial y que era el juez el encargado de concederlo.²³⁹ al igual que Piñero²⁴⁰ quien relata un conflicto de poderes en San Juan con tal motivo. Hacia los últimos años de vigencia del Código de 1886, la Cámara Federal admitió el criterio sostenido por Rivarola y Piñero, y se entendió que el “derecho a pedir gracia” implicaba un verdadero derecho a obtener la libertad. La Cámara entendió en 1914 que “el art. 74 del Código penal, establece un derecho en favor de los condenados a presidio o penitenciaría por tiempo determinado si hubieran cumplido las dos terceras partes de su condena y dado pruebas de una reforma positiva durante la última tercera parte de ella para pedir gracia del resto de la pena”²⁴¹.

De cualquier manera, como bien lo observa Rivarola al comparar ambos institutos, no debe confundirse la gracia del antiguo sistema con la libertad condicional, puesto que la gracia era una remisión absoluta e incondicional del resto de la pena²⁴².

Reconocida claramente la diferencia entre la “gracia” —que se remontaba al código Bávaro— y la libertad condicional²⁴³, ésta aparece en el proyecto de 1891 señalando antecedentes legislativos por completo distintos de la fuente de Tejedor y, con varias alternativas, llega hasta nuestro texto vigente.

El art. 19 del proyecto de 1891 establecía que “el condenado a presidio que hubiere cumplido los dos tercios de su condena observando con regularidad los reglamentos del establecimiento obtendrá de la autoridad judicial competente la libertad condicional, previo informe motivado de la dirección del presidio, y con audiencia del ministerio público”. Los artículos siguientes señalaban las condiciones y revocación (arts. 19 a 24) y en los arts. 34 a 36 lo hacían con referencia a la pena de penitenciaría. En la exposición de motivos se insistía en su diferencia con el sistema de la “gracia” y, a su respecto, se decía: “Se comprende que es mucho más racional y provechoso el sistema de la libertad condicional, que vuelve a la libertad al condenado, durante una parte de la pena pero a condición de obtenerse alguna seguridad de que en ese tiempo no delinquirá de nuevo”²⁴⁴. El proyecto de 1891 señalaba concordancias con los códigos italiano, uruguayo, húngaro, alemán y holandés²⁴⁵. Segovia, en lugar, mantenía el sistema de la “gracia” (arts. 57, 58 y 59).

²³⁹ RIVAROLA, RODOLFO, *Exposición y crítica*, 1890, I, 365.

²⁴⁰ PIÑERO, O., op. cit., 328-9.

²⁴¹ Cit. por DAIEN, p. 170; igual criterio sostuvo luego la Corte Suprema: ambos en GONZÁLEZ ROURA, II, 264-270.

²⁴² RIVAROLA, op. cit., I, 360.

²⁴³ La exacta comparación la trazó RIVAROLA, loc. cit., en 1890.

²⁴⁴ Proyecto, 1891, p. 28-9.

²⁴⁵ Estos antecedentes son cuidadosamente estudiados por CABALLERO, op. cit., pp. 26-58.

El proyecto de 1906 regulaba la libertad condicional en sus arts. 18 a 22. Citaba las mismas fuentes que el proyecto de 1891, recordando en la exposición el informe a la Cámara de Representantes de Bélgica en 1888²⁴⁶. El proyecto de 1916 se ocupaba igualmente de ella, y citaba a Berenger en su informe de 1890 al Senado de Francia²⁴⁷. Las disposiciones del proyecto de 1906 —que son iguales al de 1916— fueron criticadas duramente por Julio Herrera²⁴⁸.

La Exposición del proyecto de 1906 insistía en la diferencia entre esta institución y la "gracia": "Derecho a pedir gracia del resto de la pena, que es lo que establece el código, importa casi una incongruencia, porque derecho y gracia, son términos antinómicos". A continuación se destacaba también que la "gracia" era una extinción definitiva e incondicional de la pena, en que el penado queda librado al precio único de su conciencia y de sus sentimientos"²⁴⁹.

El 9 de setiembre de 1920, el Diputado Roberto Parry, entendiendo que la reforma del código penal aún debía ser objeto de una larga tramitación, presentó un proyecto de ley sobre libertad condicional y condena condicional, que constaba de diez artículos, correspondiendo los cinco primeros a la libertad condicional. En general, reproducía las disposiciones del proyecto de 1917²⁵⁰.

El art. 13 del proyecto de 1917 tenía aproximadamente la misma estructura que el vigente, aunque no se ocupaba del condenado a pena de tres años o menos, no contenía la prohibición de abstenerse de bebidas alcohólicas y tampoco el inc. 5°. Los arts. 14, 15, 16 y 17, con ligeras modificaciones, son los vigentes. El Senado propuso eliminar la reclusión perpetua de las condenas que podían beneficiarse con la libertad condicional, pero Diputados no lo aceptó, fundado en que en ningún caso "conviene eliminar este poderoso resorte que influye eficazmente en la conducta del condenado, durante el cumplimiento de la pena"²⁵¹. La observación de que el texto original del proyecto permitía salir en libertad antes a algunos autores que habían sido condenados a penas mayores de tres años que a otros que lo habían sido a menos de ese tiempo, correspondió al Senador Rojas, quien propuso una redacción bastante complicada, que no prosperó, aunque se recogió la crítica. En la redacción propuesta por Rojas, el art. 13, que en el proyecto de 1917 decía "obtendrán la libertad por resolución judicial bajo las siguientes condiciones", pasaba a decir: "podrá obtener la libertad condicional por resolución judicial, bajo las siguientes condiciones"²⁵², redacción que Rojas tomaba

²⁴⁶ Proyecto, 1906, p. XXIII.

²⁴⁷ Proyecto, 1916, pp. 36 y 37.

²⁴⁸ HERRERA, JULIO, pp. 207-217; síntesis de sus críticas en DE LA RÚA, 173.

²⁴⁹ Proyecto, 1906, loc. cit.

²⁵⁰ PARRY, ROBERTO, *Libertad condicional y condena condicional, proyecto de ley y exposición de motivos presentado en la sesión del 9 de setiembre de 1920...*, Bs. As., 1920.

²⁵¹ Edición oficial, p. 611-2.

²⁵² Ídem, *Proyecto de despacho de la Comisión de Códigos y de Justicia Militar de la H. Cámara de Senadores redactado por el ex-Senador Dr. Angel Rojas*, p. 521.

de los antecedentes suizos. Este reemplazo de "obtendrán" por "podrá obtener"²⁵³ fue acogido en la sanción definitiva. Esta sanción decía "y el condenado a reclusión o prisión, por menos de tres años", lo que dejaba en duda qué régimen se aplicaba al que estuviere condenado justo a tres años. Esta deficiencia fue corregida por la ley 11.221 (fe de erratas) que estableció la redacción vigente ("y el condenado a reclusión o prisión, por tres años o menos").

605. **Naturaleza jurídica.** La naturaleza jurídica de la libertad condicional es algo que permanece controvertido tanto en la doctrina nacional como en la extranjera. En otros tiempos, en que la idea de la pena privativa de libertad era retributiva y expiatoria, predominaba la idea de que era una rectificación de la cuantía de la pena²⁵⁴, o que era una remisión parcial a título de recompensa legal y no de gracia²⁵⁵, o bien, una interrupción de la ejecución de la pena, que a modo tentativo reemplaza la pena por un acto de cuidado social²⁵⁶. Algunos autores van más lejos y argumentan que ya no es sólo una interrupción de la pena, sino una verdadera modificación de la sentencia²⁵⁷, lo que está vinculado por otros a la tesis del "doble fin" de la pena. Suele sostenerse que si la libertad condicional es una modificación de la sentencia es admisible seguir sosteniendo el fin expiatorio de la pena, pero que si se trata de un acto de ejecución penal esta afirmación ya no es sostenible²⁵⁸.

El criterio que predomina en la doctrina nacional y extranjera es que constituye una forma de cumplimiento de la pena, opinión por la que adelantamos nuestra adhesión desde el título de este párrafo. Nos fundamos para ello, entre otras cosas, en que la li-

²⁵³ Con la ley 11.221 (fe de erratas) pasa al plural: "podrán obtener".

²⁵⁴ LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze*, I, Berlín, 1905, pp. 333-340; FRITZ VAN CALKER, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im System der Freiheitsstrafen*, en "Blätter für Gefängniskunde", T. 33, pp. 107-8; BERNER, *Lehrbuch*, 1886, p. 206.

²⁵⁵ KRIEGSMANN, N. HERMANN, *Einführung in der Gefängniskunde*, Heidelberg, 1912, p. 1; OETKER, FRIEDRICH, *Rechtsgüterschutz und Strafe*, en ZStW, 17 (1897), pp. 493 y ss. (531); WACH, ADOLF, *Die Reform der Freiheitsstrafe*, Leipzig, 1890, p. 54; SCHUMMACHER, W., *Die vorläufige Entlassung (§§ 23-26 StGB) unt. bes. Berücks. der Entwürfe*, Breslau, 1934, pp. 22-26.

²⁵⁶ LENZ, A., *Die anglo-amerikanische Reformbewegung im Strafrecht*, Stuttgart, 1908, pp. 95-98; STREICHER, H., *Die bedingte Entlassung im Österreich*, Diss., Graz, 1923, pp. 71-94.

²⁵⁷ MITTELBACH, HANS, *Die bedingte Entlassung (§ 26 StGB)*, en JR, 1956, pp. 165-9.

²⁵⁸ Así, DREHER, EDUARD, en JR, 1955, pp. 30-31.

bertad condicional debe ser conceptuada como una "suspensión *parcial*" de la privación de libertad, parcialidad que se da en dos sentidos diferentes, es decir, no sólo porque se otorga después de un cumplimiento parcial, sino también porque no es una suspensión total, en el sentido de que el condenado recupere totalmente su libertad, toda vez que queda sometido a una serie de limitaciones, entre las que no se puede pasar por alto la limitación de residencia, que incluso es una pena independiente en la legislación comparada. Puesto que el sujeto se encuentra limitado en su libertad, ello importa que no la ha recuperado totalmente y, por ende, la condena se sigue cumpliendo y la pena privativa de libertad también. Por otra parte, el ap. c) del art. 8 la ley penitenciaria nacional consagra el "egreso anticipado por medio de la libertad condicional" como parte del "período de prueba" en la ejecución penal.

Tal es el criterio que sostiene entre nosotros la doctrina dominante. Soler afirma rotundamente que "forma parte de la pena"²⁵⁹. Fontán Balestra dice "que es una forma de cumplir las penas privativas de libertad, cuyo rigor se atenúa gradualmente en el sistema progresivo hasta ser mínimo en el período de liberación condicional"²⁶⁰. Gómez afirma que la libertad condicional no extingue las sanciones, sino que es un modo de cumplirlas²⁶¹. Pese a que González Roura la confundía con la condena de duración indeterminada, decía que constituye la manera práctica de realizarla²⁶². Gavier afirma que es "una fase del cumplimiento de la respectiva pena"²⁶³. Malagarriga decía que "la liberación condicional no es más que una ejecución especial de las penas de reclusión o de prisión"²⁶⁴. En el mismo sentido se expresa Daien: "el liberado no deja de ser un sancionado, sigue con el cumplimiento de la pena impuesta, pero ejecutándola en libertad"²⁶⁵. Chichizola sostiene que "siendo la libertad condicional una forma de cumplir las penas privativas de libertad, ella no modifica la sentencia condenatoria, que permanece inalterable"²⁶⁶. La misma tesis predomina en la doctrina española²⁶⁷. En Alemania se pronuncia también gran parte de la doctrina en igual sentido, afirmando Jescheck

²⁵⁹ SOLER, II, 384.

²⁶⁰ FONTÁN BALESTRA, III, 349; en sentido análogo, TERÁN LOMAS, II, 421.

²⁶¹ GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado*, I, p. 618.

²⁶² GONZÁLEZ ROURA, II, p. 250.

²⁶³ GAVIER, en nota a MANZINI, IV, p. 127.

²⁶⁴ MALAGARRIGA, I, p. 127.

²⁶⁵ DAIEN, SAMUEL, op. cit., p. 101.

²⁶⁶ CHICHIZOLA, MARIO I., *La individualización de la pena*, Bs. As., 1967, p. 158.

²⁶⁷ Cfr. RODRÍGUEZ DE VESA, 798; DEL ROSAL, 644-5.

que es "una medida de ejecución penal"²⁶⁸. Schönke-Schröder afirman contundentemente que "su esencia es la de una medida de ejecución penal y no una revisión del juicio en forma de modificación posterior de la sentencia penal. No se trata de una ulterior comprobación de que la cuantificación de la pena del juicio haya sido errónea, sino de una tentativa de resocialización del autor mediante la renuncia a una parte de la ejecución"²⁶⁹. El mismo criterio domina en un amplio sector de la doctrina suiza²⁷⁰ y en ese mismo sentido coinciden completamente los penalistas brasileños²⁷¹.

En una concepción moderna de las penas privativas de libertad, no puede identificarse en forma absoluta la pena con el encierro. El encierro es la manifestación máxima de ella, en la cual se cumple la mayor parte de las fases ejecutivas, pero el último tramo de la ejecución tiene lugar con restricción ambulatoria, aunque sin encierro. En este sentido, la libertad condicional *no implica una modificación de la condena, sino una forma de cumplimiento de la misma*. Lo contrario implica una adhesión a la concepción retributiva y expiatoria de la pena privativa de libertad y lleva a aproximar los institutos de la libertad condicional con la condena condicional, que se distinguirían porque en uno se prescinde parcialmente de la pena y en el otro totalmente.

Entre nosotros fue Díaz quien sostuvo que la libertad condicional importa una modificación de la sentencia²⁷². Núñez afirma que como suspende el encierro implica una interrupción de la pena de encierro²⁷³, pero como bien apunta Chichizola, "nosotros no decimos que sea una forma de cumplir la pena de encierro sino de cumplir las penas privativas de libertad, cuyo rigor —en cuanto implican restricciones a la libertad individual— se atenúa gradualmente en el sistema progresivo hasta ser mínimo en el período de libertad condicional"²⁷⁴. El criterio de Núñez es seguido por Caballero²⁷⁵ y De la Rúa²⁷⁶, afirmando el primero —en

²⁶⁸ JESCHECK, 684.

²⁶⁹ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 181.

²⁷⁰ STURZENEGGER, HUBERT, *Die bedingte Entlassung in schweizerischen Strafrecht*, Diss., Zürich, 1954, p. 52 y bibliog. allí cit.

²⁷¹ SALGADO MARTINS, 385; GARCÍA, BASILEU, II, 556; DAMASIO E. DE JESÚS, *Direito Penal*, I, S. Paulo, 1978, 580; PIZZOTTI MENDES, NELSON, *Direito Penal*, 1974, p. 185; ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, S. Paulo, 1938, II, 128; etc.

²⁷² DÍAS, EMILIO C., pp. 59-60.

²⁷³ NÚÑEZ, II, 394.

²⁷⁴ CHICHIZOLA, MARIO I., op. cit., p. 158.

²⁷⁵ CABALLERO, JOSÉ S., op. cit., p. 79.

²⁷⁶ DE LA RÚA, p. 176; igual ARCIBAY MOLINA, II, 215.

consonancia con su punto de vista— que la libertad condicional se hallaría muy próxima a la condena condicional²⁷⁷.

Pese a lo expuesto, queda en pie un problema que no podemos pasar por alto quienes consideramos que la libertad condicional constituye una parte del cumplimiento de la pena. Esta explicación parecería obstar a que la revocación de la misma importe el cumplimiento efectivo de toda la privación de libertad con encierro que el autor no haya cumplido y no únicamente de la parte que le restaba cumplir en libertad condicional.

En este sentido, podría sostenerse que la libertad condicional, por significar una eventual prolongación de la pena, importa una modificación de la condenación. No obstante, no creemos que ésta sea la explicación correcta. Cuando la ley prevé esta etapa de la ejecución, ya tiene establecido que una de sus fases sólo podrá tener lugar en el supuesto en que el condenado haga uso de la opción que la ley le otorga y que, en caso de incumplimiento puede prolongarse la ejecución. Esta opción que se le ofrece al condenado a cierta altura del cumplimiento de la pena, forma parte de la ejecución de cualquier pena privativa de libertad dada en las condiciones legales requeridas, de modo que no es una modificación de la condena, sino una forma de ejecución de la misma, opcional para él que la sufre, en razón de que es susceptible de dar lugar a una eventual prolongación. La solución sería discutible si la etapa de libertad se le impusiese al condenado, pero es inobjetable desde que sólo se le da la opción de solicitarla y someterse a ella.

Para obviar el problema se han propuesto soluciones alambicadas, como la de considerar que hay “presión penal” sin “coerción penal”, lo que nos parece casi ininteligible. Sturzenegger dice que “el tiempo de libertad condicional mismo puede, pese a los puntos de vista dominantes en los conceptos penales, no ser caracterizado como “tiempo de pena”, pero bien puede hablarse de ultradesarrollo de la presión de la pena sin ejercicio de la coerción penal”²⁷⁸, expresión que toma de Ötker y que nos parece sumamente oscura²⁷⁹, puesto que desde que el sujeto debe fijar domicilio y cumplir una serie de condiciones, no nos cabe duda que se ejerce sobre él una coerción penal.

²⁷⁷ CABALLERO, JOSÉ S., op. cit., p. 78; igual en Alemania, HORN, en RUDOLPHI y otros, p. 418.

²⁷⁸ STURZENEGGER, HUBERT, op. cit., p. 55.

²⁷⁹ ÖTKER, FRIEDRICH, en “Gerichtssaal”, 87, 161 y ss.

De la naturaleza de parte del cumplimiento de la pena que la libertad condicional presenta, se deduce que el tribunal competente para concederla es el tribunal que impuso y que controla la ejecución. En caso de unificación, será el tribunal que dictó la pena única ²⁸⁰.

La libertad condicional hace cesar la incapacidad civil del art. 12 del código penal, pero ello no significa que esa incapacidad sea una consecuencia necesaria de la mera privación de libertad, sino que se trata de una pena accesoria de la privación efectiva de libertad, como veremos en su momento, que cesa al recuperar el sujeto la libertad, por simples razones político-criminales: si el sujeto es beneficiado con esa libertad como modo de facilitar su reinserción social, sería absurdo que se intentase ese objetivo sin dotarlo de la capacidad civil para lograrlo.

606. El derecho a la libertad condicional. Una de las discusiones peor planteadas en torno de la libertad condicional es la pregunta acerca de si se trata de un "derecho" que le asiste el condenado. En rigor, cuando nos detenemos a analizar el arsenal argumental que emplean uno y otro bando, descubrimos que lo que se discute es otra cosa. En efecto: nadie puede dudar de que la libertad condicional es un beneficio. Cuando se hallan reunidos los requisitos para el mismo, el condenado tiene derecho a reclamarlo y el tribunal tiene el deber de acordarlo. Lo contrario implicaría sacar a la libertad condicional del ámbito de los actos judiciales y remitirla a la categoría de un acto político, es decir, del uso de una facultad casi arbitraria del tribunal, que acercaría su naturaleza a la de la gracia o perdón. Verdaderamente, no creemos que ninguno de los que sostienen "que no es un derecho del condenado" pretende que es una facultad política del tribunal, lo que, por otra parte, sería inconstitucional, puesto que invadiría un ámbito reservado al Poder Ejecutivo.

La cuestión que con este nombre se plantea es otra muy distinta: *se trata de saber si los requisitos para la obtención de la libertad condicional son únicamente los que se hallan en el texto legal o si a ellos cabe agregar —o si por "observancia regular de los reglamentos" cabe entender— que el tribunal debe tomar en cuenta la peligrosidad del condenado y el grado de resocialización alcanzado.* Resulta muy claro que este problema no puede plantearse

²⁸⁰ Cfr. DE LA RÚA, 168; NÚÑEZ, II, 398.

preguntando si se trata o no de un derecho, puesto que, cualquiera sea la respuesta, siempre se tratará de un derecho del condenado y de un deber del tribunal. La diferencia fincará en que para unos, el derecho surge cuando el condenado haya acreditado su baja peligrosidad o alta recuperación, en tanto que para otros el condenado tiene el derecho a reclamarla sin necesidad de acreditar esto. Se trata, pues, en definitiva, de una discusión acerca de cuáles son los requisitos de la libertad condicional.

El problema halla su origen en la crítica de Herrera, que planteó equivocadamente la cuestión. Al criticar el proyecto de 1906, decía Herrera: "El proyecto establece en su art. 18, como un *deber* de la autoridad judicial, conceder la liberación siempre que se haya cumplido tal periodo de pena *observando con regularidad los reglamentos penales*. Es un profundo error; hacer depender la liberación del cumplimiento de los reglamentos, es dar una prima a la hipocresía y nada más. En otra parte hicimos notar, que es de observación universal que los peores delincuentes, los más temibles, los reincidentes, son los que observan mejor conducta en la prisión; en cambio los que, por primera vez cumplen su pena, los delincuentes de ocasión, son los más difíciles de acomodarse a un régimen a que no están habituados". Su crítica en este aspecto la concluía Herrera afirmando: "No hay que olvidar lo que antes hemos dicho: La libertad condicional no es un *derecho* del condenado, sino un favor que se otorga a los mejores y, de consiguiente, debe ser facultativo para la autoridad el concederla y en ningún caso un *deber*"²⁸¹.

Se puede ver claramente aquí que la existencia o inexistencia de un requisito legal se plantea como si de ello dependiera que la libertad condicional fuese un derecho con el correlativo deber del tribunal, o bien una facultad arbitraria de este último. Igual confusión se registra en Gómez, quien afirma que es una "facultad del tribunal"²⁸².

Daíen planteó entre nosotros el problema en términos claros: o es un derecho o es una gracia²⁸³, es decir, o bien el tribunal tiene el deber de concederla frente al cumplimiento de los requisitos legales, o bien el tribunal tiene un mero derecho de gracia. Con evidente violación de la lógica jurídica le respondía Jiménez de Asúa, afirmando que "está ya en vías de superación la elegante pareja indisoluble de deber-derecho"²⁸⁴. Tampoco convencen los criterios que pretenden hallar en esto una "facultad reglada", porque tal facultad "reglada"²⁸⁵ nos parece una *contradictio in adjectio*: se regulan los requisitos que debe reunir el condenado para obtener la libertad; cuando el juez comprueba que se hallan reunidos,

²⁸¹ HERRERA, JULIO, 209-210.

²⁸² GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado*, I, 619; igual CHICHIZOLA, MARIO I., *op. cit.*, p. 159.

²⁸³ DAIEN, SAMUEL, *op. cit.*, pp. 156-164.

²⁸⁴ EN DAIEN, *op. cit.*, p. 21.

²⁸⁵ ASÍ CABALLERO, *op. cit.*, p. 91; parecería ser similar la opinión de FONTÁN BALESTRA, III, 348.

no puede negar la libertad, pues de lo contrario nada tendría eso de "reglado".

Aclarada esta confusión de problemas, creemos que la libertad condicional es un derecho del penado, al que corresponde el correlativo deber del tribunal de otorgarla, cuando se hayan reunido los requisitos legales²⁸⁶, lo que incluso ya se había aclarado respecto de la "gracia" del código de 1886²⁸⁷. La expresión "podrán" del art. 13 no puede entenderse en el sentido de que aunque el procesado reúna todos los requisitos el tribunal se la pueda negar, porque eso es contrario al principio republicano de gobierno, que impone la racionalidad de todos los actos del poder público. "Podrán" es expresión que sin duda se refiere al condenado, quien, por cierto, "puede" solicitarla²⁸⁸.

El Senador Angel Rojas, al cambiar la expresión, estaba pensando en los antecedentes suizos. Pasados los años, el proyecto suizo se materializó y el CP suizo consagra ahora la fórmula que establece que "la autoridad competente puede liberarlo condicionalmente" (art. 38). En Suiza no se plantea siquiera la cuestión acerca de si se trata de un derecho del condenado o de una facultad del tribunal²⁸⁹. En la Argentina tampoco debería plantearse si se formulase el interrogante en términos correctos: no se trata de saber si es un deber o una facultad del tribunal, sino que de lo que se trata es de saber si nuestra ley, tácitamente, requiere "que se pueda presumir que mantendrá una buena conducta también fuera" del establecimiento, que es una exigencia expresa del art. 38 del CP suizo.

En este sentido creemos que es Núñez quien ha visto el problema con mayor claridad: cuando el penado se encuentra en las condiciones exigidas por los arts. 13, 14 y 17, la fórmula "podrán obtener" no faculta a la autoridad a decidir por sí o por no, sino que faculta al penado para acogerse al beneficio²⁹⁰.

En síntesis, creemos que carece de todo sentido plantear la pregunta acerca de si el tribunal tiene el deber de disponerla cuando se hallan reunidos los requisitos legales, al menos si se descarta que tenga carácter graciable. Por otra parte, tampoco creemos que se puedan añadir requisitos que la ley no contiene, es decir, negarla

²⁸⁶ Cfr. GONZÁLEZ ROURA, II, 249; DÍAZ, EMILIO C., p. 75; DAIEN, SAMUEL, op. cit., p. 98; GARICOFFITZ, FERMÍN, *La libertad condicional*, Montevideo, 1932, p. 31; NÚÑEZ, *Manual*, 348.

²⁸⁷ V. fallo de la Corte Suprema en GONZÁLEZ ROURA, II, 266.

²⁸⁸ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 349.

²⁸⁹ V. SCHULTZ, II, 38-40.

²⁹⁰ Cfr. NÚÑEZ, loc. cit.

por cualquier fundamento distinto de la falta de un requisito legal²⁹¹. Cuestión distinta es la del alcance que deba darse al contenido de cada uno de estos requisitos, que es problema del que pasamos de inmediato a ocuparnos.

607. Requisitos para la obtención de la libertad condicional. El primer y más importante requisito para la obtención de la libertad condicional consiste en que el condenado haya cumplido una parte de su pena con encierro en un establecimiento penitenciario. Este período es de veinte años para los condenados a prisión o reclusión perpetua, los dos tercios de la pena para los condenados a prisión o reclusión temporal superior a tres años, un año para el condenado a reclusión por tres años o menos y ocho meses para el condenado a prisión por tres años o menos. El carácter primordial que reviste este requisito proviene, precisamente, de la naturaleza jurídica de la libertad condicional, es decir, obedece a que ésta es el cumplimiento de una última etapa de pena.

No obstante, puede suceder que el condenado no haya estado sometido nunca a tratamiento penitenciario, puesto que por aplicación del art. 24 CP puede tener cumplido el plazo de privación de libertad con la prisión preventiva al momento de la sentencia. La ley no le niega en este supuesto la libertad condicional, puesto que la prescindencia de sometimiento al régimen de ejecución no es imputable al procesado, sino al proceso y a su regulación, que están en manos del Estado. Es jurisprudencia plenaria de la Capital que procede la libertad condicional aún cuando el condenado no haya sido sometido a régimen carcelario²⁹², lo que, por la apuntada razón, nos parece correcto.

Pese a que la libertad condicional es concedida computando el tiempo de la prisión preventiva conforme a la regla del art. 24, toda vez que se trata del cumplimiento de una parte de la pena, resulta indispensable que sea otorgada a un penado, es decir, a quien se halla condenado por sentencia firme²⁹³. Queda claro que una cuestión distinta es que se pueda conceder la excarcelación a un procesado bajo las mismas condiciones de la libertad condicional, lo que es una cuestión procesal y que tiene prevista la ley de forma de la Capital. Este es un instituto procesal y la jurispuden-

²⁹¹ Ibidem.

²⁹² Plenario "López Coto", en JA, 1955-IV-280.

²⁹³ Cfr. SOLER, II, 384; CCCap., Sala 3ª, causa 1114, 11-VIII-1961.

cia ha resuelto que la excarcelación debe mantenerse mientras se tramita la libertad condicional, en caso de sentencia condenatoria ²⁹⁴.

Un problema sumamente discutido se plantea en el supuesto de conmutación de pena, puesto que se duda si el cómputo debe hacerse sobre la cuantía de la pena originariamente impuesta, o bien, sobre la que el condenado debe sufrir efectivamente, es decir, descontando la parte conmutada. En el último tiempo se ha impuesto este segundo criterio, que es el que consideramos acertado. Desde que la libertad condicional es una forma de cumplir la pena, no puede negarse tomando como base para el cálculo una pena que el condenado no debe cumplir.

Se argumentaba que como la conmutación no modifica la "condena", no puede tomarse en cuenta la conmutación ²⁹⁵. Sin embargo, tiene razón Soler cuando afirma que por "condena" puede entenderse la sentencia, pero también, en un sentido del lenguaje más usual, la "extensión y grado de la pena" ²⁹⁶. En rigor, creemos que los sentidos son tres: sentencia condenatoria, pena impuesta en ella y cuantía de esa pena. De estos tres sentidos, nuestra ley es clara cuando quiere referirse al acto mismo de condenar, esto es, a la sentencia, pues en tal caso usa la voz "condenación", como sucede en los arts. 26 y 27. En este caso se nos hace evidente que la ley quiere referirse al cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia y no al cumplimiento de la sentencia misma. De otra forma, su interpretación resultaría absurda: el cumplimiento, por ej., de los dos tercios de una sentencia, implicaría el cumplimiento de los dos tercios de las penas de multa o de inhabilitación a que también fuera condenado el sujeto, lo que es a todas luces inadmisibile.

Si por reducción al absurdo vemos que la palabra "condena" no está usada en sentido técnico de "sentencia", sino en el de cuantía de la pena —sentido que también es gramaticalmente admisible— y también limitada a la pena privativa de libertad, queda por ver si esta cuantía debe establecerse conforme a la sentencia o al cómputo que resulte después de la conmutación. Puesto que la condena —en el sentido de cuantía y grado de la pena— no es establecida únicamente por el Poder Judicial en nuestro sistema constitu-

²⁹⁴ Plenario "Aranda", 31-V-1974, en LL, 15-VII-1974.

²⁹⁵ Así, GÓMEZ, EUSEBIO, I, 691; RAMOS, JUAN P., *Curso*, Bs. As., 1928, IV, 175.

²⁹⁶ SOLER, II, 386.

cional, sino que también puede contribuir a determinarla el Poder Ejecutivo, con un acto de autoridad, y ambos son poderes del Estado, que es el que en definitiva, actuando con unidad, determina la pena²⁹⁷, el criterio de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacionales²⁹⁸ es el correcto.

El segundo requisito para la obtención de la libertad condicional es la *observancia con regularidad de los reglamentos carcelarios*. Este es quizá el precepto que más se ha criticado de la ley vigente. No obstante, creemos que el mismo es una garantía de gran importancia para el instituto que nos ocupa y que presenta un avance de la seguridad jurídica frente a fórmulas harto nebulosas que se le oponen.

La expresión fue introducida por el proyecto de 1891, que la consideraba "una modificación, que hemos juzgado indispensable, de los términos *"hubiese dado pruebas de una reforma positiva"*, usados en los arts. 73 y 74 del Código Penal. Estos términos carecen de precisión, como lo hemos indicado más arriba. Son ellos mismos una modificación de los empleados en los arts. 99 y 100 del proyecto Tejedor, los que eran a su vez una traducción modificada del art. 12 del código de Baviera²⁹⁹. Tomar como término de apreciación de la conducta del penado una observancia regular de los reglamentos carcelarios, nos parece una fórmula aún más precisa que la del código italiano ("y haya tenido tal conducta que haga presumir su arrepentimiento"); y que la del húngaro ("si por su buena conducta y aplicación han fortificado la esperanza que se había concebido en su enmienda"). Los reglamentos carcelarios pueden disponer, a este propósito, la anotación del número de faltas de aplicación al trabajo, a la disciplina, etc., que sean imputables al penado"³⁰⁰.

Los "reglamentos carcelarios" son, básicamente, las pautas que determina la ley penitenciaria nacional y las reglamentaciones que

²⁹⁷ Ibidem.

²⁹⁸ Cfr. NÚÑEZ, II, 399; DAIEN, 270; FONTÁN BALESTRA, III, 356; CABELLERO, 130; CHICHIZOLA, 471; DE LA RÚA, 181; FIERRO, GUILLERMO J., *El indulto y su interpretación jurisprudencial*, en NPP, octubre-diciembre 1976, pp. 556-7. La jurisprudencia alemana sostiene la tesis opuesta. (V. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 182.)

²⁹⁹ El art. 12 del código de Baviera decía: "En la condenación por tiempo indeterminado, queda al condenado la esperanza, a través de un mejoramiento efectivamente conocido, de ganarse nuevamente su libertad. Especialmente si el mismo, durante su tiempo de pena, en diez años como mínimo, demuestra una señalada e ininterrumpida laboriosidad, si no tiene castigo por maldad o desobediencia culpable, y ha dado pruebas irrefragables de mejor temperamento, puede el mismo, después del curso de diez y seis años de pena, esperar su perdón".

³⁰⁰ Proyecto, 1891, p. 34.

se dicten para la resocialización del condenado. El cumplimiento del reglamento carcelario no es la mera disciplina del interno, sino también la forma en que éste va progresando en el tratamiento. La precisión de estos conceptos la hace la ley penitenciaria nacional (arts. 50 a 53), estableciendo que se calificará la disciplina (conducta) y el grado de recuperación (concepto), y *aclarando que es el concepto el que se tomará en cuenta para la libertad condicional*.

La ley penitenciaria nacional en su art. 50 dispone: "El interno será calificado de acuerdo a la conducta que observa. Se entenderá por conducta la manifestación exterior de su actividad en lo que respecta a su adaptación a las normas disciplinarias". Art. 51: "Se calificará asimismo al interno de acuerdo al concepto que merezca, según lo que se deduzca, partiendo de las manifestaciones de su conducta, sobre su carácter, tendencia, moralidad o demás cualidades personales, con objeto de formular un juicio sobre el grado de recuperación alcanzado". Art. 52: "La calificación de conducta y concepto será formulada de conformidad con la siguiente escala: a) Ejemplar; b) Muy buena; c) Buena; d) Regular; e) Mala; f) Pésima". Art. 53: "La calificación de conducta tendrá valor y efectos para el otorgamiento de ventajas tales como recibir visitas, correspondencia, participar en actividades recreativas y otras prerrogativas que los reglamentos establezcan. La calificación de concepto servirá de base para la concesión de beneficios tales como las salidas transitorias, la libertad condicional, la conmutación de la pena y el indulto".

Las críticas que se le han formulado al art. 13 CP en este aspecto, especialmente las de Herrera³⁰¹, no van dirigidas contra lo que dispone nuestro CP, sino contra todo el sistema de ejecución progresivo.

No podemos olvidar que la libertad condicional es, en nuestro sistema penal, de aplicación judicial. El tribunal —que en cada caso será el que las leyes procesales determinen (los Juzgados de Sentencia en la Capital Federal, las Cámaras Penales de única instancia en la mayor parte de la República)—, debe resolver "previo informe de la dirección del establecimiento", según lo dispone taxativamente el art. 13 CP. Este será el informe que versará sobre el concepto del penado. Si bien el tribunal no tiene la posibilidad de constatar personalmente el contenido de este informe, no podemos olvidar que cada establecimiento debe tener "un organismo técnico-criminológico, del que tome parte por lo menos un

³⁰¹ HERRERA, JULIO, 209; se hace eco de esos argumentos, NÚÑEZ, II, 401.

médico psiquiatra con versación en criminología” (art. 104, ap.b, ley penitenciaria nacional). Por otra parte, el control jurisdiccional del cumplimiento de la ley penitenciaria nacional permite al Poder Judicial constatar el normal funcionamiento de este organismo técnico-criminológico.

Por otra parte, el Director del establecimiento, en su informe, que no puede menos que provenir del organismo técnico-criminológico en la ley penitenciaria nacional vigente, debe actuar como asistente del tribunal, es decir que ese informe no puede limitarse a consignar la calificación del concepto del interno, sino que debe precisar los hechos en que esa calificación se basa, con amplia circunstanciación. El vicio práctico de comunicar simplemente la calificación de la conducta no cumplimenta lo requerido por la ley, puesto que el juez puede apartarse fundadamente de la calificación. De lo contrario no tendría ningún sentido y utilidad que fuese el Poder Judicial el encargado de conceder la libertad condicional.

Debe quedar bien entendido que la facultad judicial de apreciar los hechos de que da cuenta el informe de modo diferente a como lo haya hecho la autoridad penitenciaria no significa que el tribunal pueda basarse en hechos o circunstancias por completo ajenas al tratamiento del penado privado de libertad, como frecuentemente ha hecho nuestra jurisprudencia, que se atuvo a la “naturaleza del delito”, a los “antecedentes penales”, a la “personalidad”, a los “antecedentes de la causa”, a “un pronóstico serio de peligrosidad”, etc.³⁰². Precisamente la ventaja que vemos a la fórmula del art. 13 CP, es su estricta referencia a los resultados del tratamiento penitenciario en base a datos objetivos, lo que con semejantes excesos jurisdiccionales queda neutralizado.

Entendemos que cuando de los hechos de que da cuenta el informe respectivo surge que el condenado ha tenido un discreto sometimiento al régimen penitenciario, el tribunal no está facultado para agregar circunstancias que sean ajenas al tratamiento penitenciario del sujeto, puesto que estaría usurpando una función que es propia y exclusiva del legislador. La jurisprudencia que pretende valerse de criterios tales como la “defensa social”, la “alarma social producida por el hecho”, la “peligrosidad demostrada en el hecho”, etc., implica a este respecto una integración de la ley penal, expresamente vedada por la Constitución.

³⁰² Sobre estos criterios jurisprudenciales, DE LA RÚA, 143.

La calificación de la conducta del condenado a los efectos de la obtención de la libertad condicional debe hacerse, como ya lo expusimos, en base a los hechos que fundan el concepto, tal como lo disponen los arts. 51, 52 y 53 de la ley penitenciaria, pero esto no es factible cuando se trata de penados que no han estado sometidos a régimen penitenciario, sino que solicitan su libertad condicional en razón de que al tiempo de la sentencia han cumplido la parte correspondiente de la pena en prisión preventiva, por aplicación del art. 24 del código penal. En estos casos se hace necesario remitirse al informe de disciplina del instituto de detención en que el penado ha permanecido alojado durante el proceso³⁰³. En tales supuestos, tampoco puede tomar el tribunal como determinante la calificación del instituto de detención, sino únicamente los hechos que fundan la misma, puesto que no puede el tribunal pasar por alto que se trata de una mera calificación disciplinaria.

Respecto de la valoración que implica determinar si el penado ha cumplido con regularidad los reglamentos, la regla general, en cualquier caso, debe partir del principio de que en nuestro sistema la autoridad que concede la libertad condicional es la judicial y no la administrativa. De ello se deriva que el tribunal siempre debe tomar como base de la valoración los hechos de que da cuenta la autoridad penitenciaria referidos al cumplimiento de la pena o de la detención y determinar, si las violaciones a los reglamentos son de gravedad tal que denotan que el penado no ha hecho ningún progreso que señale un mayor grado de readaptación. De allí que una regular adaptación al régimen sea suficiente para tener por cumplimentado el requisito.

Una de las cuestiones que la ley no responde expresamente es la referente al período durante el cual el sujeto debe haber cumplido con regularidad los reglamentos, es decir, que si ese cumplimiento debe extenderse a todo el tiempo durante el cual haya permanecido efectivamente privado de libertad, ello implicaría que quien haya violado los mismos en las primeras etapas de la ejecución, ya luego jamás podría recuperar el derecho a obtener la libertad condicional. Nos parece que este criterio no es aceptable, puesto que en el caso de los multi-reincidentes del art. 52 el mismo código prevé la posibilidad de una reiteración del pedido de libertad condicional. Siendo ello así para los multi-reincidentes, nos parece absurdo que a los primarios —teniendo en cuenta que los re-

³⁰³ CCCap., Sala 3ª, causa 624/60, 5-IV-1960.

incidentes no pueden beneficiarse con la libertad condicional— el mismo código les niegue la posibilidad de una posterior enmienda en el curso de la ejecución, que les abra la vía para la obtención de la misma.

Núñez sostiene lo contrario, afirmando que la solicitud de libertad condicional no es reiterable. Se basa en que “el beneficio de la libertad condicional no sólo supone un primer período determinado de prueba para concederla, sino también un segundo igualmente determinado de prueba de la conducta del penado en libertad, el cual se disminuye si se prorroga el momento de iniciación del primero³⁰⁴. Nos parece criticable este criterio porque un condenado a reclusión perpetua puede obtener su libertad antes que uno condenado a prisión temporal, que hubiese intentado fugarse al comienzo de la ejecución: el condenado a 25 años de prisión que hubiese intentado fugarse a los seis meses de estar detenido, tendrá que esperar 24 años y seis meses para salir en libertad, por ejemplar que sea su conducta en ese tiempo; en lugar, el condenado a reclusión perpetua podrá egresar a los 20 años de buen cumplimiento. Por otra parte, el argumento de Núñez sería válido para los condenados a penas temporales, pero no tendría vigencia para los condenados a perpetuidad: si un condenado a perpetuidad intenta fugarse al año y luego tiene veinte años de cumplimiento regular, la circunstancia de que se le conceda la libertad condicional a los 21 años no afecta para nada el plazo de cinco años de condicionalidad del último párrafo del art. 13 CP.

El art. 14 del código penal establece otro requisito para la concesión del beneficio, consistente en que *el penado no sea reincidente*: “La libertad condicional —dice— no se concederá a los reincidentes”. El concepto de reincidencia está usado en sentido técnico estricto, de modo que debemos atenernos a lo dispuesto por el art. 50, excluyendo del mismo al que se hubiese beneficiado con el transcurso de los plazos señalados en el último párrafo del mismo. Por otro lado, dado que la reincidencia surte el efecto de agravar la pena, se impone que el sujeto haya sido considerado reincidente en la sentencia condenatoria, pues de lo contrario la libertad condicional se estaría negando con base en una circunstancia modificatoria de la condena, cuando sólo puede resolverse tomando la condena tal como fue impuesta en la sentencia.

Es al menos discutible que la condena por delito cometido antes que el procesado haya cumplido los veintiún años de edad pueda obstar al beneficio, aunque mediase declaración de reinci-

³⁰⁴ NÚÑEZ, II, 405-6.

dencia, puesto que la negativa del mismo constituye siempre una agravación de la pena, que está vedada por el art. 51 CP.

En el caso del reincidente condenado a pena privativa de libertad perpetua, conforme al principio constitucionalmente derivado de que no puede haber pena realmente perpetua, tampoco puede negársele este beneficio, sólo que creemos que debe serlo conforme a las normas del art. 53 del CP.

Otro de los requisitos legales, establecido en el art. 17, demanda que *la libertad condicional no le haya sido ya revocada* al sujeto: "Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente". La equívoca redacción de esta disposición puede dar lugar a entender que la revocación de la libertad condicional otorgada para el cumplimiento de la pena por cualquier delito impedirá en el futuro que el sujeto se beneficie con la libertad condicional en la ejecución de cualquier otra pena que se le imponga en el curso de su vida. Esta interpretación nos parece inadecuada, entre otras cosas porque de ser ella verdadera, sería más generoso el art. 53, especialmente después de la reforma introducida por el decreto-ley 20.942/44³⁰⁵. Por consiguiente, entendemos que la interpretación correcta es la que prohíbe que pueda obtener nuevamente el beneficio, únicamente quien ha sufrido la revocación del antes concedido para la ejecución de esa pena. En otros términos, opinamos que nada impide la concesión para la ejecución de otra pena posterior la revocación sufrida en la ejecución de una pena anterior³⁰⁶.

Esta previsión aparece en el art. 23 del proyecto de 1891, que pasó a ser art. 22 del proyecto de 1906 y art. 17 del proyecto de 1917, sin que ninguna exposición se refiriese al mismo. El proyecto de 1891 citaba como referencia el art. 15 del código holandés. En realidad, se trata del art. 15 ap. 4 del código holandés de 1881, que establecía esta prohibición cuando se refería a la revocación de la libertad condicional, lo que da idea de que la prohibición se limitaba al cumplimiento de la misma pena. Esa disposición holandesa influyó en el código Zanardelli, que sin lugar a dudas consagró la solución en el sentido que postulamos en la parte final del ap. 1° de su art. 17.

Incluso puede haber casos en que se revoque la libertad condicional por desaparecer la pena unificada con otra, en que esa

³⁰⁵ Cfr. FONTÁN BALESTRA, III, 359.

³⁰⁶ Cfr. NÚÑEZ, II, 407; CABALLERO, JOSÉ SEVERO, p. 171.

revocación no puede obstar a una nueva obtención de la misma. En el supuesto de un sujeto condenado por un delito, que obtiene la libertad condicional, pero que luego es condenado por otro delito anterior o cometido antes de la primera sentencia condenatoria y se le unifica la pena, en forma que el tiempo de prisión sufrido no llegue a ser el legalmente requerido para obtener la libertad condicional en la pena única, no hay razón alguna para negarle el beneficio cuando haya completado en prisión el plazo correspondiente.

El último requisito a que puede quedar sometida la concesión de la libertad condicional debe ser cumplido por el tribunal en el momento de concederla, consistiendo en *la fijación judicial de la parte de los salarios que el condenado debe destinar a la reparación del daño*. El inc. 4º del art. 29 dice: "Cuando la reparación civil no se hubiese cumplido durante la condena o cuando se hubiese establecido a favor del ofendido o de su familia una pena de indemnización, el juez, en caso de insolvencia señalará la parte de los salarios del responsable que debe ser aplicada a dichas obligaciones, antes de proceder a concederle la libertad condicional". Dentro del concepto de indemnización no quedan abarcadas las costas³⁰⁷.

Cabe observar que el requisito consiste únicamente en la fijación de la parte que debe destinar a ese efecto, pero que en modo alguno queda subordinada la libertad condicional al pago, puesto que el pago no es requisito para concederla ni su falta constituye causal de revocación³⁰⁸.

608. Condiciones a que queda sometida la libertad. La libertad del penado queda condicionada al cumplimiento de los cinco recaudos establecidos por el mismo art. 13, en sus cinco incisos respectivos de la parte final del primer párrafo.

La primera de ellas es la de "*residir en el lugar que determine en el auto de soltura*". La fijación de la residencia tiene por objeto posibilitar la mejor vigilancia del condenado y, por consiguiente, no tiene por qué ser el lugar del domicilio habitual del condenado ni tampoco el de la sede del tribunal. Razones fundadas, principalmente la de facilitar el cumplimiento de la condición impuesta por el inc. 3º del mismo artículo, pueden determinar que el lugar sea otro. Precisamente, el proyecto de 1891 establecía la obligación de

³⁰⁷ Cfr. FONTÁN BALESTRA, III, 359.

³⁰⁸ GONZÁLEZ ROURA, II, 309, parece entender mal el alcance de este requisito.

“residir en el distrito en que esté situado el presidio, durante el resto de la condena” (art. 20, inc. 1º), disposición que fue cambiada en el sentido del texto vigente en el proyecto de 1906 (art. 18 inc. 1º). La disposición vigente es correcta en cuanto que no limita la residencia, facultando al tribunal para una racional valoración de las circunstancias que llevan al penado a solicitar que en el “auto de soltura” se le fije en cualquier punto del país. Como bien observa Daien, no se trata de una excarcelación en que, dado su carácter precautorio, el requisito cobra un sentido diferente³⁰⁹.

El inciso 2º del art. 13 es el de redacción más defectuosa, porque parece contradecirse en forma inextricable. El referido dispositivo dice: “*Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas*”. Este requisito es el que “exterioriza el verdadero objeto de la libertad condicional”³¹⁰, sólo que parece quedarse a mitad de camino y no haber sido bien comprendido en nuestra práctica judicial. Lo cierto es que la disposición padece una grave inconsecuencia, puesto que las “reglas de inspección” parecen ser las reglas a que debe someterse para que se controle su buena conducta, pero la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas, en modo alguno es una “regla de inspección”. “Inspeccionar” equivale a “vigilar” o “supervisar” y, por consiguiente, “reglas de inspección” son las reglas a que debe someterse para la vigilancia, pero no son las reglas de conducta que debe mantener y que el organismo competente debe vigilar. De allí se deduciría que el tribunal no puede imponerle ninguna regla de conducta especial, como por ejemplo la de concurrir a un establecimiento de alfabetización o de capacitación técnica. Sin embargo, el mismo inciso, a renglón seguido, considera “regla de inspección” el abstenerse de bebidas alcohólicas, que es una verdadera pauta o regla de conducta. La ambivalencia o ambigüedad del dispositivo legal es evidente, en forma tal que no aclara en definitiva si el juez o tribunal debe fijar únicamente las pautas de conducta a seguir para que el patronato lo vigile, o bien si tiene la facultad de impartirle instrucciones especiales para su conducta que aseguren el buen término de su proceso de resocialización.

³¹⁰ Ibidem.

³⁰⁹ DAIEN, SAMUEL, op. cit., p. 202.

El objetivo y la naturaleza de la libertad condicional nos lleva a rechazar la tesis limitativa, imponiéndonos la solución según la cual la tesis correcta es la que se deriva de la segunda parte del inciso y según la cual el concepto de "reglas de inspección" no puede ser literal, sino técnico. *La única explicación razonable es que las "reglas de inspección" son las reglas de conducta que debe observar el penado, entre las que tiene especial importancia la de abstenerse de bebidas alcohólicas, cuando la misma sea pertinente.*

Es absurdo creer que el tribunal no puede fijarle reglas de conducta al penado, salvo la de que se abstenga de bebidas alcohólicas, y menos aún que esta regla sea obligatoria en todos los casos. Carece de todo sentido que el penado pueda hacer lo que quiera una vez liberado condicionalmente, con tal que trabaje, viva en un lugar determinado, se someta al patronato y no beba alcohol, pero que pueda frecuentar garitos, permanecer analfabeta, continuar en la misma empresa que le dió ocasión al delito, llevar una vida prostibularia, permanecer indolente frente a la capacitación laboral, descuidar la educación de sus hijos y, sin embargo, todo eso no sea motivo alguno para la suspensión del beneficio con tal que, puritanamente, no se le ocurra excederse involuntariamente —o siquiera consumir simplemente— una bebida alcohólica. Piénsese que puede no tener importancia alguna que se embriague eventualmente el condenado por un delito de retención indebida en cuya criminogénesis nada haya tenido que ver el alcohol.

El art. 20 del proyecto de 1891, el art. 18 del proyecto de 1906 y el art. 13 del proyecto de 1917 establecían únicamente el cumplimiento de las "reglas de inspección". La fuentes que citaba el proyecto de 1891 no revelan claramente que por "reglas de inspección" entendiera "reglas de conducta".

En efecto, el citado proyecto se remitía al art. 94 del código uruguayo, que decía: "Los libertados quedarán sometidos a la vigilancia especial de la autoridad y sujetos a las obligaciones establecidas en el art. 47, hasta que se cumpla el término de la condena. Si tuviesen mala conducta o quebrantasen esas obligaciones, les será revocada la libertad concedida...". El inc. 3° del art. 47 del código uruguayo decía: "La sujeción a la vigilancia de la autoridad produce en el penado las obligaciones siguientes: 3°) Observar las reglas de inspección que aquélla le prefije". Conforme a esta fuente, pareciera que "reglas de inspección" tiene un sentido literal y que "buena conducta" es una cuestión valorativa, que queda librada al tribunal, pero que "reglas de inspección" no son "reglas de conducta". Sin embargo, en el mismo proyecto se citaba como fuente el art. 50 del viejo código húngaro, que sometía la conducta de los liberados a los reglamentos policiales (la primera parte del referido artículo húngaro decía: "Los que se hallaren en libertad provisional revocable, estarán sujetos a los reglamentos de policía en lo referente a su conducta, manera de vivir y residencia").

El agregado de la prohibición de bebidas alcohólicas proviene de la Comisión de Códigos del Senado y no tiene ninguna fundamentación expresa, aunque se decía claramente que había sido tomado del proyecto suizo de 1916³¹¹. Lo cierto es que en el proyecto suizo tenía el claro carácter de una regla de conducta y, además, estaba mencionado únicamente a título ejemplificativo. El vigente código suizo, siguiendo al proyecto, dice en su art. 38: "La autoridad competente puede imponer al liberado, por el período de prueba, determinadas normas de conducta, por ejemplo: abstenerse de bebidas alcohólicas". En la doctrina suiza se afirma que halla "su aplicación práctica junto a la pena accesoria de frecuentar tabernas, con la que puede ir unida si ya en la sentencia ha sido pronunciada. Ella no corresponde sólo a los enfermos alcohólicos, que deben ser sometidos a una legislación especial, sino a todo condenado que siendo en sí inofensivo, ordinariamente y sin alternativa la bebida le inclina a excesos delictivos bajo los efectos de la acción momentánea del alcohol, como aquellos para los que el alcohol introduce el peligro de conducirles a una vida disipada e inútil para el trabajo, fuente de muchos delitos"³¹².

Por consiguiente, los antecedentes de nuestra ley también coinciden con la tesis que sustentamos, conforme a la cual las "reglas de inspección" son las reglas de conducta", que está facultado para dictar el "auto de soltura", es decir, el tribunal. Conforme a esta interpretación amplia se pronuncia Caballero, que dice que "se consideran reglas de inspección las obligaciones positivas o negativas que el juez estime adecuadas para originar el contralor por el tribunal o las autoridades policiales del liberado durante el período de prueba. Tales reglas consisten verbigracia: en presentarse periódicamente al tribunal, o a la autoridad policial de la residencia fijada; dar cuenta a las mismas autoridades o al patronato de que se ejerce oficio o profesión honestos; abstenerse de concurrir a determinados lugares; conservar copia de las condiciones impuestas y exhibirla a la autoridad encargada de la vigilancia, etc."³¹³. Daien se inclina por el mismo criterio y observa que en la mayoría de los casos la resolución no contiene reglas de inspección³¹⁴.

El inc. 3º del art. 13 del CP establece la obligación de "*adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia*". Creemos que la excepción en favor de las personas que tengan medios propios de subsistencia, debe ser materia de una interpretación racional y constitucional. Es evidente que nuestra legislación considera al trabajo como un medio de readaptación social y, por ende, nadie puede ser excluido de esa obligación, so pena de inconstitucional-

³¹¹ V. RAFFO DE LA RETA, II, 294.

³¹² STURZENEGGER, HUBERT, *Die bedingte Entlassung im schweizerischen Strafrecht*, Diss., Zürich, 1954, p. 99.

³¹³ CABALLERO, JOSÉ SEVERO, op. cit., p. 175.

³¹⁴ DAIEN, p. 203.

lidad. En efecto: sería contrario al principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución) que el condenado sin recursos deba trabajar, en tanto que el que dispone de recursos pueda terminar su pena en medio de la holgazanería total.

Obviamente, la ley quiere decir algo distinto y, en principio, constitucionalmente admisible. Entendemos que hay personas que no necesitan del producto de su trabajo para su subsistencia y a los que sería absurdo imponerles un trabajo remunerado, como es el caso de las amas de casa. Por otra parte, hay condenados a los que les basta con que realicen alguna actividad normal y socialmente útil para cumplir con el requisito, como sería el caso de un jubilado o pensionado o de quien, disponiendo de medios de fortuna, prestase servicios gratuitos de bien público o llevase a cabo por su cuenta trabajos de importancia científica o artística.

Por otra parte, resulta obvio que el requisito no puede obstar a la continuación del beneficio cuando se demuestre la incapacidad física o psíquica del condenado o cuando el desempleo constituya un problema social que haga imposible la obtención de un trabajo estable.

El inc. 4º establece la obligación de “no cometer nuevos delitos”, cuya exclusión se aconsejó en el curso de la elaboración legislativa, ante la terminante disposición del art. 14³¹⁵.

El proyecto de 1891 prescribía “no cometer nuevos delitos o faltas”, solución que patrocina Caballero basado en la legislación italiana y alemana³¹⁶. No podemos patrocinar *de lege ferenda* esta solución en el actual estado calamitoso de la legislación y jurisdicción contravencionales, particularmente en la Capital Federal y en la Provincia de Buenos Aires. Con una legislación contravencional que se inserte como acción preventiva pre-delictual y que sea aplicada racionalmente, con respeto de las garantías procesales y por la autoridad judicial, podría suscribirse el criterio que Caballero sostiene, pero el mismo Caballero critica que las condiciones de la libertad las vigile la policía y la inclusión de este requisito —en el actual estado de la materia contravencional— implicaría dejar la libertad condicional a la autoridad discrecional de la policía en buena parte del país. Cabe recordar que el proyecto de 1891 contenía un libro sobre faltas.

Ante la falta de cualquier distinción legislativa que permita excluir la comisión de delitos culposos como causa de revocación de

³¹⁵ Así, la opinión del Senador ÁNGEL ROJAS (ed. oficial, p. 521); también DAIEN, 206.

³¹⁶ Así, CABALLERO, JOSÉ SEVERO, op. cit., p. 178.

la libertad condicional, no resta otra solución que entender que la misma debe ser revocada, sea que el delito cometido en segundo término fuese doloso o culposo. De cualquier modo, es menester precisar que debe tratarse de un delito en sentido técnico estricto, no bastando la simple comisión de un injusto inculpable.

En modo alguno es necesario que se pronuncie la sentencia condenatoria durante el tiempo de la condicionalidad, puesto que la causa de revocación prevista en el código es la comisión del nuevo delito, hecho que la sentencia se limita a constatar, aunque se pronuncie con posterioridad al vencimiento del plazo de libertad condicional³¹⁷. Más aún: tratándose de un delito doloso, creemos que ni siquiera debe requerirse que se haya consumado durante ese período, sino que basta con que haya tenido comienzo la ejecución del mismo dentro del plazo de la condicionalidad, puesto que el "no cometer" está violado desde que comienza la comisión.

Debe quedar perfectamente claro que el nuevo delito debe ser declarado tal judicialmente en una sentencia firme, no siendo en modo alguno suficiente un mero procesamiento. El juez o tribunal competente para la revocación será el que, conforme a la regla del art. 58, proceda a la unificación de las penas.

La Cámara de la Capital resolvió a este respecto, que "procede que el tribunal, al confirmar la sentencia condenatoria por delito cometido por el procesado mientras gozaba de los beneficios de la libertad condicional, revoque dicho beneficio en el mismo fallo y dicte de oficio pena única, aplicando las disposiciones de los arts. 15 y 58 del código penal, debiendo descontarse el tiempo que cumpliera en prisión de la anterior condena"³¹⁸.

El inc. 5º del art. 13 CP establece la obligación del liberado de "someterse al cuidado de un patronato indicado por las autoridades competentes". Si bien este es un requisito elemental para la concesión de la libertad condicional, particularmente sosteniendo, como lo hacemos, que la misma es un momento de la ejecución de la pena, se genera una seria dificultad en la aplicación de este instituto cuando no existe patronato de liberados en el lugar de

³¹⁷ Cfr. NÚÑEZ, II, 413.

³¹⁸ Causa 3.651, Sala 1ª, 4-VIII-1964. Se citaron en igual sentido: Sala 3ª, causa "Pilvek" del 15-X-1940 y causa "Wiwiarsky" del 17-III-1953. En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema, 6-XII-1948; Fallos, 212, p. 403; igual, DE LA RÚA, 194; MASI, ALFREDO, *Las normas jurisdiccionales del art. 58 y la unidad penal*, LL, 35-1052 y ss. (1063).

soltura o de residencia del penado. Partiendo de la premisa de que la libertad condicional es una forma de cumplir una pena y no un derecho del penado, se entendió que esa forma de cumplir la pena no podía realizarse donde no hubiese patronato y por esta razón se negó la libertad condicional. Creemos, por el contrario, que es un deber del Estado la creación o sostenimiento de los patronatos que él mismo impone en la ley, y que la falta de funcionamiento de los mismos no puede privar al penado de su libertad condicional.

En el informe que se presenta con motivo de cumplirse el 30° aniversario de la creación del patronato en la Capital se lee: "Durante los diez primeros años de nuestra actuación sufragamos los gastos con el producido de las cuotas de los socios y algunas donaciones, sin que el Estado hubiese acordado ningún subsidio hasta ese momento. Como no obstante nuestros requerimientos no obtuvimos apoyo, en el año 1927, agotados ya nuestros fondos, nos vimos precisados a comunicar a la Cámara en lo Criminal que no podíamos continuar prestando nuestra colaboración en la vigilancia de los liberados condicionales. Con fecha 31 de octubre de ese año el Tribunal dictó una acordada extraordinaria en la que resolvió que no puede haber libertad condicional sin Patronato de Liberados, por lo que decidió no continuar acordando el beneficio del art. 13 hasta tanto no funcionase un patronato...³¹⁹ El fundamento de este criterio lo dio Juan P. Ramos, entonces Juez de Cámara: "Faltando la vigilancia falta la garantía de éxito de la institución, y como ésta no puede convertirse en la aplicación automática de un principio, que, por otra parte no existe en el Código, la inexistencia del Patronato implica la no aplicación del art. 13, porque ante los derechos de un condenado que no tiene la culpa de que el patronato no exista, están los derechos de la sociedad que son superiores, que no puede tener en libertad no controlada a quien en el Código concede una libertad especial que no se explica sino únicamente dentro de los límites de un control preservativo de los intereses sociales"³²⁰.

Daién afirma que la solución se impone para Ramos, porque según este autor se trata de una forma *sui generis* de cumplir la pena, en tanto que para Daién sería un derecho revocable en favor del penado³²¹. Insistimos en que en ello hay un error conceptual: una forma *sui generis* de cumplir la pena configura también un derecho subjetivo del penado a reclamar que no se la cumpla de otro modo. No obstante, creemos que Daién está en la posición correcta, cuando afirma que "la ausencia de un patronato no inhibe el ejercicio de solicitar la libertad, ni menos oponerse el juez a su otorgamiento; más aún, el mismo inciso habla de "Patronato indicado por las autoridades competentes", como si hubiera previsto la falta de esas corporaciones tutelares de los reclusos, al expresar en forma

³¹⁹ FRÍAS, JORGE H., *Patronato de liberados. Memoria...*, en "Rev. de Derecho Penal", Bs. As., 1948, III, 176.

³²⁰ Plenario "Bianchini", CCCap. III, 328; también la opinión de RAMOS, en "Rev. Penal Argentina", año I, p. 204.

³²¹ DAIÉN, SAMUEL, op. cit., pp. 215-6.

genérica "el que indiquen las autoridades competentes", quienes frente a esa redacción y a la falta del patronato pueden indicar el sometimiento del liberado a otras instituciones de vigilancia para cumplir con esa condición". Creemos que también es de especial importancia el argumento de Daíen cuando considera que el criterio de la Cámara en 1927 establecía una desigualdad ante la ley: el art. 13 se aplicaría en las provincias en que hubiese patronato y no en aquéllas en que la desidia del Estado no lo había creado o sostenido³²².

El criterio de la negativa a la libertad condicional en caso de inexistencia de patronato fue seguido por Nuñez³²³, quien afirma que el juez altera una institución al concederlo sin vigilancia o con la de otra institución. Creemos que aquí Nuñez no lleva razón: la sentencia es el título de la ejecución penal, que se establece como relación entre el penado y el Estado³²⁴. En esta relación hay deberes y derechos a cargo de cada uno de sus miembros. Cuando no hay patronato o no puede operar el que haya, es el Estado el que no está en condiciones de cumplir sus deberes y ese incumplimiento no puede serle imputable al penado, que se compromete a seguir cumpliendo los suyos. El juez no altera la institución, sino el Estado al que el juez representa en ese momento.

A los mencionados argumentos cabe añadir otro que consideramos decisivo dentro de la propia estructura del código: si bien el art. 53 del mismo código establece un régimen distinto para la libertad condicional en la pena de reclusión accesoria, cabe suponer que por la gravedad de esa pena el régimen de la misma es más riguroso que el de la pena de un autor primario. Sin embargo, el art. 53 prevé la posibilidad de que el multi-reincidente liberado haya sido controlado por un "Patronato, institución o persona digna de confianza". Toda vez que esta previsión fue introducida en la ley penal por el decreto-ley 20.942 de 1944, modificó la estructura del código en la materia y, consiguientemente, entendemos que dejó sin efecto la vigencia del plenario "Bianchini" del año 1927 de la Cámara de la Capital que, conforme al aludido criterio de Ramos, había establecido la tesis de que no existiendo patronato de liberados no corresponde conceder la libertad condicional.

Estas cinco condiciones establecidas en el art. 13 CP son las que rigen el cumplimiento sin encierro de la última etapa de la ejecución penal, en los casos en que el mismo CP lo autoriza. Esas "condiciones regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y en las perpetuas hasta cinco años más, a contar desde el día de la libertad condicional, según lo establece el último párrafo el art. 13 CP dada la naturaleza del instituto, el vencimien-

³²² Idem, 216.

³²³ NÚÑEZ, II, 411, nota 215; también POFERRADA, FELIPE, *La existencia del patronato de liberados y la libertad condicional*, en JA, 69-8; CABALLERO, JOSÉ SEVERO, op. cit., p. 183.

³²⁴ Cfr. LUDER, ITALO A., *El sistema jurídico de la ejecución penal*, La plata, 1959.

to de los términos no puede tener otro efecto que la extinción de la pena, y eso es lo que prescribe el art. 16: *“Transcurrido el término de la condena, o el plazo de cinco años señalado en el art. 13 sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del art. 12”*.

El plazo de cinco años señalado en el art. 13 para las penas perpetuas se ha considerado erróneo, porque es menor que el término de prueba en cualquier pena temporal superior a quince años³²⁵. Si bien De la Rúa observa que no es injusto, “por cuanto el condenado a pena perpetua, para obtener su libertad, debe cumplir, en todo caso, un plazo superior de la pena (20 años) al que nunca llegan las temporales (2/3 de 25 = 16 años y 8 meses)”³²⁶, de cualquier forma no parece muy equitativo, porque el total del tiempo que debe permanecer cumpliendo pena —entre encierro y libertad condicional— un condenado a 25 años de prisión es exactamente igual que el de un condenado a reclusión perpetua (16 años y 8 meses más 8 años y cuatro meses el primero; veinte años más cinco años el segundo; ambos veinticinco años).

En febrero de 1980, la ley 22.156 agregó a los arts. 13 y 53 un párrafo según el cual, si el condenado lo ha sido por delito con motivación o finalidad subversiva, deberá solicitarse informe al Ministerio del Interior sobre la personalidad y los antecedentes del mismo. Esta disposición, que prevé la intromisión de una autoridad del poder administrador que no tiene nada que ver con la imposición y ejecución de la pena, es totalmente inconsulta. De cualquier manera, no resulta inconstitucional en sí misma, pero obviamente ningún tribunal podría negar el beneficio, cuando se reuniesen los demás requisitos, en base al informe desfavorable del Ministerio del Interior, ni tampoco podría concederlo, cuando faltase algún requisito legal, en función del informe favorable del mismo. Por ende, es una disposición enteramente inoperante.

609. Violación de las condiciones. La violación de las condiciones a que queda sometida la libertad no tiene siempre el mismo efecto jurídico. La revocación de la libertad se opera, únicamente en caso de violación de las condiciones impuestas por los incs. 1º y 4º del art. 13. En los casos de los incs. 2º, 3º y 5º la violación puede aparejar una prolongación del tiempo de prueba. Las consecuencias de la violación de las condiciones están previstas en el art. 15 del código penal, que separa en dos párrafos las diferentes consecuencias.

a) Conforme al primer párrafo del art. 15, “la libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito

³²⁵ Así SOLER, II, 387.

³²⁶ DE LA RÚA, 192.

o violare la obligación de residencia". En cuanto a la hipótesis de comisión de un nuevo delito, ya hemos dicho que debe entenderse en sentido técnico de conducta típica, antijurídica y culpable. De cualquier manera, si el condenado cometiere un hecho por haber caído en un estado de alienación, entendemos que corresponde aplicar lo dispuesto en el art. 25 y, consecuentemente, computarle como cumplimiento de pena el tiempo que quede sometido a medida de seguridad por el nuevo hecho.

En cuanto a la violación de residencia, ésta debe cometerse en forma que no se justifique y que le sea reprochable, dadas las circunstancias. Quien deja precipitadamente su lugar de residencia para atender a un familiar gravemente enfermo, no puede ser reprochado por su conducta. Tampoco puede reprocharse a quien la deja porque de otro modo no puede cumplir con el requisito del inc. 3. Dicho en otras palabras: la violación de la obligación de residencia no debe valorarse en forma objetiva, sino que debe preguntarse si la misma obedece a una motivación que denote la finalidad de sustraerse a la vigilancia del patronato y al consiguiente control del cumplimiento de las restantes condiciones.

En estos supuestos de revocación de la libertad condicional, "no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad", conforme lo dispone la última parte del párrafo primero del art. 15. La otra consecuencia de la revocación es que durante el resto del cumplimiento de esa pena, el condenado no podrá solicitar nuevamente la libertad condicional.

β) La segunda parte del art. 15 CP se refiere a la violación de las condiciones impuestas por los incs. 2º, 3º y 5º del art. 13 CP. En esos supuestos, *"el tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiese durado la libertad, hasta que el condenado cumpliera lo dispuesto en dichos incisos"*.

Aquí el tribunal está facultado para disponer que se descuente del tiempo de prueba la totalidad o una parte del tiempo en que el condenado no haya cumplido con la condición, es decir que, el "podrá disponer" que se compute el tiempo de incumplimiento, que no se compute, o que se compute parcialmente. El criterio para tomar una u otra medida no puede ser arbitrario, sino que tendrá que considerar si el descuento —total o parcial— es necesario a los fines de la resocialización.

El criterio de que la violación a las condiciones de los incs. 2°, 3° y 5° del art. 13 CP no autoriza la revocación de la libertad condicional es el dominante en nuestra doctrina³²⁷. No obstante, ha habido opiniones diferentes, que entienden que, conforme al texto de la ley, el tribunal tiene la obligación de revocar la libertad, pero que en los casos de violaciones a los incs. 2°, 3° y 5°, es facultad del mismo computar al tiempo de pena, en forma total o parcial, el período de cumplimiento en libertad. Tal es el criterio sostenido por Daien, González Roura, Mallo, J. H. Frías y Chichizola³²⁸. Por mucho que los autores que afirman el criterio referido se basen en los antecedentes o en argumentos lógicos, creemos que el texto establece claramente que la violación de las condiciones impuestas por los incs. 2°, 3° y 5° no autoriza ni impone la revocación de la libertad, particularmente por las palabras "hasta que el condenado cumpliera lo dispuesto en dichos incisos", que en modo alguno se compadece con la interpretación propuesta.

610. La libertad condicional de los condenados a reclusión por tiempo indeterminado. El texto original del art. 53 del código fue trasladado al art. 50 como párrafo 4º por el decreto-ley 20.942/44, a efectos de no alterar la numeración del código, permitiendo así introducir como artículo 53 el extenso texto de ese dispositivo vigente, que regula la liberación condicional del condenado a la pena de reclusión accesoria por tiempo indeterminado.

Este dispositivo autoriza a los condenados a esa pena a obtener su liberación condicional, con un régimen diferente al de los condenados a las penas ordinarias privativas de libertad. Antes de la reforma de 1944, la única forma de poner fin a esa pena era el indulto o la conmutación; a partir de la reforma, la liberación condicional se presenta como una forma ordinaria o judicial de dar término a la indeterminación de la misma.

Los plazos que deben transcurrir para solicitar el beneficio varían según sea la disposición legal que haya dado fundamento para la aplicación de la pena accesoria. En todos los casos, debe haberse cumplido íntegramente la pena ordinaria privativa de libertad, es decir, la pena de prisión o de reclusión. A partir del momento en que hayan agotado la pena ordinaria, deben haber

³²⁷ Cfr. SOLER, II, 388; NÚÑEZ, II, 414; NÚÑEZ, *Manual*, 343; FONTÁN BALESTRA, III, 363; CREUS, 212; ARGIBAY MOLINA, II, 224; CABALLERO, JOSÉ SEVERO, 190; GÓMEZ, *Tratado*, I, 822; MALAGARRIGA, I, 133; DE LA RÚA, 194-5.

³²⁸ Así DAIEN, SAMUZEL, *op. cit.*, 289; GONZÁLEZ ROURA (1925), II, 308-9; CHICHIZOLA, *op. cit.*, 489; MALLO, *Código Penal Comentado*, Bs. As., 1948, I, 132; FRÍAS, JORGE H., *Proyecto de ley complementaria del Código Penal, reglamentando el régimen de la libertad condicional*, en "Rev. Penal y Penit.", Bs. As., 1942, nº 26, pp. 535 y ss.

transcurrido *diez años de cumplimiento efectivo de la reclusión accesoria* para que puedan tener derecho a la liberación condicional los condenados en virtud de lo dispuesto por los incs. 1º y 2º del art. 52, es decir, a quienes se les haya impuesto la accesoria por registrar “dos condenas a reclusión o una a reclusión y otra a prisión por más de tres años” (inc. 1º) o “tres condenas a prisión por más de tres años o una de reclusión por más de tres años y dos de prisión por tres años o menos” (inc. 2º). En las mismas condiciones, pero *acortándose el plazo a cinco años*, pueden obtenerla quienes hayan sufrido la accesoria en virtud de lo dispuesto por los incs. 3º y 4º del art. 52 CP, es decir, a quienes se les haya impuesto la accesoria por registrar “cuatro condenas a prisión, siendo una de ellas mayor de tres años” (inc. 3º) o “cinco condenas a prisión de tres años o menores” (inc. 4º).

El art. 53 CP establece que *también rige el plazo de cinco años para el “último apartado del mismo artículo”* (del art. 52 CP). El art. 52 se compone de cuatro incisos y dos apartados finales: el penúltimo se refiere a la reclusión accesoria que se aplicará también en caso de concurso, “siempre que los delitos juzgados hubieran sido cinco por lo menos y que dos de ellos tuviesen fijada pena, mayor de tres años de prisión”; el último apartado del art. 52 dice: “Los tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, en los casos de menor peligrosidad en el condenado”. Si bien lo lógico sería que el plazo de cinco años rigiese para la condena a reclusión accesoria por concurso de delitos³²⁹, el texto de la ley no lo refiere a este párrafo, sino al último “apartado”, que es el supuesto que prevé la posibilidad de dejar la pena en suspenso. Es obvio que se trata de un error material, en que la ley ha querido referirse al penúltimo apartado, pero lo cierto es que se refiere al “último”. No queda duda, prácticamente, de que el plazo de cinco años rige para el concurso real calificado, puesto que, de lo contrario, éste no tendría un plazo determinado y los condenados en virtud del mismo carecerían del derecho a obtener el beneficio, lo que carece de explicación racional.

No obstante, para admitir esta versión debemos entender que la ley considera que el art. 53 se compone de dos “apartados”, subdividido el segundo en dos párrafos. Esta es la única posibilidad de explicar racionalmente la referencia al “último apartado” en el

³²⁹ Así lo entiende FONTÁN BALESTRA, III, 367; CABALLERO, 208.

art. 53 como abarcante del supuesto de pena accesoria en virtud de concurso real calificado. No obstante, esta interpretación abre una considerable duda que no se ha planteado: si la referencia abarca ambos párrafos del "último apartado", algún sentido habrá que darle, puesto que de lo contrario esa extensión no halla ninguna explicación. Cabe preguntarse, pues, si ese sentido no consiste en reducir a cinco años el plazo para el supuesto de menor peligrosidad en caso de condenados en función de los incs. 1º y 2º del art. 52.

Otro de los problemas que plantea el art. 53 es que no prevé el caso de la reclusión accesoria a una pena privativa de libertad perpetua, como puede darse en el supuesto del art. 80.

En general, la falta de previsión de la libertad condicional para la reclusión accesoria de que adolecía el código hasta la reforma de 1944, tenía el serio inconveniente de contradecir el sentido que tiene la libertad condicional y que la misma Comisión de la Cámara de Diputados le reconociera el 9 de setiembre de 1921, al rechazar la supresión de la libertad condicional para la reclusión perpetua —que pretendía introducir el Senado— argumentando que en ningún caso la supresión del beneficio era conveniente.

"La eliminación, en el art. 13 —decía la Comisión— de las palabras "reclusión o", conduciría a negar al condenado a reclusión perpetua la posibilidad de obtener su libertad. Pocas legislaciones niegan la libertad condicional a los condenados a perpetuidad (Estados Unidos, Wisconsin), y las que la conceden señalan un plazo mínimo de encarcelamiento que va de cinco años (Congo) a diez (Bélgica y Japón), doce (Finlandia), quince (Luisiana y el actual código argentino), y veinte (Hungria y Egipto). El art. 13 del proyecto en revisión exige, para la concesión del beneficio, el cumplimiento de veinte años de condena, lo que no constituye, por cierto, exceso de benignidad. No es conveniente suprimir el beneficio, sobre todo si se considera que la libertad es revocable y que el liberado puede ser sometido, durante cinco años, al cuidado de un patronato. La libertad condicional es un estímulo de buena conducta, un germen de enmienda, una prima ofrecida al detenido arrepentido, y no conviene eliminar este poderoso resorte que influye eficazmente en la conducta del condenado, durante el cumplimiento de la pena" ³³⁰.

Creemos que la reforma de 1944 no hace más que confirmar el sentido que el código había querido tener, conforme lo expresara la misma Comisión de la Cámara de Diputados, y que se

³³⁰ Edición oficial, 611-2.

frustraba en la ley plasmada debido a la notoria deficiencia que impedía extender la libertad condicional a la pena de reclusión accesoria³³¹. Sería ilógico pensar, pues, que esa reforma haya extendido el beneficio a todos los casos de reclusión accesoria del art. 52 y haya dejado fuera de sus previsiones el supuesto del art. 80. El autor de diez homicidios del art. 79 en concurso real se podría beneficiar con la libertad condicional, puesto que el máximo de su pena serían veinticinco años de reclusión y la reclusión accesoria por el concurso real calificado. En lugar, el autor de un homicidio calificado al que se le hubiese aplicado la reclusión accesoria, ninguna posibilidad tendría de obtenerlo.

Como esta interpretación resultaría incompatible con el sentido de la reforma, cabe entender que la misma no pretendió dejar fuera de sus previsiones el caso del art. 80, sino asimilarlo al más gravoso de sus supuestos, cual es el de considerar que el plazo es el más extenso —diez años— a contar desde el cumplimiento de los veinte años de pena ordinaria en caso de no haberse impuesto la reclusión accesoria.

Este criterio puede parecer errado por inequitativo, argumentándose que un condenado a pena temporal podría permanecer más tiempo privado de libertad que un condenado a pena perpetua, en caso que ambos tuviesen como agravante la reclusión accesoria. Así, un condenado a 25 años de prisión y reclusión accesoria debería permanecer 35 años privado de libertad, en tanto que un condenado a prisión perpetua y accesoria saldría beneficiado, puesto que tendría derecho a solicitarla a los 30 años de privación de libertad. No obstante, esta inconsecuencia es únicamente aparente si tenemos en cuenta que el condenado a pena temporal del caso debe ser multi-reincidente, en tanto que el condenado a pena perpetua y reclusión accesoria bien puede ser un autor primario. Puede responderse aún, que si bien es factible que se trate de un autor primario, nada impide que el condenado a pena perpetua y reclusión accesoria también sea un reincidente o multi-reincidente. En este último caso, creemos que quien reúna como características la de ser un multi-reincidente y la de haber cometido un homicidio de tal gravedad que, aparte de la privación de libertad perpetua, resulte condenado a reclusión accesoria, es sumamente difícil —por no decir imposible— que reúna alguna vez los requisitos materiales exigidos por el art. 53 para obtener la libertad condicional y, en caso de reunirlos, no creemos que pueda hacerse otra cosa que

³³¹ Una revisión de los antecedentes y los inconvenientes de que la pena del art. 52 no tuviese establecida la libertad condicional, en: GONZÁLEZ MILLÁN, ANGEL E., *Motivación, fundamento y alcance de la reforma del art. 52 del código penal*, en "Rev. Penal y Penit", IX, 1944, pp. 13 y ss.

concederle el beneficio, puesto que, por fortuna, la pena habría alcanzado su objetivo.

Otro supuesto no planteado en el art. 53 es el caso del simple reincidente condenado a prisión o reclusión perpetua. Es obvio que, en principio, en función del requerimiento de limitación constitucional de la pena, no es posible negarle el beneficio³³². Por otro lado, es obvio que al introducir el art. 53 en 1944, el código reconoció la libertad condicional para el multi-reincidente y, con ello, quebró el principio de que no cabe la libertad condicional para los reincidentes³³³. Resulta ilógico que pueda beneficiarse con la libertad condicional el multi-reincidente y no pueda beneficiarse el simplemente reincidente. Por ende, lo más razonable es entender que el condenado a pena perpetua privativa de libertad puede pedir su libertad condicional transcurridos los términos del art. 13, pero en las condiciones del art. 53, toda vez que es un reincidente.

Además del distinto plazo de cumplimiento efectivo, el sistema de libertad condicional del art. 53 contiene otros requisitos para la obtención del beneficio, que difieren notablemente de las condiciones del art. 13. En tanto que el art. 13 se contenta con que el interno haya observado con regularidad los reglamentos carcelarios, el art. 53 demanda *"que el condenado hubiera dado prueba de buena conducta y de aptitud y hábito para el trabajo y que verosíblemente no constituirá un peligro para la sociedad"*.

Estas disposiciones provienen directamente de los incs. 2° y 3° del art. 86 del proyecto Peco, que disponían: "2° Si ha dado pruebas evidentes de buena conducta, sobre todo de aptitud para el trabajo. 3° Si, verosíblemente, no ha de constituir un peligro para la sociedad". El requisito de aptitud para el trabajo también se hallaba en el proyecto de 1937 (art. 42). Es interesante consignar que, prescindiendo de la referencia a la peligrosidad, la fórmula del art. 53 en esta parte remeda lejanamente la del art. 99 del código Tejedor: "La condenación por tiempo indeterminado deja sin embargo al condenado la esperanza de merecer su libertad, dando pruebas de reforma positiva, especialmente si durante ocho años continuos muestra una aplicación notable al trabajo, no incurre en castigos por actos de maldad o desobediencia, o da cualquiera otra señal irrecusable de corrección".

En cuanto a la referencia a la peligrosidad, De la Rúa sostiene que hay que advertir que el informe debe referirse a la peligrosidad social y

³³² Cfr. *supra*, § 594.

³³³ Cfr. TERÁN LOMAS, II, p. 422.

no a la delictual³²⁴. En el capítulo siguiente dejaremos aclarado que, para nosotros, no hay diferencia alguna entre ambas "peligrosidades".

Como consecuencia lógica de la categoría de autores a los que se aplica la pena del art. 52, el art. 53 no puede prohibir el otorgamiento de la misma a reincidentes, tal como lo hace el art. 14 para las penas ordinarias. Se establece con precisión que el tribunal que debe conocer de la correspondiente solicitud es el "que hubiere condenado al penado en última instancia o impuesto pena única".

Las condiciones a que queda sometida la libertad condicional son las mismas del art. 13. En el art. 53 se expresa la disposición que permite que el liberado sea puesto a cargo de un patronato, de una institución o de una persona "digna de confianza", disposición tomada del inc. 5º del art. 87 del proyecto de 1941.

La diferencia más notoria en cuanto a las condiciones a que queda sometida la libertad finca en que ante la violación de cualquiera de ellas, el tribunal "podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior". Hemos visto que el art. 15 establecía consecuencias diferentes, según fuese la violación de que se tratase; en esta libertad condicional, salvo el caso de comisión de un nuevo delito, en que es obvio que se le impone una nueva pena accesoria, el tribunal tiene siempre la facultad de valorar la violación y, en su caso, resolver la revocación del beneficio.

Otra de las diferencias que cabe señalar es que la prohibición del art. 17 no rige en esta libertad condicional: mientras que a un condenado a pena ordinaria al que se le revoca la medida no puede concedérsela nuevamente para el cumplimiento de la misma pena, el condenado a reclusión accesoria puede beneficiarse nuevamente con la libertad condicional, siempre que la revocación de la misma no haya obedecido a la comisión de un nuevo delito. Ello se desprende claramente de la segunda parte del último párrafo del art. 53, que establece que el penado al que se le hubiese revocado la libertad condicional por violación de las obligaciones de los incs. 1º, 2º, 3º y 5º del art. 13, podrá solicitar nuevamente el beneficio después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario. Toda vez que no limita esta posibilidad a una única vez, no hay razón para que se niegue la misma aún cuando haya

³²⁴ DE LA RÚA, 711-2.

habido más de una revocación, con tal que haya cumplido el plazo de cinco años nuevamente y que se den los demás requisitos del art. 53.

Esta previsión se refiere a los cuatro incisos mencionados del art. 13, pero nada dice del supuesto del inc. 4º del mismo, es decir, del caso en que la revocación tiene lugar por la comisión de un nuevo delito. En este último supuesto hay dos posibles interpretaciones: a) que el sujeto no pueda beneficiarse nunca más con la libertad condicional, lo que equivale a afirmar que la pena accesoria por tiempo indeterminado se convierte en reclusión perpetua irredimible; o β) que el sujeto deba cumplir la pena ordinaria que se le imponga por el nuevo delito y, a partir de su agotamiento, un nuevo período de reclusión accesoria de cinco o diez años, según el caso.

Creemos que la segunda variable es la correcta, porque cuando el sujeto comete un nuevo delito desaparece la pena accesoria anteriormente impuesta y se aplica una nueva pena accesoria, que también se funda conforme al art. 52, en la comisión del nuevo delito. De allí que el segundo párrafo del art. 53 diga que la violación de "cualquiera" de las condiciones del art. 13 "podrá" determinar la revocatoria, porque da por sobrentendido que la comisión de un nuevo delito no determina la revocatoria, sino la imposición de una nueva pena. Ello implica que el plazo de cumplimiento efectivo no es de cinco años —como en el caso de la revocatoria—, sino de cinco o de diez años, según sea el supuesto del art. 52 en que se encuadre la nueva pena accesoria.

Una radical diferencia entre el sistema de la libertad condicional de las penas ordinarias y el del art. 53, es la consecuencia que tiene el término de prueba. Para el art. 16, cuando transcurre el término sin que se revoque la libertad, se produce la extinción de la pena. Para el art. 53, en lugar, el transcurso del término sólo posibilita que el penado pueda solicitar su libertad definitiva al tribunal, el que la concederá conforme a los resultados obtenidos durante el período de prueba, que es de cinco años: "Transcurridos cinco años de obtenida la libertad vigilada, el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al Tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo el informe el Patronato, institución o persona digna de

confianza a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado”.

La ley no ha previsto qué sucede en caso de que el tribunal no concede la libertad definitiva. Cabe entender que se prolonga el período de prueba, pues, no habiendo violado el condenado ninguna de las condiciones de su libertad, no hay motivo para revocar la misma. Tampoco establece la ley cuándo puede volver a solicitar la libertad definitiva. No hay motivo para entender que deben aguardarse otros cinco años de prueba, por lo que consideramos que puede insistir en la solicitud cuando considere que se han removido las causas que fundaron la anterior negativa del tribunal.

611. **La libertad condicional en los proyectos posteriores a 1921.** El proyecto de 1937 regulaba la libertad condicional en sus arts. 42 a 48. La concedía al condenado a reclusión perpetua después de veinticinco años de cumplimiento y al condenado temporal a prisión o reclusión, después del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena. Como presupuestos requería la buena conducta, “cualquiera que sea su condición económica” (arts. 42 y 43). Exigía el previo cumplimiento de las obligaciones civiles (art. 44). Las condiciones eran análogas a las del art. 13 CP (art. 45), aclarando que cuando no hubiere patronato “se someterá al cuidado de la autoridad policial de ese lugar o al de la persona que indique el tribunal”. El art. 46 establecía que la libertad se revocaría en caso de comisión de un nuevo delito, siendo la revocación facultativa en la violación de las restantes condiciones. No concedía la libertad condicional a los reincidentes y a los que se les hubiera revocado (art. 47). El cumplimiento del término de prueba extinguía la pena (art. 48).

En el proyecto de 1941 se concedía la libertad condicional al que hubiese cumplido los mismos términos de pena que en el código vigente, aunque al reincidente peligroso se le exigían 25 años y las tres cuartas partes de la pena y la prisión preventiva no se computaba a sus efectos. Además se requería que hubiese dado pruebas evidentes de buena conducta, sobre todo de aptitud para el trabajo, y “si, verosíblemente, no ha de constituir un peligro para la sociedad” (art. 86). Las condiciones bajo las que se cumplía eran similares a las vigentes, previéndose el caso de inexistencia de patronato en la forma que lo hace el art. 53 del CP vigente, y exigiendo no la comisión de un nuevo delito “intencional” (art. 87). La comisión de delito doloso y el quebranto reiterado e injustificado de las condiciones determinaba la revocación (art. 89).

El proyecto de 1951 exigía los plazos vigentes para reincidentes, quince años de cumplimiento en las penas perpetuas y la mitad en las temporarias para los no reincidentes (arts. 89 y 90). La concesión de la misma quedaba al arbitrio judicial, que debía estimar la reeducación social, a cuyo efecto se prescribían informes penitenciarios y exámenes psiquiátricos y psicológicos, en los que el solicitante podía nombrar un

perito de parte (art. 92). Se ordenaba el examen personal del tribunal y la adecuada fundamentación de lo resuelto (art. 93), que era susceptible de recursos procesales (art. 94). En el régimen se autorizaba a suspender inhabilitaciones (art. 95). Se revocaba por comisión de delito doloso o culposo sólo en caso de reincidencia (art. 96). La violación de las otras condiciones facultaba al tribunal a la revocación (art. 97).

El proyecto de 1953 exigía los mismos plazos que el de 1951, aumentándolos en caso de habitualidad y reiteración (art. 77). El estudio del condenado lo efectuaba una comisión constituida de conformidad con la ley de ejecución, que elevaba su informe al juez (art. 78). Las condiciones a que se sometía la libertad eran similares a las vigentes (art. 80). La libertad condicional suspendía la incapacidad civil y el juez podía suspender las demás penas aplicadas conjuntamente (art. 81). La revocación es obligatoria en caso de comisión de delito doloso y facultativa si fuere culposo o si se violaren las demás condiciones. Revocada la libertad no podía solicitarse nuevamente hasta tres años después (art. 82).

El proyecto de 1960 acogía la libertad condicional, para cualquier condenado, en los plazos vigentes (art. 53). Los requisitos eran la buena conducta durante la ejecución, la reparación del daño y "si del examen de su personalidad y de su medio social puede razonablemente inducirse que se comportará correctamente en libertad" (art. 54). Las condiciones eran análogas a las vigentes, sólo que facultativas, salvo el sometimiento a un patronato (art. 55). Se revocaba por la comisión de un delito doloso y por incumplimiento de las condiciones (art. 56).

En el proyecto de 1974-1975 se establecía un régimen complejo en que las condiciones de la libertad condicional eran las mismas a que quedaba sujeta la suspensión de pena. Su defecto mayor fincaba en someter todo el régimen a la peligrosidad del condenado (art. 29).

V. — LA PENA DE MULTA

612. Carácter y problemática actual. La multa penal es una pena y, por consiguiente, al igual que las restantes penas, no puede tener otro objetivo que el de proveer a la seguridad jurídica como instrumento resocializador del penado. En este sentido es que la multa ocupa en el art. 5 del código penal, el primer lugar después de las penas privativas de libertad, ocupando el tercer lugar jerárquico entre las penas constitucionales previstas en nuestro código.

Toda vez que el derecho administrativo pretende avanzar imperialísticamente sobre el campo penal, se hace árduo distinguir entre la multa penal y la multa administrativa. No obstante, puede afirmarse que la distinción coherente no puede tener por base ninguna distinta que el objetivo diverso de ambas: *la multa no penal*

tiene un carácter reparador, en tanto que la multa administrativa tiene carácter resocializador.

Gallino Yanzi observa que el carácter reparador lo tiene la multa civil, pero en cuanto a la administrativa, se remite a la naturaleza de la infracción³³⁵. Creemos que en todos los casos es la naturaleza de la sanción la que nos revela la naturaleza del precepto que la contiene y, por consiguiente, de la infracción al mismo. El distinguido profesor de Corrientes en su prolija exposición, llega en cierto modo a esta conclusión, al decir: "Cuando la multa persigue nada más que ordenar el sistema administrativo o fiscal, como por ejemplo reparar el pago con retardo de un tributo, es decir, la multa por no pagar en término el impuesto o la tasa, o ésta tiende a indemnizar el daño causado por la infracción, por ejemplo las multas previstas en las leyes de sellos por no reponerse el sellado, o la violación del deber de patentamiento, la multa tiene en todos los casos un carácter reparatorio fiscal no penal, es propia de la administración que la impone y la juzga"³³⁶.

La multa ha sido una pena a la que se atacó desde distintos ángulos, poniéndose en duda su capacidad resocializadora. No obstante, en los últimos años, ante el descrédito creciente que vienen sufriendo las penas privativas de libertad, se ha operado un fenómeno de revaloración de la misma, habiendo pasado a segundo plano su cuestionamiento y ocupando el centro del debate la cuestión referida a su regulación legal, disputándose en torno de la forma más idónea y adaptable a su contenido.

El principio de igualdad ante la ley se esgrimió tanto para atacar el sistema que propugnaba tener en cuenta la capacidad patrimonial del penado para cuantificar la multa, como para atacar al sistema que la toma en cuenta. En tanto que los primeros pretenden que la igualdad ante la ley se viola cuando delitos iguales se penan en forma diferente, los segundos la creen afectada cuando se imponen iguales cargas penales a sujetos con distinta capacidad para resistirla. En definitiva, tan bizantina discusión opone el talión mitigado por la sensibilidad de Kant o de Bentham. La segunda corriente es la que predomina ampliamente en el campo penal, en tanto que la primera resulta verdadera en el terreno de la multa no penal. En efecto: si la multa no penal *repara*, la misma reparación será debida por el rico que por el pobre, a condición de

³³⁵ GALLINO YANZI, CARLOS V., *La naturaleza de la pena de multa*, en "Rev. Arg. de Cs. Penales", nº 6, mayo-setiembre 1977, pp. 28 y ss. (27-28).

³³⁶ *Idem*, p. 31.

que también igual sea el daño; en lugar, si la multa penal *resocializa*, será necesario que la limitación patrimonial la sientan con la misma fuerza motivadora ambos, lo que demanda que se adecue al patrimonio, puesto que de lo contrario, una misma suma operaría como motivación preventiva en la conducta futura del pobre y no en la del rico. Para obviar este problema se han propuesto distintos sistemas de regulación de la multa, que son los que rigen en la legislación comparada.

En general, al menos en nuestra doctrina, es generalizada la opinión de que la multa no es resocializadora sino intimidatoria³³⁷. Tenemos la impresión que a este respecto hay una confusión terminológica o conceptual o, al menos, se maneja un concepto de resocialización diferente del nuestro. Por nuestra parte creemos que una sanción que pueda operar en el futuro como *contra-motivación*, también tiene carácter resocializante.

Básicamente hay tres sistemas en discusión: el del *suma total*, el del *tiempo o plazo de multa* y el del *día-multa*. Beristain los resume acertadamente de la siguiente manera: *el sistema de la suma total de multa* es el tradicional, "según el cual el juez condena a una cantidad concreta, una suma global, que resulta de conjugar dos coordenadas: la gravedad del delito y la situación económica del delincuente". *Es el sistema del tiempo o plazo de multa*, "el juez individualiza en cada caso concreto la cuantía correspondiente a cada tipo o porción, teniendo en cuenta la situación económica del reo, de manera que (de sus ganancias) le quede la cantidad mínima necesaria para sus obligaciones elementales. La multa no se paga de una vez, sino a lo largo del tiempo, en plazos fijos, según los ingresos del delincuente. De esta manera, la multa "dura", y se va escalonando un determinado tiempo, y en ese período el delincuente sólo dispone de una parte mínima de su salario". En *el sistema de los días-multa* se determina "la importancia o gravedad de la multa, no por una suma de dinero, sino por un número de días, según la gravedad del delito. Cada día equivaldrá a una concreta cantidad de dinero, según la posición económica del condenado. La ley debe fijar el número de días-multa que se impone como pena a cada delito, según la gravedad de éste. Establecerá

³³⁷ V. al respecto la investigación de ERNST-JÜRGEN RIEGGER, *Die Geldstrafe in Argentinien unter Berücksichtigung von Besonderheiten der übrigen iberoamerikanischen Staaten*, en JESCHEK-GREBING, "Die Geldstrafe im deutschen ausländischen Recht", Baden-Baden, 1979, pp. 245 y ss.

un número igual (o, mejor dicho, proporcionalmente igual) al de días que le correspondería de privación de libertad si se le aplicase esta pena”³³⁸.

El sistema de la suma total es el más tradicional y el que rige actualmente entre nosotros, pero los defectos del mismo se observaron desde antiguo. Así, Filangieri observaba que la multa no debía determinarse por una cantidad, sino “por la porción que se debe sustraer de la fortuna del reo. Quien esté convicto de haber cometido uno de tales delitos, será penado, por ejemplo, con la pérdida de la tercera, cuarta o quinta parte de sus bienes”³³⁹. En este sentido, se acercaba a un sistema de disminución de la fortuna y también reducía el ámbito de la multa a los delitos que se cometían por avaricia de dinero, aunque aclaraba que propugnaba esa pena para tales delitos, “sin perjuicio de que algunos de ellos demanden penas más graves”³⁴⁰. La opinión de Filangieri fue reproducida en Portugal por Pascoal José de Mello Freire, quien criticaba a las *Ordenações Filipinas* y se quejaba de que no se hubiese materializado legislativamente su proyecto de código criminal³⁴¹, al tiempo que respecto de la multa decía: “Para que la multa, con su carácter pecuniario, pueda ser justa y servir alguna vez imperando equitativamente entre delinquentes pobres y ricos, no debe ser por suma ni cantidad cierta, lo que no tiene equidad alguna, puesto que no es pena igual en tan desiguales fortunas, sino que debe ser por cierta porción de los bienes, como el tercio, el cuarto...”³⁴².

José Clemente Pereira, que contribuyó con un proyecto al código del Imperio, había sido discípulo de Mello Freire, y lo cierto es que estas ideas, las de Bentham y el talión kantiano reflejado por el art. 19 del referido código de 1830, dieron por resultado la aparición del antecedente inmediato del sistema del día-multa. El art. 55 del Código Criminal del Imperio del Brasil decía: “A pena de multa obrigará os reos ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia palos seus bens, empregos ou industria, quando a lei especificadamente a não designar de outro modo”. Análoga disposición repitió el primer código republicano del Brasil (1890). Disposiciones similares se introdujeron en los códigos portugueses³⁴³ y en el siglo XX fueron receptadas por los códigos de varios

³³⁸ BERISTAIN, ANTONIO, *La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad*, en “Rev. Arg. de Cs. Penales”, nº 3, mayo-agosto 1976, pp. 37 y ss. (42, 44, 47).

³³⁹ FILANGIERI, GAETANO, *La Scienza della Legislazione*, Milano, 1817, III, 212; en sentido similar, BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, París, 1825, T. I, p. 341.

³⁴⁰ Ídem, p. 212, nota 1.

³⁴¹ PASCHALIS JOSEPHI MELLII FREIRII, *Institutionem Juris Criminalis Lusitani (Liber singularis, Editio quinta ad osum auditorii conimbricensis)*, Conimbricae, Typis Academicis, 1860, Discurso preliminar.

³⁴² Ídem, p. 23.

³⁴³ Sobre consideraciones comparativas entre los dos sistemas puede

Estados Mexicanos, particularmente los que siguieron al código Almaraz de 1929³⁴⁴.

El origen del sistema del día-multa se halla, pues, en el Código de Brasil de 1830³⁴⁵, siendo totalmente injusta la denominación de "sistema nórdico", puesto que en los países nórdicos se lo menciona más de setenta años después de su vigencia en los países de lengua portuguesa. Lo correcto sería llamarlo *sistema brasileño*.

El sistema del día-multa recibió el gran impulso al que debe su difusión contemporánea gracias a los trabajos de Carl Torp en 1900 y de Johan Tyren en 1910. Fue adoptado en Finlandia en 1921, luego en Suecia (1931) y Dinamarca (1939). Se encuentra también en el art. 36 del código cubano, en el art. 24 del código peruano, en el art. 44 del derogado código brasileño de 1969, en el art. 53 del código costarricense y en el art. 29 del boliviano de 1972³⁴⁶. También lo han establecido los códigos alemán y austriaco de 1975.

El 40 del código alemán dice: "1) La multa se impondrá en días-multa. Importa como mínimo cinco días-multa y como máximo, si la ley no determina otra cosa, trescientos sesenta días-multa completos. 2) La medida de un día-multa la determina el tribunal tomando en consideración las relaciones personales y económicas del autor. Se establece por regla el ingreso neto medio que el autor tiene o puede tener en un día. Un día-multa se reflejará como mínimo en dos marcos alemanes y como máximo en diez mil. 3) Para la medición de un día-multa podrán estimarse los ingresos del autor, su patrimonio y otros fundamentos. 4) En la decisión se darán la cantidad y el importe de los días-multa".

El § 19 del código austriaco dispone: "1) La multa se cuantifica en días-tipo. Como mínimo importa dos días-tipo. 2) El día-tipo se cuantificará conforme a las condiciones personales y a la capacidad económica de contribución del infractor del derecho al tiempo de la sentencia de primera instancia. No obstante, el día-tipo se establecerá entre un mínimo de veinte chelines y un máximo de tres mil"³⁴⁷.

Entre el sistema alemán y el austriaco para cuantificar el monto del día de multa, media una considerable diferencia, que da lugar a encontradas opiniones de los autores en el campo político-criminal: el sistema alemán tiene en cuenta el ingreso del condenado, en tanto que el austriaco

verse LOZANO, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Comparado o el Código penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, México, 1874, pp. 492-500.

³⁴⁴ El sistema del día-multa se incluyó en el proyecto veracruzano de 1923, fue sancionado en el código del Distrito Federal de 1929 y en el código veracruzano de 1932, entre otros (Cfr. ZAFFARONI, *El proyecto Almaraz-Etchegaray-García Peña* (1923), en RJV, 1969, n° 4, pp. 75 y ss.).

³⁴⁵ La paternidad del sistema fue justamente reclamada por varios autores brasileños. V. la bibliografía y opiniones cit. por LUIZ REGIS PRADO, *Pena de multa, aspectos históricos e dogmáticos*, São Paulo, 1980, p. 58.

³⁴⁶ BERISTAIN, op. cit., pp. 46-47; RIEGGER, op. cit., p. 267.

³⁴⁷ Sobre el día-multa, ZIPF, HANS, *Zur Ausgestaltung der Geldstrafe im kommenden Strafrecht*, en ZStW, 1965 (77), pp. 526-562; TRÖNDLE, HERBERT, *Die Geldstrafe im neuen Strafsystem*, en MDR, 1972, pp. 461 ss.

toma como base el total de la renta del mismo, con lo que el último es más gravoso ³⁴⁸.

Respecto de este sistema, y teniendo en cuenta que "la más importante función de la pena pecuniaria es reemplazar a las penas cortas privativas de libertad" ³⁴⁹, Baumann quiso avanzar más con un sistema de "tiempo o plazo de multa", imponiendo una reducción de las entradas periódicas del sujeto en forma de rebajarle su nivel de vida ³⁵⁰. Esta finalidad se espera obtenerla mediante el pago de una suma cada vez que reciba sus haberes o entradas durante un cierto tiempo. Este sistema fue propuesto por Baumann y aceptado en el proyecto alternativo, cuyo § 50 dice: "1) En lugar de una pena privativa de libertad hasta un año se impondrá multa, aunque la ley sólo comine pena privativa de libertad, cuando el fin de la pena pueda ser alcanzado con una multa. 2) En lugar de un día de pena privativa de libertad, se aplica un día-tipo". El sistema propugnado por el proyecto alternativo se distinguía del adoptado por el proyecto oficial de 1962, es decir, del común sistema del día-multa, porque pretendía reemplazar completamente las penas cortas privativas de libertad, porque se orienta por el criterio de pago periódico y porque da lugar a su reemplazo con trabajo libre ³⁵¹.

Es indiscutible que, de los tres sistemas cuya conveniencia se discute en la legislación comparada, tiende a predominar el sistema brasileño del día-multa, que respondería al criterio de que el número de días debe fijarse atendiendo a la magnitud del delito y de la culpabilidad y la suma que importa cada día atendería al ingreso diario del sujeto, aunque esta individualización nítidamente escindida tiende a reemplazarse por un sistema más integrado o combinado ³⁵².

En cuanto a la importancia que en la legislación comparada viene cobrando la pena de multa, cabe advertir que con ella se tiende a reducir el ámbito de las penas cortas privativas de libertad, lo que parece que en los países en que se introdujo el día-multa ha sido logrado en medida respetable ³⁵³. Esta revaloración

³⁴⁸ Sobre ello, JESCHECK, *Die Goldstrafe als Mittel moderner Kriminalpolitik in Rechtsvergleichender Sicht*, en "Festschrift Württemberg", p. 257.

³⁴⁹ BOCKELMANN, 206.

³⁵⁰ BAUMANN, JÜRGEN, *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristigen Freiheitsstrafe*, Berlín, 1968; del mismo, en "Hom. a J. de Asúa", trad. de E. Bacigalupo, Bs. As., 1970, pp. 1 y ss.

³⁵¹ Cfr. JESCHECK, quien encuentra que el sistema presenta dificultades prácticas (*Die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs (Allg. Teil)*, en ZStW, 1968 (80), pp. 54-88 (68-69). La respuesta de BAUMANN en *Beschränkung*, cit., pp. 4 y ss.

³⁵² V. JESCHECK, *Die Geldstrafe als mittel moderner Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht*, en "Fest. f. Württemberg", Berlín, 1978, pp. 257 y ss.

³⁵³ Ibidem.

de la multa penal encuentra su justificación tanto en el descrédito sufrido por las penas privativas de libertad como instrumento resocializador, como también en la mayor estima de los valores económicos en nuestro siglo. De cualquier manera, el problema más grave de la multa en cuanto a sustitutivo penal de penas privativas de libertad, finca en que también debe tener otros sustitutivos, para el caso que sea impracticable. Como bien lo señala Württenberger, para que la pena de multa pueda reemplazar a la pena corta privativa de libertad, debe ser reformada de tal forma que el tribunal tenga otros medios de reemplazarla, adecuados a la prevención especial, cuando la misma no pueda aplicarse porque sea incobrable³⁵⁴.

613. **La multa en nuestro derecho vigente.** En el código Tejedor, la multa no era pena principal (art. 131) y se imponía al tribunal la obligación de tomar en cuenta "los bienes, empleo o industria del delincuente" (art. 128). El art. 128 imponía que la multa fuese proporcionada a la capacidad económica del condenado, y el 130 decía que "los jueces podrán recorrer la extensión en que la ley permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, a más del caudal, facultades o industria del culpable, las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho". En síntesis, el código Tejedor ordenaba individualizar la pena conforme a los criterios que la legislación comparada contemporánea busca armonizar: el grado del delito (antijuridicidad y culpabilidad) y la capacidad económica del penado.

El código de 1886 se ocupaba de la multa en su art. 79, en que repetía parte del texto de Tejedor, aunque la supresión afectaba el buen equilibrio que mantenía aquél. Dicha disposición señalaba: "La pena de multa obliga al reo al pago de la cantidad pecuniaria a que ha sido condenado en la sentencia. La multa será siempre proporcionada a los bienes, empleo o industria del delincuente, salvo los casos especiales de la ley; y si no pudiese pagar la multa, sufrirá arresto equivalente que no podrá pasar de nueve meses".

Los arts. 39 y 40 del proyecto de 1891 consagraban una regulación similar a la vigente, que va configurándose más próximamente en el art. 28 de los proyectos de 1906 y 1916, y más aún en el art. 22 del proyecto de 1917, hasta que le da su redacción definitiva el Senado, aceptada por la Cámara de Diputados³⁵⁵.

El decreto-ley 4778/63 derogó el art. 64 del código, que extinguía la acción penal por delito penado con multa, mediante el pago voluntario

³⁵⁴ WÜRTEMBERGER, THOMAS, *Die Reform des Geldstrafenwesens*, en ZStW, 1952 (64), pp. 17-30; también DOLEISCH, WOLFGANG, *Alternativen zur Freiheitsstrafe unter besonderer Berücksichtigung der Geldstrafe*, en "Strafrechtliche Probleme der Gegenwart", Wien, 1974, II, pp. 59 y sig.; JESCHECK, op. cit.

³⁵⁵ Edición oficial, p. 587.

del máximo de la misma, pero ese artículo recuperó su vigencia con la ley 16.648 de 1964, para perderla nuevamente con la ley 17.567, recuperarla con la ley 20.509 y perderla una vez más con la ley 21.338.

El monto de las penas de multa no fue actualizado desde la sanción del código hasta el 1° de abril de 1968, pese a que en 1968 el valor real de la moneda era inferior al 1 % del original. A partir de esa fecha, en que entró en vigencia la ley 17.567, el monto de las multas se multiplicó por cien en los mínimos y por doscientos en los máximos. Cinco años después, en 1973, la ley 20.509, al derogar la ley 17.567, dispuso una nueva actualización, pero de los montos originales. Pese a que el valor real de la moneda en 1973 era menor al 25 % del valor de 1968, esta ley dispuso que los mínimos debían multiplicarse por cien (es decir, igual valor al de 1968) y los máximos por ciento cincuenta (o sea, un veinticinco por ciento menos del valor nominal de 1968). Posteriormente se adoptó una nueva técnica legislativa, actualizando los montos en forma individual con la ley 21.338 en 1976 y en abril de 1981, mediante la ley 22.461.

La ley 17.567 había dispuesto otras dos modificaciones relacionadas con la pena de multas: a) incorporó como artículo 22 bis un texto según el cual, en los delitos cometidos "con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de la libertad una multa aun cuando no está especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquella"; b) agregó al art. 26 un párrafo disponiendo que "no procederá la condenación condicional para las penas de multa e inhabilitación". Ambas reformas fueron derogadas en 1973 por la ley 20.509 y recuperaron vigencia en 1976 por la ley 21.338.

En cuanto a los proyectos de reforma, el de 1937 siguió los lineamientos vigentes (art. 59). El de Peco fue más innovador, pues estableció la multa como pena principal (art. 48), prohibiendo su conversión en privación de libertad, y también como pena "accesoria", en el mismo sentido en que la introdujo la ley 17.567. El proyecto de 1951 autorizaba el pago en cuotas hasta en cinco años y la cumplimentación con trabajo libre, admitiendo la conversión en prisión como último recurso (arts. 77 a 79). El proyecto de 1953 establecía la multa "accesoria" igual "a la cuantía del mero ilícito obtenido, que no excederá de ~~cien~~ mil pesos" (art. 53). El proyecto de 1960 introducía el sistema del día-multa (art. 59) y la "multa conjunta" (art. 76). El proyecto de 1974-1975 fue en este aspecto más novedoso, puesto que en cierto modo se aproximó a la solución de Baumann y del proyecto alternativo alemán. Las disposiciones del mismo referidas a la multa decían: "Art. 32. La pena de multa obligará al condenado a pagar al Estado, en cuotas periódicas, una suma de dinero fijada en función de sus ingresos diarios, su capacidad económica, su aptitud para el trabajo y sus cargas familiares. En caso de que la pena no fuera inferior a noventa días podrá disponerse además, la sujeción del condenado a una o más de las reglas de conducta del artículo 25 que se estimaran pertinentes. El mínimo será de sesenta días-multa y el máximo de setecientos veinte.

Las cuotas que el condenado deba pagar no superarán el máximo embargable de su sueldo, si éste fuera su única fuente de recursos.

El incumplimiento injustificado del pago de la multa y también la grave o persistente infracción de las reglas de conducta que se hubieran impuesto al condenado, determinarán la conversión de la multa en prisión de cumplimiento efectivo a razón de un día de prisión por uno de multa. Por una vez podrá admitirse que el condenado actualice el pago de las cuotas de multa pendientes, descontándose de su monto el equivalente a los días de prisión cumplidos". Art. 33. "La multa podrá ser substituída por la prestación de trabajo a favor del Estado o de instituciones de bien público, si el condenado no pudiera hacerla efectiva o si ello fuera conveniente. Cada día de trabajo saldará una suma por lo menos igual a la que, de acuerdo con las leyes laborales, correspondería como jornal".

El art. 21 del código penal establece que "la multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determine, la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del art. 40, la situación económica del penado". Tal lo dispuesto por el párrafo 1º de ese artículo, que importa el concepto general de las consecuencias de la multa en nuestro derecho. Brevemente dicho: *la multa penal es el pago al Estado de una suma de dinero que se fija en la sentencia condenatoria y que se impone con fin resocializador, a efectos de que la quita que sufra el condenado opere como contramotivación para futuros impulsos a la comisión de injustos penales.*

Conforme al art. 5 de nuestro código la multa tiene el carácter de una pena principal, de modo que puede ser impuesta como pena única, tal como sucede en los arts. 99 inc. 1º, 103 segunda parte, 175, 136 tercera parte, 247, etc. En mayor número de ocasiones el código la conmina en forma conjunta con la prisión, como por ejemplo en los arts. 109, 110 segundo párrafo, etc. También aparece conminada conjuntamente con la inhabilitación absoluta (art. 270) y otras con la inhabilitación especial (art. 94, 136 segundo párrafo, 242, 249, 207). Otras veces se la conmina en forma alternativa con la prisión (arts. 108, 159 y 206). Por otra parte, en los casos de delitos con "ánimo de lucro", aparece su conminación conjunta por efecto del art. 22 bis, la que queda a criterio del tribunal.

Nuestro código penal no contiene, en su parte general, normas que permitan establecer el mínimo y el máximo de las penas divisibles, razón por la cual para determinar el mínimo legal fijo de la pena de multa debemos considerar: a) las escalas penales de la parte especial cuyo mínimo para la pena de multa es de \$ 250.000 y corresponde al art. 242; b) las siguientes disposiciones de la parte general: art. 21, según el cual el reo que no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de

año y medio; art. 24, que establece que por cada día de prisión preventiva se computará uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre 20.000 y 125.000 pesos; los arts. 44 y 46, que reducía, de un tercio a la mitad las penas aplicables al autor de tentativa y al de cooperación simple en la participación, respectivamente, y el art. 55 que establece la pena aplicable en el concurso de delitos, prohibiendo que el máximo exceda del de la especie de pena que se trate.

Conforme a lo expuesto, el importe mínimo de la pena de multa será de \$ 250.000 cuando no sean aplicables las reducciones previstas en los arts. 44 y 46; de \$ 166.666 cuando proceda la reducción establecida en el art. 44 o en el art. 46, y de \$ 111.111 si proceden ambas reducciones. En los dos casos aplicamos la reducción de un tercio, criterio que comparte Núñez, y no la de la mitad, conforme al criterio que prevalece en la jurisprudencia nacional, según la cual el mínimo de \$ 250.000 se reduciría a \$ 125.000 y \$ 62.500, respectivamente.

En cuanto al máximo de la pena de multa consideramos que debe establecerse combinando las disposiciones de los artículos 21 y 24 de la parte general. Según el art. 21, si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio; conforme al art. 24 el tribunal fijará entre 20.000 y 125.000 pesos la cantidad de multa que corresponde a cada día de prisión preventiva. Considerando que cada día de prisión sustitutiva tenga el valor máximo previsto para la unidad en el art. 24, es decir \$ 125.000, resulta que la medida máxima de la pena de multa sería de 540 días a \$ 125.000 cada día o sea \$ 67.500.000³⁵⁶, cifra que excede al máximo fijado en la parte especial para cada uno de los delitos reprimidos con multa, salvo el caso del delito de usura, art. 175 bis del código, para el cual establece multa de \$ 15.000.000 a \$ 90.000.000 cuando el autor del delito fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual.

En la actualidad, en nuestro código penal están establecidos los siguientes montos de multa: de 20.000 a 125.000 pesos conforme a la regla del art. 22 bis; de 250.000 pesos a 10.000.000 de pesos, en el art. 242; de 300.000 pesos a 15.000.000 de pesos en los arts. 108, 110, 136, 204, 247, 249, 252, 253, 254, 255, 286 y 290; de 500.000 a 20.000.000 de pesos en los

³⁵⁶ Cfr. SUÁREZ, ELOY EMILIANO, *Individualización judicial de la pena de multa*, en "Rev. Arg. de Cs. Penales", mayo-setiembre de 1977, pp. 88 y ss., conforme a montos anteriores.

arts. 94, 99 inc. 1°. 103, 109, 127 bis, 155, 156, 159, 175, 203, 206, 270, 278, 278 bis, 281, 284 y art. sin número después del art. 301; de tres a treinta millones de pesos en el primer párrafo del art. 175 bis y de quince a noventa millones de pesos en el tercer párrafo del art. 175 bis.

Entendemos que no puede considerarse como máximo de la pena de multa el del art. 175 bis del código penal, porque es de toda evidencia que constituye una excepción a las reglas que surgen de los arts. 21 y 24 del mismo texto. Esto se pone de manifiesto mediante la innegable circunstancia de que en caso de imposición de una pena de más de 67.500.000 pesos y de incumplimiento de la misma, la prisión sustitutiva no podría exceder nunca de un año y medio. La única interpretación coherente es admitir que en ese único caso el máximo de la conversión diaria sería de 166.666 pesos, alterando la regla de 125.000 pesos del art. 24.

Es muy posible que la excepción que configura el máximo del 175 bis obedezca a que no se reparó suficientemente en la original evolución del monto de la pena en él establecida. En efecto: ese dispositivo fue introducido por la ley 18.934 de 1971, que para el segundo párrafo fijó una multa de 15.000 a 60.000 pesos (la del primer párrafo era de 5.000 a 20.000 pesos), pero esas cantidades fueron las únicas que en su momento se establecieron en pesos según la ley 18.188. La ley 20.509 multiplicó por cien los mínimos y por ciento cincuenta los máximos, sin reparar en esa característica, con lo cual la pena quedó totalmente desproporcionada en relación con las restantes multas del código penal, que estaban originalmente en pesos moneda nacional. La ley 21.338 actualizó individualmente los montos, pero dejó inalterado el del art. 175 bis. Finalmente, la ley 22.461 de 1981 estableció el monto del primer párrafo entre tres y quince millones de pesos y el del segundo párrafo entre treinta y noventa millones de pesos.

Cabe aclarar, finalmente, que el art. 262 del código penal reprime con multa estableciendo el máximo y mínimo de la misma según un porcentaje del monto de lo sustraído, que fija entre el 20 y el 60 % de su valor. De este modo, también en este caso será posible que resulte inferior al mínimo de 250.000 pesos o superior al máximo de 67.500.000 pesos. Debe entenderse como otra excepción, aunque igualmente, en caso de conversión no podría exceder la prisión del año y medio señalado por el art. 21.

Uno de los problemas más serios que plantea la multa hemos visto que es su conversión en prisión para el caso de incumplimiento. Dado que la importancia de la multa deriva justamente de ser un sustitutivo de las penas cortas privativas de libertad, la prisión,

sustitutiva de la propia multa para el caso del incumplimiento, constituye una vía indirecta de reintroducirlas en el sistema penal. No obstante, es una consecuencia inevitable en muchos casos, pero que debe manejarse como un *último recurso*. Así lo entiende nuestro código, cuyo art. 21 en su párrafo 2º dispone que “si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio”, pero a renglón seguido prevé una serie de posibilidades que tienen por fin reducir al máximo este inconveniente. Para ello, proporciona tres alternativas diferentes:

a) *“El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado”.*

β) Cuando no fuese posible el procedimiento anterior, tiene aún la posibilidad de autorizar *“al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello”.*

γ) La otra alternativa consiste en “autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas”. En este supuesto *“el tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos según la condición económica del condenado”.*

La obligación que incumbe al tribunal de ejecutar la multa sobre los bienes o entradas del penado, tiene por objeto que no sea la mera voluntad del penado la que cambie una pena pecuniaria en una pena privativa de libertad³⁵⁷. La prestación libre de trabajo es un recurso sumamente interesante, pero prácticamente no usado en nuestro país —ni en Suiza, que es de donde proviene³⁵⁸— aunque quizá sea la falta de práctica judicial la que lo haya relegado. Se trata de prestación de trabajo fuera de todo lugar de encierro, pero que no debe confundirse con el pago en cuotas u otro parecido. La ley autoriza que el penado “amortice”, es decir, que “redima” su multa, que se libere de ella. Una forma de “amortizar” es el pago, pero aquí autoriza una forma de amortización diferente, de modo que no debe confundirse con el pago, puesto que se anularía toda su ventaja. La posibilidad que la ley prevé es que el sujeto se libere de su deuda *directamente mediante su trabajo personal*³⁵⁹. Deberá,

³⁵⁷ Cfr. Despacho de la Comisión de Diputados (MORENO (H), RODOLFO, II, 98).

³⁵⁸ Cfr. JESCHECK, op. cit., en “Fest. f. Würtenerger”.

³⁵⁹ Esta posibilidad fue introducida por la Comisión del Senado (v. RAFFO DE LA RETA, II, 295-6).

pues, el tribunal indicar el lugar y clase de trabajo y el número de horas que corresponden para amortizar con ello la deuda. A falta de cualquier otra indicación en el código, cabe entender que deberá considerarse beneficiario primario de ese trabajo el mismo organismo que se beneficia con la multa y, en caso de no ser factible, una entidad de bien público o un servicio asistencial o sanitario o la misma administración de justicia.

Puesto que el código prescinde de toda indicación precisa al respecto, cabe que el tribunal fije el equivalente a la multa en número de horas de trabajo tomando como base el salario corriente para la especie de trabajo de que se trate.

Toda vez que la amortización con trabajo libre la puede "autorizar" el tribunal, ello indica que la deberá solicitar el propio condenado, no pudiéndosela imponer el tribunal. Cabe entender que, en lo posible, el tribunal tratará de que las horas de prestación de trabajo no coincidan con las de las tareas habituales del condenado.

Puede suceder que el condenado preste parcialmente el trabajo libre y luego interrumpa voluntariamente el mismo, caso que el código no tiene previsto. En tal supuesto, resulta equitativo aplicar por analogía la fórmula de la prisión preventiva del segundo párrafo del art. 22 y descontar de la multa la parte que el sujeto hubiese redimido con su trabajo.

La tercera variable, es decir, la autorización a pagar en cuotas, no establece el número de las mismas ni su proporción, lo que deberá ser fijado por el tribunal prudentemente, teniendo en cuenta la situación económica del condenado³⁰⁰.

Puesto que nuestras leyes procesales carecen de dispositivos que regulen la determinación de la condición económica del condenado, el tribunal deberá instrumentar un procedimiento para salvar ese defecto. La redención de la multa por el trabajo libre y el pago en cuotas son dos medios que el tribunal puede autorizar, pero para ello deberá valerse de cierto criterio, que no puede ser otro que el emergente de la situación económica del condenado y de su familia. Se trata de una facultad de apreciación del tribunal que —como ninguna— no puede ser arbitraria, sino que debe hacer

³⁰⁰ La regla que impone tomar en cuenta la situación económica del condenado en la multa fue introducida por la Comisión del Senado (v. RAFFO DE LA RETA, II, 295-6).

un uso racional de la misma, procurando que la multa no se convierta en una privación patrimonial insoportable para el penado o que trascienda en forma negativa a su familia. En modo alguno puede regirse el tribunal por consideraciones de otro orden, tales como apelar a la "personalidad moral" del art. 26, puesto que ellas no están autorizadas por el art. 21. El criterio que siempre debe mantenerse es el de la cláusula de que la conversión es la última alternativa, que únicamente puede tener lugar cuando el condenado no pague o redima la multa aunque tenga la posibilidad de hacerlo.

Puede darse el supuesto en que se acredite que efectivamente el condenado no dispone de bienes ni se encuentra en condiciones de prestar un servicio que efectivamente importe una amortización de la multa, por ejemplo, porque sus condiciones físicas o intelectuales se lo impidan. No hay regla que imponga al juez que la amortización debe tener lugar imputando el trabajo libre a la multa conforme al pago del salario normal de la actividad de que se trata, sino que ésta es una simple regla de buen sentido para los casos usuales. Nada impide, pues, que en un caso extraordinario, el tribunal autorice al penado a trabajar en forma libre, conforme a sus posibilidades, por un período razonable, aunque objetivamente su precio no importe el monto de la multa, siempre que el tribunal considere, conforme a las circunstancias, que con ello se alcanza igualmente el fin preventivo especial de la pena.

En caso de incapacidad total del penado, tampoco la ley prohíbe, sino que, por el contrario, a nuestro juicio impone que se postergue el cumplimiento de la pena hasta que el penado recupere su capacidad de cumplirla. Si ello tiene lugar con las penas privativas de libertad, como sucede en el supuesto de la locura sobreviniente, con mucha mayor razón corresponderá igual criterio tratándose de una pena de multa ^{360 bis}. En cualquier caso debe regir el principio de que el derecho no puede obligar a lo imposible, lo que debe regir con carácter general, puesto que de lo contrario, la conversión de la multa sería inconstitucional ³⁶¹.

Cuando *la voluntad reprochable del penado* dé lugar a que la multa se convierta en pena privativa de libertad, el tribunal la regulará convirtiéndola en una pena de prisión que no excederá de

^{360 bis} Tampoco en España admite la doctrina que la total insolvencia pueda fundar un arresto (Cfr. QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *El arresto sustitutorio*, en "Cuad. de Pol. Crim.", 2, 1977, pp. 111 y ss.

³⁶¹ En sentido análogo, REGIS PRADO, LUIZ, op. cit., p. 43.

un año y medio (art. 21, 2º párrafo). Para esa regulación el código no fija ningún equivalente entre la pena de multa y la de prisión. Sin embargo, el art. 22 dispone que del importe de la multa “se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional del tiempo de detención que hubiere sufrido”, lo que da idea de que la regla del art. 24 siempre ha de tener un cierto carácter indicador.

Esta equivalencia y las posibilidades tan amplias que el art. 21 otorga al tribunal deben llevarnos a la conclusión de que en nuestro sistema positivo *prácticamente el tribunal puede elegir entre cualquiera de los tres sistemas que la legislación comparada discute*. En casos de penas alternativas, el juez puede razonar pensando que al sujeto le corresponderían tres meses de prisión, pero que prefiere convertirlos en días-multa que cuantifica, conforme a la capacidad económica del penado, asignando a cada uno una cantidad dentro del mínimo y del máximo señalado en el art. 24. También puede pensar que conviene el pago en cuotas de esa suma, ateniéndose a las entradas periódicas del penado y fijarle un número de cuotas (cuatro, por ejemplo), que le limiten su nivel de vida durante ese período. En el más simple de los casos, puede calcular una suma total, teniendo en cuenta el patrimonio y la capacidad de pago del penado. En cualquiera de los casos, puede reemplazar la multa por la prestación libre de trabajo, cuando crea que esto es más conveniente a los fines de la pena que el condenado no puede cumplir de otra manera, o que, pudiéndola cumplir, exigirían del mismo un sacrificio desmesurado o trascendería a la familia o a terceros ajenos al hecho. En otras palabras: *nuestro sistema positivo es simplísimo, pero tiene la virtud de dar al tribunal toda la gama de variables que propugna la legislación comparada, con la ventaja de que el tribunal puede elegir la más conveniente*.

Sin embargo, por una *cruel miopía político-criminal de nuestros apresurados legisladores de los últimos años*, que en esta materia —como en todas— se mueven por consideraciones políticas del sector gobernante del momento, los beneficios de tan inteligente sistema son neutralizados por la escasa posibilidad que el código deja para que el juez opte entre multa y prisión, como también porque los límites del art. 24, que actualmente prescribe que un día de prisión preventiva equivale a una multa entre 20.000 y 125.000 pesos, resultan constantemente superados por efecto del fenómeno

inflacionario, que reduce la multa a una pena despreciable³⁶². Piénsese que mientras la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires se da el lujo arbitrario de penar una infracción de tránsito con enormes sumas de dinero, un día de prisión preventiva equivale a 125.000 pesos como máximo. Estas limitaciones legales han dado lugar a que la magistratura argentina no haya tomado suficiente conciencia de los poderes que tiene en cuanto a la pena de multa y no se halle habituada a manejarla, lo que hace que, en general, comparta el criterio del legislador, que aún cree que tiene en la criminógena pena corta y media privativa de libertad un eficaz instrumento preventivo especial y general. Es lógico que nuestra magistratura no sepa manejar adecuadamente una pena cuya instrumentación el legislador le retacea.

Por otra parte, nuestra legislación de los últimos años ha sido totalmente incoherente en la materia, puesto que —siguiendo las afirmaciones certeras de Soler— se pretendió revalorar la pena de multa y asignarle un destacado lugar en nuestro sistema de penas, lo que se puso de manifiesto con la introducción del art. 22 bis, con la supresión de la posibilidad de imponerla condicionalmente y de la extinción de la acción penal por pago voluntario, pero, sin embargo, esas mismas reformas no se preocuparon de instrumentarla como sustitutivo de las penas cortas y medias privativas de libertad, puesto que multiplicaron las hipótesis de aplicación conjunta obligatoria o facultativa, pero no las de aplicación única o alternativa y porque no tomaron los recaudos necesarios para dejar a la multa al margen del efecto deletéreo que sobre su significación e importancia produce el proceso inflacionario. Debido a ello, nuestra legislación penal vigente padece, en este como en tantos otros aspectos, las dolencias inherentes al anquilosamiento provocado por una política penal traducida legalmente por políticos de ocasión y de turno.

Aún cuando la multa se convirtiere en prisión, el art. 22 dispone que “en cualquier tiempo en que se satisficiera la multa, el reo quedará en libertad”. Esta disposición resulta coherente si pensamos que la pena de prisión tiene carácter sustitutivo, pero no es una “pena por no pagar la multa”, sino una “pena que libera de la pena de multa”.

En caso que la pena de multa hubiese sido impuesta conjuntamente con la de prisión y no se cumpliera con su pago, no podrá convertírsela en prisión si la imposibilidad de pago proviene del encierro. En caso que

³⁶² Sobre el problema de la inflación y la multa en nuestros países, RIEGGER, op. cit., p. 270; DE LA RÚA, 253; REGIS PRADO, LUTZ, op. cit., p. 44.

provenga de otra causa y que revele la voluntad del condenado de sustraerse a ella, la pena de multa deberá unificarse con la de prisión conforme a las reglas del art. 58, dejando a salvo que si el condenado paga la multa en cualquier momento anterior al cumplimiento total de la pena de prisión, ésta quedará reducida al monto de la pena de prisión que le hubiese correspondido al condenado antes de la unificación³⁶³.

En cuanto al destino que tienen los fondos provenientes del pago de las penas de multa, la ley 21.661, del 7 de octubre de 1977, ha agregado como artículo 103 bis de la ley penitenciaria nacional, el siguiente: "El importe de las multas aplicadas por los Tribunales Nacionales con asiento en la Capital Federal y en el interior del país, por la comisión de delitos previstos en el Código Penal, será destinado al patronato que dentro del ámbito de la competencia territorial del Juzgado de Primera Instancia que dictó sentencia, cumpla las funciones establecidas en el artículo 102". Entendemos que si éste es el destino que tiene la multa, que es la pena pecuniaria principal, igual destino deben tener las penas pecuniarias accesorias previstas en nuestra legislación penal.

614. La multa conjunta del art. 22 bis. El art. 22 bis fue introducido en nuestro código por la ley 17.567, derogado por la 20.509 y restablecido por la ley 21.338. Su texto actual, con la actualización de la multa dispuesta por la ley 22.461, dispone: "Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aún cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquella. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de veinticinco millones de pesos".

Esta disposición tiene su fuente en el art. 50 del código suizo. En nuestro país aparece por vez primera en el art. 81 del proyecto de 1953, con la salvedad de que este último le asignaba un monto "igual a la cuantía del lucro ilícito obtenido, que no excederá de cien mil pesos". Análogas disposiciones se hallan en el art. 76 del proyecto de 1960 y en el art. 78 del anteproyecto de 1973. Sus antecedentes se remontan a Montesquieu y Filangieri.

La disposición plantea dos hipótesis: la inexistencia de una pena de multa prevista y la previsión de una multa sólo en forma alternativa. En este último caso, la aplicación conjunta no implica que se altera la pena, sino que ésta se mantiene dentro del mínimo y máximo establecidos para la multa alternativa que, en función del art. 22 bis, se aplica en forma conjunta. En el primer caso, el art. 22 bis crea la pena aplicable, previendo únicamente el máximo, pero

³⁶³ Cfr. DE LA RÚA, 264-5.

omitiendo toda referencia al mínimo, con lo cual queda entendido que conforme a la unidad mínima de conversión del art. 24, lo estimamos en veinte mil pesos.

Se trata de una verdadera pena acumulativa y en modo alguno de una pena accesoria. Ello implica que su aplicación requiere todos los requisitos que presupone la aplicación de cualquier pena, incluyendo la requisitoria fiscal³⁶⁴. En cuanto a sus presupuestos de fondo, la ley requiere el *ánimo de lucro* y la *resolución judicial fundada*, puesto que no prescribe su aplicación automática. Ambos requisitos no deben confundirse, puesto que su confusión contribuye a agregar recaudos que no se hallan en la ley o a dejar expedito el camino a la arbitrariedad.

Creemos que el *ánimo de lucro* no puede ser otra cosa que el ánimo de obtener una ventaja patrimonial. Se trata de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, pero que no consiste en una ultra-finalidad, sino en una especial disposición del ánimo: no es necesario que el sujeto quiera obtener una forma inmediata con el acto un beneficio o ventaja patrimonial, sino que basta con que haya actuado con el ánimo de que esa conducta, aún en forma indirecta, le reporte una ventaja patrimonial. No será necesario que quien facilite la prostitución de menores lo haga por precio, pero habrá igualmente ánimo de lucro cuando lo haga pensando que los beneficiarios de la misma son ejecutivos de empresas proveedoras, y que su conducta se traducirá en una ventaja patrimonial en alguna transacción comercial más o menos próxima. El precio o el fin de lucro trasuntan un ánimo de lucro, pero en modo alguno, el ánimo de lucro se agota con el fin inmediato de lucro, sino que el ánimo de lucro es una disposición interna del sujeto que abarca una mayor pluralidad de hipótesis.

Sin embargo, su aplicación no obedece únicamente a este requisito del ánimo de lucro que, como acabamos de ver, es tan amplio, sino que requiere, además, una resolución judicial fundada, desde que el art. 22 bis dice "podrá agregarse" y no meramente "se agregará". Ello significa que este capítulo crea una calificante de agravación —un tipo calificado agravado— para cualquier tipo que no tenga prevista pena de multa o que la tenga prevista únicamente en forma alternativa, pero que de la cuestión de la aplicación de la multa conjunta en tales casos hace un problema distinto y con-

³⁶⁴ Cfr. GALLINO YANZI, CARLOS, op. cit. en "Rev. Arg. de Cs. Ps.", p. 36.

cerniente en forma preponderante a la *cuantificación de la pena*. Allí nos remitimos para establecer en estos casos, cuándo corresponde que el tribunal la aplique.

Sintéticamente dicho: la calificación de la conducta por el ánimo de lucro es una cuestión de tipicidad *necesaria* para la aplicación de la misma y dependerá de que en el caso concreto la multa conjunta cumpla el cometido preventivo especial de la pena, que es claramente una cuestión de cuantificación penal ³⁶⁵.

VI. — LA INHABILITACIÓN

615. **Evolución legislativa.** El código Tejedor dedicaba el capítulo tercero del título segundo de la sección segunda a las “penas privativas del honor y humillantes”. Estas penas consistían en inhabilitación, destitución, suspensión, retractación, satisfacción, sometimiento a vigilancia de la autoridad y reprobación pública. De estas penas son antecedentes de la actual pena de inhabilitación la así llamada en aquél texto (arts. 118 y 119), la destitución (art. 120), la suspensión (art. 121) y la disposición especial sobre eclesiásticos (art. 122).

El *art. 118* del código Tejedor preveía la inhabilitación absoluta y especial. La inhabilitación absoluta producía los siguientes efectos: “1°) La pérdida del empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de elección popular; 2°) La privación de todos los derechos políticos, activos y pasivos, durante el tiempo de la condena; 3°) La incapacidad para obtener los cargos, empleos y derechos mencionados, igualmente por el tiempo de la condena”. El *art. 119* establecía: “La inhabilitación especial para empleo o cargo público, produce la privación del empleo o cargo sobre que recae, y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos, produce la incapacidad de ejercer, durante la condena, aquellos sobre que recae”.

Las dos penas que contenía el código Tejedor y que desaparecen en la simplificación posterior eran la destitución y la suspensión. Respecto de la destitución, el *art. 120* decía: “La destitución se cumple privando al penado del empleo o cargo público que ejercía. La pena de la pérdida del empleo importa la pérdida de todos los servicios que en él hubiesen prestado los reos. Los reos que perdiesen sus empleos por sentencias, no pueden ser promovidos por un nuevo nombramiento a otros de la misma o diversa naturaleza, a no ser que haya declaración expresa de rehabilitación”. Respecto de la suspensión, el *art. 121* decía: “La suspensión de un cargo público se cumple impidiendo que el penado lo ejerza durante la condena, como también cualquier otro empleo, a no ser de elección popular. La suspensión de derechos políticos inhabilita para su ejercicio durante el tiempo de la condena”.

³⁶⁵ V. *infra*, § 646.

Los arts. 75 y 76 del código de 1886 repetían los arts. 118 y 119 del código Tejedor, sin mencionar las penas de destitución y de suspensión. No obstante, el art. 77, que se refería a eclesiásticos (como el 122 del código Tejedor) hablaba de la "pena de inhabilitación, destitución o suspensión", lo que constituía una clara muestra de las deficiencias de que adolecía ese texto legal.

La ley 4.189 del 22 de agosto de 1903 agregaba como inc. 4° del art. 75 el siguiente: "La pérdida de toda jubilación, pensión, o goce de montepío de que disfrutase o pudiese corresponderle, salvo que tuviera familia que sostener". Pese a ello, mantenía la incongruencia del art. 77.

El art. 101 del código Tejedor establecía que la pena de presidio llevaba consigo la de inhabilitación absoluta y la interdicción civil que privaba "de la administración de los bienes, y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos". Análoga era la disposición del art. 63 del código de 1886, que agregaba a la interdicción civil la incapacidad para ejercer la patria potestad.

El art. 17 del proyecto de 1891 preveía como consecuencia de la pena de presidio la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y la interdicción civil que privaba, durante la pena, de todos los derechos civiles, menos el de testar, sometiendo al condenado a la curatela de incapaces del código civil. El art. 43 preveía la inhabilitación absoluta en términos similares al código de 1886 después de la reforma de 1903, con la salvedad de que su inc. 2°, en lugar de referirse a "derechos políticos", decía: "La privación del derecho de elegir y ser elegido, en comicios populares". El art. 44 se refería a la inhabilitación especial, que importaba: "1°) La privación del empleo, cargo, comisión pública, función electoral o profesión en cuyo ejercicio se cometió el hecho punible. 2°) La incapacidad para ejercer otra función, cargo o profesión del mismo género".

El art. 17 del proyecto de 1906 mantenía como pena accesoria la inhabilitación absoluta, en las penas de presidio y prisión por más de tres años, en términos análogos al del proyecto de 1891. El art. 26 se refería a la inhabilitación absoluta en forma parecida al de 1891, simplificando aún más su inc. 2°: "La privación del derecho electoral". El art. 27 se refería a la inhabilitación especial y repetía el art. 119 del código Tejedor o 76 del código de 1886. La diferencia con el proyecto de 1891 fincaba en que el sistema vigente entonces y el proyecto de 1906 se referían a los derechos sobre "que recayere", en tanto que el proyecto de 1891 lo limitaba a la actividad en cuyo ejercicio el delito se hubiese cometido.

El art. 12 del proyecto de 1917 disponía: "La reclusión y la prisión por más de tres años importan la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y de uno a tres años más, según el caso y a juicio del tribunal. Importa también la privación de los derechos civiles con excepción del de testar, reconocer hijos naturales y contraer matrimonio "in extremis". El penado quedará sujeto a la curatela establecida en el código civil para los incapaces. La privación de la patria potestad corresponderá en todos los casos cuando el delito se haya cometido sobre los hijos del condenado o en perjuicio de los mismos". Los arts. 19 y 20 tenían la redacción con que fueron sancionados en 1921, salvo la previsión de la última parte del inciso 4° del art. 19 en su redacción original y una pequeña corrección de estilo en el art. 20.

El art. 12 del proyecto de 1917 fue modificado por la Comisión del Senado en la forma en que fue sancionado, que es la que se halla vigente ³⁶⁶.

El inc. 4º del art. 19 del código vigente decía: "La pérdida de toda jubilación, pensión o goce de montepío que disfrutare. Si el penado tuviese esposa, hijos menores, de cualquier clase, o padres ancianos y desvalidos, corresponderá a éstos el importe de la jubilación, pensión o goce de montepío. En caso contrario, su importe se destinará a aumentar los fondos provenientes de la aplicación del art. 11". Este texto fue reemplazado por uno análogo al vigente, por la ley 17.567, aunque por efecto de la ley 20.509 recuperó vigencia, hasta que la ley 21.338 reimplantó el mismo artículo de la ley 17.567, agregando únicamente la aclaración "civil o militar".

El art. 19 bis vigente fue introducido por la ley 21.338, en tanto que el art. 20 conserva la redacción original de 1921.

Los arts. 20 bis y 20 ter vigentes fueron introducidos por la ley 17.567, derogados por la ley 20.509 y restablecidos en su vigencia por la ley 21.338.

A lo largo de toda nuestra evolución legislativa, pues, se mantiene el criterio de que la inhabilitación tiene tanto el carácter de una pena principal como el de una pena accesoria y que también pueda tener carácter perpetuo como temporal.

616. La inhabilitación absoluta. La pena de inhabilitación es siempre una *pena de pérdida de derechos*, que se halla prevista en nuestro texto vigente en la forma de *inhabilitación absoluta* y de *inhabilitación especial*.

Los efectos que tiene la pena de inhabilitación absoluta están previstos en el art. 19 del código penal. De su lectura se desprende que no priva de todos los derechos, lo que, por otra parte, sería una "muerte civil" inadmisibles en el derecho contemporáneo. No se trata más que de la privación de una serie de derechos que están previstos expresamente en la ley ³⁶⁷. No es una pena que se diferencia cuantitativamente de la inhabilitación especial, sino que reconocer una diferencia cualitativa con aquélla: *la inhabilitación absoluta se aplica porque la naturaleza de la conducta hace incompatible con ella el ejercicio de los derechos de que priva*. La indignidad del autor para ejercer tales derechos surge de la propia naturaleza de la conducta y la privación de esos derechos cumple una función preventiva especial al inferir al autor el efecto de su indignidad.

Lleva razón Nuñez cuando —siguiendo a Herrera— destaca que la inhabilitación absoluta corresponde a una indignidad en el sentido de una

³⁶⁶ Cfr. MORENO (H), RODOLFO, II, 49.

³⁶⁷ Cfr. NÚÑEZ, II, 433; SOLER, II, 396.

incapacidad moral para el ejercicio de tales derechos³⁶⁸, aunque puede malentenderse su aclaración de que no es “un tratamiento que busque la reforma del delincuente”. Es verdad que no consiste en un tratamiento al estilo del penitenciario, lo que no requiere mayor aclaración, pero no puede interpretarse eso en el sentido de que no persigue un objetivo preventivo especial mediante la resocialización, puesto que su objetivo es tan resocializador como el de cualquier otra pena. La privación de los derechos de cuyo ejercicio se ha hecho indigno el autor es una motivación para su conducta futura.

El inciso 1º del art. 19 establece que la inhabilitación absoluta importa “la privación del empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de elección popular”. Por empleo o cargo público debe entenderse necesariamente el concepto que proporciona el art. 77 para conceptuar al que lo desempeña. Toda vez que la pena surte el efecto de privar de los derechos desde que la condenación queda firme, la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito. El inciso 3º del art. 19 prevé que esa inhabilitación importa la “incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas”, lo que implica que, además de perder el autor los que había adquirido antes de la sentencia, queda incapacitado para adquirir otros con posterioridad a la misma.

De la Rúa sostiene que la condena importa la pérdida de los empleos o cargos que cesaron después del delito y antes de la condena³⁶⁹. Creemos que en esto confunde una cuestión administrativa con una cuestión penal, puesto que no puede cesar un cargo o empleo que ya ha cesado.

Por “comisión pública” en el inc. 3º, debe entenderse un cargo obtenido por elección popular. “Comisión” significa representación o encargo que uno hace a otro, que es precisamente lo que tiene lugar en las democracias representativas. Ese inciso no puede referirse a otro tipo de “comisiones”, tales como jurado y otras funciones transitorias³⁷⁰, porque, además de ser redundante —puesto que entrarían en el concepto de función o empleo que se deriva del art. 77— surgiría una incoherencia insoslayable entre los incisos 1º y 3º del art. 19, puesto que el primero no privaría al condenado de las

³⁶⁸ NÚÑEZ, II, 432.

³⁶⁹ Así DE LA RÚA, 220.

³⁷⁰ Así lo creen NÚÑEZ, II, 434; DE LA RÚA, loc. cit.

funciones públicas aludidas —toda vez que no las menciona— ni el 3º le incapacitaría para cargos por elección popular, dado que no formula la aclaración que en forma expresa hace el inc. 1º.

El inc. 4º del art. 19 resulta bastante más problemático que los anteriores: “La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión. El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas”.

Esta previsión tiene su origen en el código español, cuyo art. 30 inc. 4º disponía: “La pérdida de todo derecho a jubilación, cesantía u otra pensión por los empleos que hubiere servido con anterioridad, sin perjuicio de la alimenticia que el Gobierno podrá concederle por servicios eminentes. No se comprenden en esta disposición los derechos ya adquiridos al tiempo de la condena por la viuda o hijos del penado”.

Comentando este precepto, decía Pacheco: “Las jubilaciones, los retiros, esas pensiones y derechos que se ganan por un número considerable de años, o por haberse inutilizado sirviendo al público; éstos, toda legislación bien ordenada debe reputarlos una propiedad, y respetarlos y considerarlos como se respeta y se considera a ésta. Es interés del servicio hacerlo así, es utilidad pública el elevar un muro de ante de esos derechos, para que nunca ni por ninguna causa se les toque. Nosotros miramos su apoderamiento por la sociedad, como miraríamos el de cualesquiera otras propiedades: parécenos una confiscación y la condenamos cual condenaríamos ésta”³⁷¹. Adán Quiroga se hizo eco de esta crítica y afirmaba: “La ley establece de lleno la confiscación, que tantas veces ha mirado con repugnancia”³⁷². De los mismos argumentos se hizo cargo Julio Herrera, quien recordaba —al igual que Quiroga— que en Italia se había rechazado la pérdida del derecho de pensión y sostenía que esta consecuencia, además de ser confiscatoria y de afectar un derecho ya adquirido, afecta a la familia³⁷³.

Se supone que esta pena tiene efecto sobre los derechos que se tienen en forma efectiva, pero no sobre los derechos en expectativa y que se extiende únicamente al tiempo que dura la inhabilitación. Sin embargo, creemos que es necesario formular algunas distinciones —que nuestra doctrina contemporánea no ha hecho—

³⁷¹ PACHECO, JOSÉ FRANCISCO, Madrid, 1870, I, 337.

³⁷² QUIROGA, ADÁN, op. cit., pp. 384-5.

³⁷³ HERRERA, JULIO, 106-7.

para no caer en una interpretación inconstitucional del inc. 4º del art. 19.

Las pensiones graciables, como una liberalidad que hace el Estado, pueden ser retiradas por el mismo a causa de la indignidad del beneficiario y, en tal sentido, nada obsta a que se suspendan durante todo el tiempo que dura la pena de inhabilitación absoluta ^{373 bis}. Sin embargo, no creemos que pueda afirmarse lo mismo respecto de los verdaderos derechos previsionales, es decir, de los que se adquieren en función de las leyes que regulan el sistema previsional. Aquí se trata de una percepción que le corresponde al condenado en razón del tiempo que ha trabajado y de los aportes que ha hecho durante ese tiempo a una Caja cuyos fondos se integran con aportes de empleados y empleadores, sin que el Estado tenga derecho alguno a disponer de ellos.

Esto lo destacaba Herrera cuando se refería únicamente a la Caja previsional creada por la ley 4349 ³⁷⁴. Puede resultar lógico que durante la efectiva privación de libertad de un sujeto se le retire su derecho de jubilación o pensión en beneficio de sus familiares o de la víctima o sus herederos, pero de ningún modo puede el Estado suspender el pago de una jubilación o pensión al sujeto cuando deba subsistir en Libertad. En la mayoría de los casos, ello implicará que el sujeto quede sin medio de subsistencia en una etapa de su vida en la que no puede trabajar o, al menos, en que no goza de la capacidad íntegra de trabajo. No se trata de una multa, sino de una verdadera confiscación —puesto que puede ser perpetua— por parte del Estado, que está claramente vedada por la Constitución.

Dicho en otras palabras: creemos que a título de pena puede privarse a un sujeto que cumple reclusión o prisión de la percepción de su jubilación o pensión, para que ese beneficio previsional, que se presume es su medio de vida, no se convierta en una renta, y ello, siempre y cuando esa privación no afecte a la fa-

^{373 bis} Puede ser considerada una forma de presencia del "derecho premial" en el derecho penal. Sobre ello, PISANI, MARIO, *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, en "L'Indice Penale", 1981-2-197 y ss.

³⁷⁴ Cfr. HERRERA, JULIO, 107. Cabe aclarar que la ley 4349 (art. 37), al igual que las leyes 10.650 (art. 33) y 11.110 (art. 28) disponían que en caso de condena a pena de presidio o penitenciaria se perdía el derecho a ser jubilado, pero según las dos últimas, se les reintegraban los aportes si no tenía familia que sostener y si no debían ser imputados a la reparación civil.

milia, puesto que la pena trascendería de la persona del penado. También resulta admisible que con dicha privación se beneficien los damnificados, parcialmente en el caso que haya familia o totalmente cuando no la haya, para que la retención del importe por parte del Estado constituya un caso excepcional, evitando así caer en la inmoralidad de que el Estado lucre con un beneficio del delito. Pero en modo alguno resulta admisible que el Estado, con motivo de un delito, prive a un sujeto de su único medio de vida, obtenido con su trabajo y mediante aportes hechos de sus sueldos, una vez que la privación de libertad ha cesado, convirtiéndole en un "muerto civil", al que deberán sostener sus parientes pensionados o que, en caso de carecer de ellos, deberá terminar sus días apelando a la caridad pública. Justamente la inmoralidad que hay en toda confiscación —y que motiva su erradicación constitucional— es el enriquecimiento patrimonial del Estado a costa de la miseria del penado, que el de "bringandage", con que Servan designaba a la confiscación ³⁷⁵.

Consecuentes con este punto de vista —que, por otra parte, ha sido el de los autores más antiguos— y, teniendo en cuenta que ya en su tiempo, Herrera decía que no conocía otro código que el español que sancionase semejante iniquidad, *entendemos que la suspensión prevista en el inc. 4º del art. 19 se extiende a todo el tiempo que dura la inhabilitación siempre que se trate de beneficios graciables, pero que únicamente corresponde a los beneficios previsionales cuando la inhabilitación absoluta es accesoria (art. 12 del código penal) y mientras dura la efectiva privación de libertad del sujeto, puesto que extender la duración de la privación del beneficio previsional a la total duración de la pena de inhabilitación absoluta es una violación al art. 17 de la Constitución Nacional ("La confiscación de bienes queda borrada para siempre del código penal argentino")* ³⁷⁶.

Durante el tiempo que tenga lugar la suspensión, su importe es percibido por los parientes con derecho a pensión. En caso que se

³⁷⁵ SERVAN, *Oeuvres choisies de...*, París, 1825, III, 423.

³⁷⁶ Otra solución parece absurda, en momentos en que la doctrina reclama un sistema de ejecución especial para el infractor anciano (Cfr. SÁNCHEZ GALINDO, ANTONIO, *El anciano en prisión*, en "Criminología", Toluca, Edo. en México, 6, 1978, pp. 3 y ss.) y en que en esferas oficiales se estudia el problema previsional de los penados (PANDIS, JUAN, *Jubilación en favor de los penados*, en LL del 18-V-1979).

hubiese deducido la correspondiente acción civil, la víctima o los deudos que estaban a su cargo podrán concurrir con dichos parientes hasta la mitad del beneficio o, en caso de no haber parientes con derecho a pensión, podrán percibir el beneficio, aunque, en cualquiera de ambos casos, el total de lo percibido no podrá exceder del monto de las indemnizaciones fijadas.

Cabe aclarar que la concurrencia de la víctima o sus deudos con los parientes del condenado la puede disponer el tribunal "por razones de carácter asistencial", vale decir, que no corresponde, aunque haya una indemnización fijada, cuando la víctima o sus deudos no se hallen necesitados de tal asistencia. El porcentaje de la concurrencia tiene como máximo la mitad, es decir que, hasta ese máximo, corresponderá que lo fije el tribunal tomando en cuenta las necesidades de cada concurrente. Creemos que, además de las necesidades de subsistencia elemental, el tribunal deberá tener en cuenta el perjuicio que la situación puede causar a cada uno (piénsese en la posibilidad de que la concurrencia o el porcentaje de la misma sirva para impedir que alguno de los concurrentes deba enajenar la vivienda del grupo familiar, por ejemplo). Que la concurrencia se deriva de la necesidad o del perjuicio potencial surge no sólo de las "razones asistenciales", sino también de que, aparte de la víctima, los únicos deudos con derecho a concurrir en el beneficio, son los que estaban a cargo de la víctima, no correspondiendo en ningún caso la concurrencia de otros, aún cuando mediara una sentencia firme condenando a la reparación civil.

Menester es agregar que la fijación por parte del tribunal del porcentaje en que han de concurrir las personas con derecho a pensión y la víctima o deudos que estaban a cargo, no puede hacer cosa juzgada, puesto que las necesidades y perjuicios potenciales pueden cambiar durante la ejecución de la pena. A falta de un procedimiento establecido, cabe suponer que deberá tramitarse por vía de incidente, que podrá reabrirse mediante el ofrecimiento de las pruebas pertinentes, mientras no haya cesado la pena.

El criterio según el cual el tribunal deberá apreciar las necesidades de la víctima o de los deudos a su cargo y las de los parientes con derecho a pensión del autor, a efectos de establecer si corresponde la concurrencia y hasta qué límite, no puede ser arbitrario. Aquí no sólo ha de tener en cuenta lo que sea menester para una subsistencia mínima de esas personas, sino también para atender ciertos deberes de pago a largo plazo, siempre

que correspondan a gastos que parezcan adecuados, tales como las cuotas de la vivienda, del mobiliario o los gastos para la formación profesional de los hijos. Tal es el criterio que impera en la doctrina alemana cuando se trata de calcular el monto del día-multa y se cuida de hacerlo en forma que no trascienda al grupo familiar³⁷⁷.

617. La inhabilitación absoluta como pena accesoria.

La inhabilitación absoluta puede aplicarse como pena principal o como pena accesoria. Se aplica como *pena accesoria* en el supuesto del art. 12 del código penal, en que acompaña a la prisión o a la reclusión mayores de tres años. La primera parte del art. 12 del código penal dice: "La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito".

El origen de esta disposición se halla en el art. 101 del código Tejedor, que disponía que la pena de presidio llevaba consigo "la inhabilitación absoluta para cargos públicos por el tiempo de la condena, y por la mitad más". En el código de 1836 se repitió la previsión en el inc. 1º del art. 63, intercalando "y para el ejercicio de los derechos políticos, activos y pasivos". Las fuentes de esta disposición se remontan a la *muerte civil* que preveía el libro 2º, título 18 de la Partida Cuarta, el art. 18 del código francés, según la reforma de 1832³⁷⁸, el art. 16 del código napolitano, el art. 53 del código español de 1822 y el art. 7 del código de Baviera. Tejedor siguió al código español de 1850, cuyo art. 52 había atemperado la "muerte civil". No obstante, su naturaleza permanecía, y el mismo Pacheco comentaba que las accesorias "constituyen la parte de *muerte civil* que es admisible y que ha consagrado nuestro código"³⁷⁹.

Si bien el antecedente de esta disposición es la "muerte civil", hoy no puede entenderse como parte de una "muerte civil" a la inhabilitación absoluta accesoria. Hemos afirmado que se trata del único caso en que no resulta confiscatoria la suspensión de un beneficio previsional mientras dura la privación de la libertad del sujeto.

La disposición del art. 12 del código pone bien en claro que nuestro texto recepta una división innominada entre reclusión o prisión *mayor* y *menor*, puesto que este precepto, unido al art. 13,

³⁷⁷ V. JESCHECK, op. cit., "Fest. f. Würtenberger".

³⁷⁸ V. CARNOT, *Commentaire sur le Code Pénal*, París, 1836, I, 98-101.

³⁷⁹ PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO, Madrid, 1870, I, 366-367 (subrayado en el original).

revela que la reclusión o la prisión es *menor* cuando no supera los tres años (caso en que no importa inhabilitación accesoria y puede beneficiarse con libertad condicional en períodos breves), debiendo considerarla *mayor* en los demás casos.

Esta disposición permite que el tribunal pueda disponer que la inhabilitación absoluta accesoria dure hasta tres años más que la condena a pena privativa de libertad. Hemos dicho que cuando el sujeto recupera su libertad debe serle restituído el goce del beneficio previsional suspendido, pero, en cuanto a los restantes efectos, la pena puede extenderse hasta el mencionado máximo. La duración de la inhabilitación accesoria más allá del tiempo de la pena privativa de libertad, que era obligatoria en los códigos anteriores, pasó a ser facultativa en el código vigente, según el cual, la podrá disponer el tribunal "de acuerdo con la índole del delito".

Conforme a la ley, el criterio para que el tribunal pueda prolongar la inhabilitación no es el del art. 41, sino la "índole del delito". Los antecedentes legislativos señalan que dicha prolongación correspondería en los casos en que el delito haga particularmente incompatible el goce de esos derechos con la naturaleza del delito. Tal sería el supuesto, por ejemplo, de una condena por delito cometido en el ejercicio de una función pública, contra los poderes públicos, ciertos delitos económicos, etc.

La inhabilitación accesoria del art. 12 cesa cuando cesa la pena impuesta y, en caso de libertad condicional, tampoco se alteran los principios generales, puesto que la pena accesoria sigue la suerte de la principal en el caso de que la misma termine de cumplirse en libertad condicional. Tal es lo que dispone el art. 16, al precisar si transcurren los plazos del art. 13 sin que se revoque la libertad condicional, "la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12".

Partiendo de la base de que la libertad condicional no importa una modificación de la condena, sino una forma de cumplimiento de la misma, debe entenderse que la inhabilitación absoluta accesoria que cesa con la extinción de la pena privativa de libertad es la que no excede el tiempo de aquélla, pero no puede interpretarse al art. 16 como implicando una rehabilitación en el caso en que el tribunal haya dispuesto que la inhabilitación se prolongue por un tiempo mayor y hasta los tres años que la ley autoriza. En ese supuesto, cabe entender que la inhabilitación accesoria absoluta no

cesa con la extinción de la pena privativa de libertad, sino que seguirá vigente hasta el cumplimiento del plazo señalado en la sentencia. No había ninguna explicación razonable para creer que en tales casos se opera una rehabilitación graciosa, especialmente teniendo en cuenta que los fundamentos del tribunal para prolongar la inhabilitación después de cumplida la pena privativa de libertad, no devienen de los criterios señalados en el art. 41, sino de la "indole del delito", que para nada puede alterarse por el mero hecho de que el penado agote su pena privativa de libertad bajo el régimen de la condicionalidad.

618. La inhabilitación absoluta como pena principal. La inhabilitación absoluta es una pena principal siempre que se aplica fuera del supuesto reglado por el art. 12 del código penal, sea que su aplicación tenga lugar como pena única o como pena conjunta. Cabe advertir aquí algo en lo que insistiremos al referirnos a la inhabilitación especial: *no debe confundirse la accesoriidad con al aplicación conjunta, que no le quita en nada su carácter de pena independiente.*

Como pena principal la inhabilitación absoluta puede ser *perpetua* o *temporal*. Su máximo, como pena principal temporal, es de veintiseis años y ocho meses, conforme a la conminación máxima prevista en el art. 375, para el falso testimonio en causa criminal mediante soborno ³⁸⁰.

Como *pena única temporal* está prevista en los arts. 273 y 274. Como *pena conjunta temporal* está conminada en los arts. 256, 268, 265, 275, 287, 298, 259, 281, 151, 157, 176, 177, 178, 207, 235 y 243. Como *pena conjunta perpetua* está prevista en el art. 219 y, conforme al art. 19 bis, en "toda condena pronunciada por delito con motivación o finalidad subversiva".

En este artículo 19 bis se establece una agravación de la pena del delito mediante la imposición de una pena conjunta perpetua en razón del fin subversivo como elemento subjetivo del tipo distinto del dolo o de la motivación subversiva como contenido de la culpabilidad. La agravación es bastante difusa, debido a que el concepto de subversión no está legalmente precisado y tampoco ha sido objeto de una adecuada elaboración doctrinaria.

³⁸⁰ Cfr. DE LA RÚA, 225.

Hay una genérica referencia al acto subversivo en el art. 1° de la ley 20.840, con ligero retoque de la ley 21.459, que da idea de que actividad subversiva es la del "que para lograr la finalidad de sus postulados ideológicos, intente o preconice por cualquier medio, alterar o suprimir el orden institucional y la paz social de la Nación, por vías no establecidas por las disposiciones normativas que organizan la vida política, económica y social de la Nación".

Este concepto legal no puede ser considerado una definición y prácticamente no es un tipo legal. La constitucionalidad de un tipo así elaborado es a nuestro juicio bastante dudosa, particularmente referida a la clase de delitos de que se trata. Cabe consignar que esta disposición no emerge de un régimen militar, sino de un Congreso Nacional, lo que es aún más grave, pues se supone que en situaciones de normalidad institucional las leyes penales deben ser más meditadas y debatidas.

La ley 20.840 pasa por alto una característica que es fundamental para la actividad subversiva: la actividad subversiva debe consistir en participar, cooperar o difundir por cualquier medio la acción *propia y directamente subversiva*, que no puede ser otra que la realizada por una *asociación ilícita* armada y jerarquizada en forma análoga a la militar.

Una reunión o acuerdo circunstancial de personas no armadas no puede considerarse una actividad subversiva, salvo que sea con el fin de cooperar de algún modo a la acción de una asociación ilícita del carácter de las indicadas.

Esta no es una opinión meramente personal y carente de sustento legal, sino que, la ley 20.840 no derogó las disposiciones sobre rebelión y sedición del CP y, si no sumamos esta característica a la conceptualización nebulosa del art. 1° de la referida ley, estos tipos desaparecen, porque quedan comprendidos en ese art. 1. La única manera de mantener la distinción entre este delito y los tradicionales delitos políticos de nuestro CP es apelando a la característica propia de la actividad subversiva, que es la de desarrollarse por una organización consistente en una asociación ilícita permanente, armada y jerarquizada en modo análogo al militar, o de estar conectada con ella.

De no apelar a la reducción del tipo conforme a este criterio, llegaríamos a la conclusión de que cualquier rebelión, sedición y hasta desacato o injuria con motivo político sería una actividad subversiva, cuando, ninguna duda cabe de que serán delitos, pero de los respectivos tipos del código penal y no del art. 1° de la ley 20.840. Igualmente, la prédica de un sujeto con métodos análogos a los del Mahatma Gandhi no entra dentro de la tipicidad del art. 1° de la ley 20.840. La actividad subversiva responde a medios muy específicos, y "cualquier medio" es típico pero siempre y cuando importe una cooperación con la actividad realizada o planeada por los medios específicos.

619. La inhabilitación especial. La inhabilitación especial *siempre se impone como pena principal*, que puede ser temporal o perpetua e imponerse en forma de pena única o conjunta. Su conminación como pena única es excepcional (en esta forma exclusiva

se halla prevista en el art. 225 quat. párrafo tercero, para los responsables y directivos de personas jurídicas que culposamente dieesen ocasión a favorecimiento económico de actividad subversiva).

La circunstancia de que en la generalidad de los casos la pena de inhabilitación especial se imponga en forma conjunta no debe confundirse con la accesoriedad, puesto que la aplicación conjunta no le resta el carácter de pena principal³⁸¹. Se había pretendido lo contrario, entendiendo que de esta naturaleza se deducía que su imposición era condicional cuando la condenación a la pena de prisión conjunta también lo era³⁸², cuestión que ha quedado definitivamente resuelta en favor de su carácter de pena principal con la exclusión de esta pena del régimen de condenación condicional, que hace el texto legal en forma expresa conforme a la redacción dada por la ley 21.338 (art. 26, último párrafo).

La inhabilitación especial no se distingue de la absoluta por limitarse a un derecho, sino porque se limita a los derechos que guardan una particular relación con el delito cometido. En este sentido, tiene un mayor grado de imprecisión que la inhabilitación absoluta en cuanto a su determinación legal. La selección de los derechos de que priva la inhabilitación especial queda en mayor medida en manos del tribunal, en tanto que el grupo de derechos de que priva la inhabilitación absoluta está mucho más ceñido por el art. 19. La sola lectura del art. 20 indica que su enunciado es mucho más genérico. De allí que para la imposición de la pena del art. 19 basta en general con la identificación legal, en tanto que la aplicación de la inhabilitación especial requiere una determinación judicial precisa.

En modo alguno es suficiente que en la sentencia se imponga a secas una pena de "inhabilitación especial", sin precisar de qué se trata y del alcance que tiene³⁸³. Ello ha dado lugar a que la jurisprudencia haya debido sentar criterios interpretativos acerca del alcance de las inhabilitaciones especiales. Así, la jurisprudencia plenaria de la Capital considera que "la inhabilitación que se impone como consecuencia de un delito culposo cometido en la conducción de vehículo de transporte de pasajeros debe extenderse a todo tipo de vehículo automotor"³⁸⁴.

³⁸¹ Cfr. DE LA RÚA, loc. cit.

³⁸² V. la jurisprudencia plenaria contradictoria de la Capital en *Fallos*, III, 380; III, 288; VII, 416; LL, 97-232; etc.

³⁸³ Cfr. DUFRECHOU, ROBERTO C., *Imposición de una pena imprecisa*, en LL, 2-I-1975.

³⁸⁴ CCCap., 30-XII-1975 (LL, 9-IV-1976).

El art. 20 dispone: "La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena". El segundo párrafo agrega: "La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena, aquellos sobre que recayere".

Se supone que los empleos o cargos de que habla la ley son los de carácter público, puesto que en el aspecto privado se refiere únicamente a derecho y a profesiones. Dentro del concepto de "derechos" pueden abarcarse los derechos a ejercer ciertas actividades, aunque no se hallen reglamentadas. Así es correcto el criterio jurisprudencial plenario según el cual procede imponer esta pena aún cuando la profesión no se halle reglamentada³⁸⁵, como puede ser la conducción de vehículos de tracción a sangre³⁸⁶. Por otra parte, tampoco es necesario que el penado tenga autorización para ejercer la actividad de que se le priva, aún cuando se trate de una actividad reglamentada³⁸⁷, es decir, que no es únicamente *suspensiva* de derechos, sino que bien puede ser *impeditiva*, por lo que no es correcto distinguir entre inhabilitación e interdicción.

La duración de esta pena es la que se establece en cada caso, pero surgen dudas en cuanto al modo de computar el plazo de cumplimiento de la misma. Entendemos que ese plazo se cuenta desde el momento de la condena, pero la disposición del párrafo cuarto del art. 20 ter ha dado lugar a serias dudas, puesto que dispone que "para todos los efectos" no se computa el tiempo en que el inhabilitado haya estado privado de libertad, internado o prófugo. De allí se deduce que, a partir de la ley 21.338 (y antes, bajo el régimen de la 17.567), cuando la inhabilitación fuese impuesta conjuntamente con una pena privativa de libertad, no se considerará cumplida la inhabilitación sino desde el momento en que cesa la efectiva privación de libertad³⁸⁸. Creemos que éste no es el criterio correcto, porque pese a la aparente amplitud de esa disposición, no puede perderse de vista que se trata del párrafo cuarto de un artículo cuyos tres párrafos anteriores se refieren únicamente a la rehabilitación, por lo que cabe suponer que se está refiriendo a "todos los efectos" que hacen a la rehabilitación. Por

³⁸⁵ CCCap., III, 295.

³⁸⁶ CCCap., V, 202.

³⁸⁷ CCCap., III, 295.

³⁸⁸ Así DE LA RÚA, 224.

otra parte, si así fuese, no tendría sentido que en todas las conminaciones conjuntas del código la inhabilitación supere siempre el tiempo de la pena privativa de libertad.

La pena de inhabilitación especial del art. 20 no requiere que el delito se haya cometido en el ejercicio del derecho o del cargo o profesión, sino que basta con una violación a los deberes del mismo, que demuestren la incompatibilidad ética de la actuación del sujeto con el ejercicio o goce de los mismos³⁸⁹. Resulta más evidente que no es necesario que la conducta haya tenido lugar en el ejercicio del derecho de que se priva en la actual redacción de nuestro código, cuyo art. 20 bis prevé expresamente ese caso para cualquier supuesto, aún cuando no estuviese expresamente previsto.

El segundo párrafo del art. 20 está referido a los derechos políticos y, por consiguiente, no puede extenderse más allá del alcance que esa privación tiene en la inhabilitación absoluta, es decir, como privación de los derechos electorales y de elegibilidad y, consiguientemente, de postulación. Esta privación no puede alcanzar a los derechos que tiene todo habitante sin ser ciudadano, por la mera condición de integrante de la población, esto es, a los derechos civiles.

620. La inhabilitación especial conjunta prevista en forma genérica. El art. 20 bis prevé la posibilidad de aplicar la *pena de inhabilitación especial en forma conjunta*, por un tiempo de seis meses a diez años, "aunque esa pena no esté expresamente prevista". El artículo referido, incorporado por la ley 17.567, derogado por la 20.509 y restablecido por la 21.338, presupone que "el delito cometido importe: 1º) Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público. 2º) Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela. 3º) Incompetencia o abuso en desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público".

La fuente inmediata de este artículo es el art. 65 del proyecto de 1960, que disponía: "Se impondrá inhabilitación especial cuando el hecho cometido importe violación o menosprecio de los derechos o deberes correspondientes, o incompetencia o abuso de las profesiones o activida-

³⁸⁹ Cfr. NÚÑEZ, II, 437.

des a que se refiere el artículo anterior". El art. 64 enumeraba los efectos de la inhabilitación especial, que eran aspectos parciales de la inhabilitación general. En la exposición de motivos se explicaba lo siguiente: "En vez de sancionar en cada caso de modo expreso la inhabilitación, el sistema adoptado responde a la naturaleza accesoria de esta sanción; se aplica sobre la base de la existencia de cualquier infracción, siempre que el delito se vincule con una esfera de derechos o de deberes de los que son materia de inhabilitación o con el ejercicio de una profesión o actividad reglamentadas, y el hecho muestre desprecio, incompetencia o abuso".

Como resulta claro de su antecedente en el proyecto de 1960, el sistema que adopta el art. 20 bis es un sistema legal de inhabilitación especial distinto del que consagra el art. 20. En efecto: mientras en el sistema tradicional del código —el del art. 20— la inhabilitación está prevista en cada caso en la parte especial y *puede ser impuesta como pena única*, en el del art. 20 bis no se requiere la previsión en la parte especial y *sólo puede ser impuesta como pena conjunta*³⁹⁰.

Las hipótesis previstas en los tres incisos del art. 20 bis son de incompetencia o de abuso (cualquiera de ambas en los incs. 1º y 3º y abuso únicamente en el inc. 2º).

Por *incompetencia* debe entenderse una incapacidad de orden intelectual o técnico, pero no una incompatibilidad ética, que no es una "incompetencia" propiamente dicha. Por *abuso* se entiende tanto el exceso en las facultades como el mal uso de las mismas. Comete abuso por excederse en sus facultades quien pretende obtener los fines de la actividad de que se trate excediendo el marco de los fines autorizados (p.ej., el maestro que castiga físicamente a un alumno); comete abuso por mal uso de las facultades el que las aplica para fines distintos de los que la misma persigue (el maestro que aprovecha su función para abusar deshonestamente de las alumnas).

La *incompetencia* o el *abuso* fundan la inhabilitación en el ejercicio de un empleo o cargo público —lo que debe interpretarse conforme al art. 77—, como también en el desempeño de una profesión o actividad "cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público". Quedan excluidas las actividades cuyo ejercicio no depende de la intervención autorizante del poder público. La actividad sobre que puede recaer la

³⁹⁰ Por esta razón DE LA RÚA la llama "pena complementaria" (op. cit., p. 229).

inhabilitación se circunscribe a las que requieren la intervención autorizante del poder público *para su propio ejercicio* y no las que las requieren para el funcionamiento de los medios que se emplean para su ejercicio. Así, puede inhabilitarse para ser martillero, pero no para ser depositario, valiéndose del argumento de que quien hace del depósito una actividad habitual requiere que el poder público le “habilite” el local.

Únicamente el abuso funda la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, la adopción, la tutela o la curatela. Es lógico que no sea la incapacidad intelectual la que fundamente la privación de la patria potestad o de la adopción, por más que ésta se haya traducido en la comisión de un delito, pero desde un punto de vista político-criminal no creemos que sea lo acertado en cuanto a la tutela y a la curatela, que no presuponen un vínculo familiar y en la que pueden causarse graves daños al pupilo o al curado.

Para que pueda imponerse la inhabilitación del art. 20 bis es necesario que la conducta típica “importe” —es decir, “lleve en sí”— una incompetencia o abuso en el ejercicio o desempeño de la actividad de que se trate. En los casos del empleo o cargo público, patria potestad, adopción, tutela o curatela, se presupone que el sujeto debe haber estado en el ejercicio de los mismos al tiempo de cometer el delito, por lo que la inhabilitación necesariamente recaerá en la forma de privación de derechos que estaba ejerciendo. En el caso del inc. 3º la hipótesis tampoco es diferente para el abuso, puesto que nadie puede abusar de facultades que no tiene. En el supuesto de la incompetencia la cuestión parece plantearse de modo diferente, pero tampoco cambia, puesto que no tiene sentido inhabilitar a un sujeto para ejercer la medicina cuando la haya ejercido sin título, ni puede privársele del derecho a que curse la carrera, se gradúe y ejerza la profesión. Puede decirse, pues, que la inhabilitación del art. 20 bis tiene carácter *suspensivo de derechos*, puesto que no resulta lógica su aplicación con carácter impeditivo.

La diferencia que a este respecto media con la inhabilitación tradicional del art. 20 finca en que, como aquélla puede obedecer a una incompatibilidad ética, es posible que tenga carácter impeditivo —y no únicamente suspensivo—, lo que no acontece con el art. 20 bis, que no se basa en tal fundamento, sino que lo hace en el abuso —que presupone el uso— y en la incompetencia, que presupone que se tenga al sujeto por competente, pues de lo con-

trario, resultaría absurdo impedirle que adquiriera la competencia. Dicho más claramente, la inhabilitación especial del art. 20 abarca tanto la inhabilitación propiamente dicha como la interdicción, en tanto que la del art. 20 bis se reduce a la inhabilitación en sentido estricto.

La duración de esta pena conjunta es de seis meses como mínimo y diez años como máximo. Su cuantía deberá establecerse conforme a las reglas generales del art. 41. No obstante, hay una peculiaridad de la ley que cabe tener en cuenta: la ley dice "*podrá imponerse*", es decir, que *su imposición no resulta obligatoria* para el tribunal en todos los casos en que se dan los presupuestos de la misma. Los antecedentes de esta disposición no aclaran nada al respecto, pero cabe suponer que ello no importa una facultad arbitraria concedida al tribunal. Creemos que una racional interpretación de este texto impone que el tribunal valore en cada caso si la inhabilitación implica una carga excesiva para el penado, si resulta contraproducente para la obtención del fin resocializador, particularmente si sume al sujeto en la miseria o le dificulta la obtención de ingresos, si trasciende negativamente a la familia, etc.

Dado que la ley 21.338 —y antes la 17.567— ha tomado un sistema para regular legislativamente la inhabilitación especial, que es por entero diferente del que adopta el código penal en el art. 20, se plantea el problema de saber si establece una nueva pena, de naturaleza distinta a la del art. 20, en cuyo caso cabría una superposición de ambas penas en casos particulares. La circunstancia de haber tomado un modelo —el del proyecto de 1960— que preveía esta pena conjunta general como única pena de inhabilitación especial, sin haber reemplazado la existente en el código, sino sólo agregándolo a ésta, da lugar a serias dudas a este respecto.

Pese a estas dudas, entendemos que la previsión del art. 20 bis está reservada a los casos en que no hay pena de inhabilitación conminada en la parte especial, sin que sea admisible la acumulación de ambas.

Creemos que no tiene una naturaleza distinta de la inhabilitación del art. 20, sino que la inhabilitación prevista en forma general se funda en criterios más ceñidos, que no darían lugar a casos de superposición, pues cuando la inhabilitación estuviese prevista en la parte especial, no cabe la aplicación del art. 20 bis. Conforme a este criterio, las previsiones de inhabilitación especial de la parte

especial excluyen la aplicación de la pena conjunta del art. 20 bis. Aunque en muchos casos esta alternatividad puede dar lugar a la aplicación de penas poco equitativas comparativamente, no creemos que otra pueda ser la solución.

El art. 20 priva del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere la pena y, además, da lugar a que la misma tenga carácter tanto suspensivo de derechos como impeditivo de la adquisición de los mismos, no requiriendo que el delito se haya cometido en el ejercicio o desempeño de ellos y pudiendo imponerse en casos de incompetencia, abuso o incompatibilidad ética.

La pena del art. 20 bis tiene efectos y presupuestos más limitados: sólo tiene carácter suspensivo de derechos, requiere que el delito se haya cometido en el desempeño o ejercicio de los mismos y se impone en casos de incompetencia o abuso. De allí que la previsión de una inhabilitación del art. 20 ya abarque todos los presupuestos y efectos de la del art. 20 bis, no dando margen a la superposición.

Soler parece coincidir con la opinión que sostenemos, puesto que se limita a destacar que la inhabilitación del código se basaba más en la incompetencia que en el abuso³⁹¹, lo cual da idea de que quiso llenar con ello un hueco y no crear una pena superpuesta. Tampoco Núñez hace referencia alguna a la posibilidad de superposición³⁹². Con extensión y acierto plantea la cuestión De la Rúa, quien entiende que la inhabilitación del art. 20 es suficientemente amplia como para dar cabida a la suspensión o impedimento de más de un derecho (profesión y empleo, por ej.), por lo cual no cabe la superposición, debiendo prevalecer la disposición de la parte especial³⁹³.

621. La rehabilitación. El código de 1921 padecía un notable vacío, puesto que no preveía posibilidad de rehabilitación, esto es, de dar término por algún medio a la pena de inhabilitación, como no fuese la extinción de la misma, lo que, por otra parte, no podía operarse en los casos en que fuese perpetua. Esta laguna la llenó la previsión del art. 20 ter, establecido por la ley 17.567, derogado por la ley 20.509 y restablecido por la ley 21.338.

El art. 20 ter en su primer párrafo prevé la rehabilitación del condenado a la pena de inhabilitación absoluta impuesta como pena principal. "El condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente durante la mitad del plazo

³⁹¹ SOLER, II, 396.

³⁹² Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 367.

³⁹³ DE LA RÚA, 232-3.

de aquélla, o durante diez años cuando la pena fuera perpetua, y ha reparado los daños en la medida de lo posible”.

Aunque la pena de inhabilitación absoluta temporal puede llegar hasta 26 años y ocho meses (art. 275), la rehabilitación podrá solicitarse en cualquier caso a los diez años de buen comportamiento, puesto que no resulta racional que la rehabilitación de una pena temporal exija un plazo mayor que el de la misma pena perpetua.

El requisito que debe cumplirse durante el plazo es un “correcto comportamiento”. La ley no especifica qué se entiende por tal, pero cabe suponer que “correcto comportamiento”, en sentido jurídico-penal, importa la no comisión de delitos. Como consecuencia general del principio de inocencia, corresponderá la rehabilitación aún cuando el sujeto se halle procesado por otro delito, siempre que no haya sido condenado por sentencia firme. Si bien hay autores que entienden que “correcto comportamiento” es una expresión que da lugar a que el tribunal valore otros aspectos de la vida del sujeto³⁹⁴, creemos que la expresión, en la forma en que está empleada en el texto, sin indicar pauta alguna a la que atenerse ni ceñir en forma alguna los aspectos del comportamiento que deben tenerse en cuenta, debe ser interpretada en forma restrictiva, so pena de caer en una ingerencia intolerable en cualquier aspecto de la vida privada del penado.

En el segundo párrafo del mismo artículo 20 ter se prevé la rehabilitación para la pena de inhabilitación especial. También en este caso se toma en cuenta la mitad del plazo y se reduce a cinco años en caso en que la inhabilitación fuere perpetua. Las condiciones que impone son el correcto comportamiento —que debe entenderse en el sentido indicado—, que haya remediado su incompetencia o no sea de temer que incurra en nuevos abusos —según que una u otros hayan dado fundamento a la pena— y que haya reparado los daños en la medida de lo posible.

Entendemos que el requisito de reparación del daño “en la medida de lo posible”, que aparece para la rehabilitación de ambas penas, no importa lo “posible” en cuanto a factibilidad de la reparación, sino en cuanto a las posibilidades de esfuerzo patrimonial por parte del penado. Por otra parte, estimamos que cuando la ac-

³⁹⁴ Así DE LA RÚA, 238.

ción se hubiese prescrito, no corresponde tener en cuenta esta circunstancia, dado que el descuido de la víctima en promover la acción ante el mejoramiento de la situación económica del penado no puede perjudicar a éste³⁹⁵.

El tercer párrafo el art. 20 ter previene que “cuando la inhabilitación importó la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición en los mismos cargos”.

La última parte del citado artículo dispone que “para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad”. Esta *regla general para la rehabilitación*, sea para la absoluta como para la especial, implica que se descuenta del término el tiempo que el sujeto estuvo privado de libertad o prófugo, y también el tiempo que haya estado “internado”, debiendo entenderse por éste último el que pasase cumpliendo una medida de seguridad o una internación sustitutiva de pena, aunque las mismas tengan su fundamento en condenas por hechos independientes.

622. Inhabilitación para el ejercicio de ciertos derechos civiles. La pena de inhabilitación absoluta como accesoria de una pena privativa de libertad mayor de tres años no se aplica aisladamente, sino que va acompañada de una incapacidad civil del penado, que forma parte de un cuadro inhabilitante general en que tienen cabida ambas pérdidas de derechos. Dicho de otra manera, puede afirmarse que, en nuestro código, el condenado a pena privativa de libertad por más de tres años padece, como pena accesoria, una *inhabilitación accesoria*, que consiste en la *inhabilitación absoluta* del art. 19 y en la inhabilitación de derechos civiles prevista en la segunda parte del art. 12: “Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida en el Código Civil para los incapaces”.

El art. 12 del proyecto de 1917 decía: “Importa también la privación de los derechos civiles, con excepción del de testar, reconocer hijos naturales y contraer matrimonio “in extremis”. El penado quedará sujeto

³⁹⁵ Cfr. BUENO ARÚS, FRANCISCO, *Una nota sobre la rehabilitación en el Código Penal Español*, Madrid, 1977, p. 3.

a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces". Reformaba la redacción del art. 17 del proyecto de 1906 y en su exposición aclaraba que mantenía los derechos que exceptuaba de la incapacidad, para "no perjudicar a personas de la familia, a quienes no deben alcanzar las consecuencias de la condenación"³⁹⁶. Por esa razón ampliaba los derechos exceptuados de la incapacidad, que en el proyecto de 1906 era únicamente la capacidad de testar, al igual que el art. 17 del proyecto de 1891. En realidad, el proyecto de 1891 inauguró una modalidad que consistía en declarar la general incapacidad civil del penado y mencionar ciertos actos civiles para los que conservaba capacidad como excepciones. Esa técnica fue seguida en los sucesivos proyectos desde 1891 hasta 1947. Era heredera del art. 33 del código italiano (que declaraba a los condenados a pena de ergástolo en estado de "interdicción legal") y del art. 52 inc. 3° del código español de 1850.

Los restantes antecedentes y proyectos argentinos partían de una técnica legislativa inversa: designaban los actos para los que era incapaz el sujeto. Tal era la técnica del inc. 2° del art. 101 del código Tejedor ("Interdicción civil que priva, mientras dure la pena, de la administración de los bienes, y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos"), del inc. 2° del art. 63 del código de 1886 (que agregaba la patria potestad), del inc. 2° del art. 63 del proyecto Villegas, Ugarriza y García (que repetía al código Tejedor) y del art. 56 incs. 2° y 3° del proyecto de Segovia ("2° Suspensión del ejercicio de la patria-potestad, mientras el reo no haya obtenido su libertad; 3° Inhibición de la libre disposición de bienes, mientras no haya satisfecho las multas y responsabilidades civiles inherentes al delito"). Esta técnica, consistente en enumerar los actos para los que el condenado es capaz en lugar de hacer lo inverso, fue la que triunfó en la sanción definitiva del código de 1921, en razón del cambio de redacción introducido por el Senado, cuya segunda Comisión propuso el texto vigente. Moreno explica que "no existe ningún antecedente acerca de los motivos que se tuvieron en vista para la nueva redacción, pues esa modificación y las demás, a partir del art. 7, se aprobaron en una sola votación, en la sesión celebrada el 1° de setiembre de 1921". "La comisión especial de la Cámara de Diputados —agrega Moreno— aconsejó la aceptación del art. 12, tal como lo propuso el Senado, y la Cámara de Diputados aceptó la indicación. En el despacho no se dieron razones para fundamentar el cambio"³⁹⁷.

Pese a que la Comisión del Senado no fundamentó la modificación que desechó la innovación del proyecto de 1891, lo cierto es que no puede haber sido ajena a la misma crítica formulada por Herrera al texto propuesto en 1906. En realidad, el argumento central de Herrera fue que no se trata de una pena, sino de una consecuencia de la pena, cuyas limitaciones no podían ser excedidas por el legislador³⁹⁸. Tampoco pueden haber sido ajenas a esta reforma las críticas de Peco, quien consideraba —al igual que Herrera— que estas limitaciones no constituyen una pena, sino una consecuencia accesoria, correspondiendo preverla para cualquier

³⁹⁶ Proyecto, 1917, p. 41.

³⁹⁷ MORENO (H), RODOLFO, II, 49.

³⁹⁸ V. HERRERA, JULIO, 105.

pena privativa de libertad y no únicamente para la superior a tres años. “En rigor de verdad no importa una pena accesoria”, decía, agregando que “tiende a salvaguardar a un incapaz y no reprimir a un culpable”³⁹⁹. Lo curioso es que Herrera y Peco sostenían lo mismo que la Exposición de Motivos de 1917, aunque aquélla no se correspondía con el texto del proyecto. “La privación de derechos civiles —decía la Exposición— no es una pena, sino un acesorio indispensable, que no tiene objetivo represivo sino tutela, desde que subsana un estado de incapacidad”⁴⁰⁰. En rigor puede decirse que el Senado, al retomar la tradición legislativa de Tejedor y del código de 1886 —desechando la de los proyectos de 1891, 1906 y 1917— *quiso compatibilizar el alcance de la incapacidad civil con su pretendida naturaleza de mera consecuencia accesoria de la efectiva privación de libertad*. Veremos luego si logró este objetivo, pero que lo intentó resulta claro.

La única innovación establecida por el proyecto de 1891, que sobrevivió en el proceso legislativo, fue la sujeción a curatela.

Creemos que la incapacidad civil del penado tiene el carácter de una *pena accesoria* y no el de una mera consecuencia accesoria de la pena. Pese a que se ha intentado instrumentarla con esta última naturaleza en el curso del proceso legislativo, creemos que no se lo ha logrado y que, por consiguiente, conserva todo su carácter penal. La prueba más clara de que no es una simple consecuencia de la privación efectiva de la libertad finca en que el penado, por el hecho de estar privado de su libertad, no está fácticamente imposibilitado para realizar los actos para los que el art. 12 le incapacita. La ley misma admite esta realidad cuando impone esta pena únicamente a quien está penado por más de tres años: si la incapacidad fuese una consecuencia fáctica del encierro y no tuviese otro fin que el tutelar, no tendría ningún sentido ese requisito, puesto que en la misma situación de incapacidad se hallarían todos los que están privados de libertad, sea cual fuere el tiempo de su privación.

Es muy claro Lanfranco a este respecto, afirmando “que la sanción impuesta por el art. 12 del Código Penal, no es una medida tutelar de los intereses del recluso, sino en forma incidental. Substancialmente, es una medida represiva, con los caracteres de una pena accesoria a la de la condena”⁴⁰¹. Lanfranco se hace eco de los atinados argumentos de Valdés, quien pone de manifiesto que sostener que la incapacidad civil del

³⁹⁹ PECO, JOSÉ, *La reforma argentina de 1917-20*, Bs. As., 1921, p. 205.

⁴⁰⁰ *Proyecto*, 1917, p. 41.

⁴⁰¹ LANFRANCO, HÉCTOR P., *La incapacidad civil de los penados*, en “Rev. Penal y Penit”, Bs. As., 1940, pp. 515 y ss. (539).

penado tiene un fin tuitivo es confundir la causa con el efecto. Nadie puede dudar que la curatela tiene su causa en el propósito tutelar, pero ignorar por ello su carácter de pena accesoria es como decir que la incapacidad del demente obedece al interés tuitivo y no a la demencia. Destaca también que no hay necesidad alguna derivada del encierro para considerar incapaz al penado, pues bien puede fácticamente el penado otorgar mandatos. Agrega luego que no puede estar necesitado de tutela el que está penado a más de tres años y no estarlo el que tuviera fijada una pena menor. Por último, señala que si la incapacidad fuera sólo o principalmente protectora, no se explicaría por qué no cesa en caso de quebrantamiento de la condena, ni por qué se le ha asignado jurisprudencialmente un efecto meramente territorial y se ha aceptado que la nulidad de los actos realizados por el penado pueda invocarse incluso contra el propio incapaz ⁴⁰².

La sustancial diferencia que parecería derivarse de la naturaleza jurídica de la incapacidad civil del penado es su permanencia o cese en caso de libertad condicional. Quienes afirman que se trata de una consecuencia accesoria de la pena privativa de libertad, que obedece a que el condenado no está en condiciones de ejercer esos derechos, por lo que la ley le somete a la tutela del código civil, deducen de ello que la incapacidad cesa cuando el condenado obtiene legalmente la libertad, aunque continúe la pena ⁴⁰³; quienes entienden que se trata de una pena accesoria, creen poder deducir de ello que la inhabilitación continúa, aún estando el penado legalmente en libertad, mientras no se haya extinguido la pena privativa de libertad ⁴⁰⁴.

En rigor de verdad, creemos que las cuestiones no permanecen tan vinculadas como se pretende. Tampoco tiene nada que ver aquí si se considera que la libertad condicional es o no un modo de cumplimiento de la pena, puesto que de lo que se trata es de desentrañar el alcance de la expresión "mientras dure la pena", que es la

⁴⁰² Cfr. VALDEZ, HORACIO, *Incapacidad civil de los penados*, en "Rev. de la Fac. de Derecho y Cs. Soc." de Buenos Aires, 1928, VII, pp. 489 y ss. (505). La tesis contraria, según la cual se trata de una consecuencia accesoria con fin tutelar es sostenida por la mayoría de los autores: ORGAZ, ALFREDO, *Incapacidad civil de los penados. Legislación argentina y comparada*, Córdoba, 1939; NÚÑEZ, II, 447; del mismo, *Manual*, 372; DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, *Incapacidad civil del liberado condicional*, en JA, 67-712 y ss.; MOYANO, JUAN AGUSTÍN, *La incapacidad civil de los penados. Su duración en el código y en el proyecto de 1938*, en "Rev. Penal y Penit.", III, 1938, pp. 303 y ss.; SOLER, II, 399-400; DE LA RÚA, 153; etc.

⁴⁰³ Así la mayoría de la doctrina, ORGÁZ, p. 93; DÍAZ DE GUIJARRO, op. cit.; NÚÑEZ, *Manual*, 372; SOLER, II, 400; etc.

⁴⁰⁴ Así, LANFRANCO, op. cit., 546 y ss.; GÓMEZ, I, 593; etc.

que usa el código en el art. 12. Aunque se considere que la libertad condicional hace cesar el cumplimiento de la pena, es decir, lo suspende, si se pretende que la expresión debe ser entendida en sentido literal estricto —conforme a una interpretación exclusivamente exegética—, no pueden haber dudas acerca de que la pena “dura” aún cuando el penado se halle en libertad condicional, puesto que de lo contrario no se explica cómo puede hacerse cumplir el resto en caso de revocación de la misma.

La inhabilitación accesoria del art. 12 que impone la inhabilitación absoluta del art. 19, tiene vigencia “por el tiempo de la condena”, en tanto que la incapacidad civil la tiene “mientras dure la pena”. De aquí se deduce que la ley quiere decir algo distinto ⁴⁰⁵, puesto que, de lo contrario, no se justificaría el empleo de un giro diferente ⁴⁰⁶. Esto nos lleva a tratar de establecer el alcance de cada uno de ellos y, aparentemente, por “tiempo de la condena” no podemos entender otra cosa que el tiempo que a la pena le fija la sentencia ⁴⁰⁷, en tanto que hay en el código elementos de juicio suficientes como para suponer que “mientras dure la pena” alude al *tiempo en que la pena se está cumpliendo con efectiva privación de la libertad* ⁴⁰⁸.

Los elementos que abonan la interpretación que compartimos son los siguientes: a) Conforme al art. 16 del código penal, al quedar cumplidos los plazos de la condicionalidad, “la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del art. 12”, lo que implica que no subsistía la incapacidad civil, puesto que para nada la menciona. β) El requisito del inc. 3º del art. 13 es incompatible con la permanencia de la incapacidad civil. γ) La entrega del “fondo propio” al penado, que por prescripción del inc. 4º del art. 11 debe tener lugar “a su salida”, también resulta incompatible con la permanencia de la incapacidad civil.

A estos argumentos se agregan otros que consideramos errados. Así, Díaz de Guijarro entiende que la libertad condicional suspende la incapacidad civil porque suspende la pena, en tanto que no suspende la inhabilitación absoluta porque se trata de otra pena separada ⁴⁰⁹. El ar-

⁴⁰⁵ Cfr. MOYANO, loc. cit.

⁴⁰⁶ Por otra parte(este entendimiento se armoniza con el que de la palabra “condenación” hacemos en el caso de la condenación condicional.

⁴⁰⁷ Ibidem.

⁴⁰⁸ Cfr. ORGAZ, ALFREDO, op. et. loc. cit.

⁴⁰⁹ DÍAZ DE GUIJARRO, op. cit., p. 716.

gumento pasa por alto que la inhabilitación absoluta del art. 12 es accesoria y, conforme al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de ser cierto que se "suspende" la pena, también debería suspenderse la inhabilitación absoluta accesoria.

La interpretación que sostenemos, en modo alguno es incompatible con la naturaleza de pena accesoria que tiene la incapacidad que se impone a los penados. Por el contrario: creemos que se trata de una pena accesoria, pero que la ley la hace seguir estrictamente el destino de la efectiva privación de libertad del penado, haciéndola cesar con la obtención de su libertad legal, simplemente en razón de que su continuación sería incompatible con el régimen de libertad condicional y con toda la finalidad perseguida con la pena, puesto que obstaría a la progresiva resocialización del mismo. Un sujeto con semejantes limitaciones no podría cumplir con la etapa de resocialización que importa el cumplimiento de la pena bajo el régimen de libertad condicional, por lo que la ley suspende sus efectos en ese caso, lo que se comprueba con las bases dogmáticas que hemos señalado (arts. 16, art. 13 inc. 3º, art. 11 inc. 4º y el distinto giro usado por el propio art. 12). Ello explica, por otra parte, que la incapacidad no cese cuando el sujeto quebrante la pena, pues en tal caso no hay razón alguna para ello, dado que la cesación se justifica únicamente por el fin resocializador que persigue la libertad condicional ⁴¹⁰.

Tampoco es válido apelar a la naturaleza de las incapacidades que crea el código penal en el orden civil, pretendiendo que su carácter de incapacidad *de hecho* obliga a considerar que tiene un carácter tutelar y no un carácter de pena.

No nos cabe duda acerca de que se trata de incapacidades *de hecho*, esto es, que priva del *ejercicio* de ciertos derechos, pero no de su goce ⁴¹¹. A este respecto suscribimos la opinión de Lanfranco, según la cual es una incapacidad relativa de hecho similar a la del menor adulto, "aunque difieren ostensiblemente en su fundamento y alcance" ⁴¹².

No obstante, de aquí no puede seguirse que la incapacidad civil del art. 12 se instituye para proteger al penado y que no tiene

⁴¹⁰ Opinan que la incapacidad cesa para el prófugo, NUÑEZ, II, 449; DE LA RÚA, 157.

⁴¹¹ Cfr. VALDÉZ, HORACIO, op. cit., p. 489; LANFRANCO, op. cit., p. 518.

⁴¹² LANFRANCO, loc. cit.

el carácter de una pena. La curatela —como bien observa Valdés— es lo que tiene fin tutelar, pero no la incapacidad⁴¹³. La ley penal, al establecer esta pena accesoria, no pretende provocar una lesión a los intereses familiares y patrimoniales del penado, sino privarle *del ejercicio* de ciertos derechos civiles mientras no recupere legalmente su libertad, pero al mismo tiempo debe cuidar que esos derechos puedan serle reintegrados cuando ello acontezca. A la preocupación por no transformar la temporal privación de estos derechos en una lesión irreparable es que obedece la previsión acerca de la curatela. Puesto que ninguna pena privativa de libertad excluye del todo la posibilidad de recuperarla, no se concibe que la ley no tutele siempre los intereses para cuyo cuidado incapacita al penado.

Es verdad que la curatela está prevista únicamente para incapaces de hecho y que ello demuestra que la incapacidad civil del penado es una incapacidad de hecho, pero la incapacidad de hecho que da lugar a la curatela en el código civil tiene un fundamento diferente del que funda la curatela impuesta por el código penal, es decir que el curado en los casos previstos en el código civil es incapaz por unas razones y en el art. 12 lo es por otra. Si deviniese incapaz por las mismas razones no habría razón alguna para prever una incapacidad del penado en el art. 12. Justamente la previsión expresa se explica porque aquí la incapacidad se funda en una pena que es accesoria de la privación de libertad impuesta por otra. De allí que en el art. 12 se trate de una verdadera *interdicción legal*, como bien lo hace notar un sector de nuestra doctrina⁴¹⁴.

De ser cierto que las incapacidades civiles del art. 12 tienen como fundamento la incapacidad de hecho que se deriva del sólo *factum* de la privación de libertad, se llegaría a la absurda consecuencia de que nuestra ley penal se ocupa de tutelar a quienes han cometido injustos graves y deja desprotegidos a quienes han cometido delitos menores y a quienes no han cometido delito alguno. Si la privación de libertad, por sí misma, da lugar a una incapacidad de hecho que hace necesaria una curatela, sería inexplicable que la curatela no estuviese prevista para cualquiera que la sufra, sea

⁴¹³ Así lo pretende DÍAZ DE GUIJARRO, loc. cit., p. 717.

⁴¹⁴ Cfr. VALDEZ, HORACIO, op. cit., p. 489; LANFRANCO, p. 518; en sentido similar, destacando el diferente sentido de las incapacidades, GARRAUD, R., *Précis de Droit Criminel*, París, 1903, p. 292.

porque se trate de un condenado a pena hasta tres años, de alguien que se halla en prisión preventiva, cumpliendo un arresto disciplinario o detenido a disposición del Poder Ejecutivo durante el estado de sitio. Esta consideración bastaría para revelar que la incapacidad de hecho (es decir, la incapacidad jurídica para *ejercer* esos derechos) se deriva de una pena accesoria y no del simple *factum* de la privación de libertad, y que su unión al encierro efectivo y consiguiente cese con la adquisición legal de la libertad responde a consideraciones claras de política criminal, es decir, al nocivo efecto de su operatividad independiente. Estas mismas razones político-criminales son las que hacen que esta pena accesoria no pueda extenderse más allá del cumplimiento de la pena privativa de libertad, a diferencia de la pena de inhabilitación absoluta accesoria que —como hemos visto— puede prolongarse hasta tres años más.

Considerando que la incapacidad civil del penado es una *incapacidad de hecho relativa* impuesta como pena accesoria, se impone una interpretación restrictiva respecto del ejercicio de los derechos de que priva al penado que, como vimos, son el ejercicio de la patria potestad, de la administración de los bienes y de la disposición de ellos por actos entre vivos.

a) Si bien el art. 12 habla de “privación” de la patria potestad, se trata claramente de una *suspensión*, pues “ésta queda limitada en su alcance por el tiempo en que rige”⁴¹⁵. Dada la interpretación restrictiva que debe primar en el entendimiento de esta disposición, no puede extenderse la incapacidad al reconocimiento de hijos extramatrimoniales⁴¹⁶ ni a la celebración del matrimonio⁴¹⁷, sin perjuicio de que del delito puedan derivarse otras incapacidades que se hallan previstas en el Código Civil (art. 398: “No pueden ser tutores: 10º) El condenado a pena infamante”; indignidad sucesoria, arts. 3291, 3294, 3296; impedimento matrimonial del art. 9 inc. 6º de la ley de matrimonio civil).

β) Respecto de la *administración de los bienes*, cabe considerar que deben aplicarse las reglas de la curatela civil para dementes y sordomudos. En cuanto a la *disposición*, queda expresamente a salvo el derecho de testar, puesto que la prohibición se refiere

⁴¹⁵ Cfr. ORGÁZ, ALFREDO, loc. cit., p. 104.

⁴¹⁶ Cfr. ORGÁZ, 89; DE LA RÚA, 154.

⁴¹⁷ Cfr. ORGÁZ, p. 90; SOLER, II, 403; NÚÑEZ, II, 449; sobre las dudas jurisprudenciales, DE LA RÚA, 154-5.

únicamente a actos entre vivos. La nulidad de cualquier acto de disposición del penado es absoluta, pudiendo hacerse valer incluso en su contra ⁴¹⁸. Lo contrario podría implicar la conversión de la pena en un beneficio, al menos en algunos casos de mala fe evidente.

Cabe apuntar que esta pena accesoria es la más marcada supervivencia de la muerte civil, desaparecida en Francia en 1854 ⁴¹⁹ y en Baviera en 1849 ⁴²⁰, sin que haya tenido nunca plena vigencia entre nosotros. Con toda razón afirmaron Valdés en 1928 y Lanfranco en 1940 que la presente pena accesoria de inhabilitación civil debe desaparecer “por no ser adaptable a las nociones preponderantes en la actualidad sobre la pena” ⁴²¹. Soler la suprimió en el proyecto de 1960, donde reconoció finalmente el carácter de pena de la misma ⁴²², lo que valió una dura polémica con Alfredo Orgaz, sostenedor decidido de la naturaleza tutelar de esta interdicción legal ⁴²³. El mismo criterio supresivo del proyecto de 1960 fue seguido por el de 1974-1975, aunque en un sentido más acentuadamente adverso a esta pena, cuyo objetivo resocializador es harto discutible. Con las limitaciones que en cada caso pudiera imponer razonablemente el juez de ejecución, le reconocía expresamente al penado la facultad de administrar sus bienes y la de ejercer “los derechos que le correspondan en relación a su familia” ⁴²⁴.

VII.— EL DECOMISO Y OTRAS PENAS ACCESORIAS

623. El texto vigente y la evolución legislativa. El art. 23 del código penal dispone: “La condena importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efectos provenientes del mismo, serán decomisados a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable”. “Los instrumentos decomisados no podrán

⁴¹⁸ Cfr. LANFRANCO, op. cit., p. 558, nota 78; SOLER, II, 401, nota 10; GARRAUD, R., loc. cit.; la considera relativa NÚÑEZ, loc. cit.

⁴¹⁹ En Bélgica la había suprimido la Constitución de 1831; en Francia la ley del 31 de mayo de 1854 (Cfr. GARRAUD, R., op. cit., p. 294).

⁴²⁰ Ley del 18 de noviembre de 1849, que deroga la disposición del art. 7º (Cfr. STANGLEIN, M., *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, München, 1858, I, p. 25, nota 4).

⁴²¹ Cfr. LANFRANCO, 539.

⁴²² Nota al art. 41 en *El proyecto de Código Penal del Doctor Sebastián Soler y sus antecedentes*, Sta. Fe, 1964, p. 109.

⁴²³ ORGÁZ, ALFREDO, *Las cuestiones civiles en la reforma penal*, en JA, 1960-VI, pp. 66 y ss.; SOLER, *Algunas cuestiones civiles en el proyecto de código penal*, en la misma, pp. 112 y ss.; nuevamente ORGÁZ, ALFREDO, *De nuevo sobre las cuestiones civiles en la reforma penal (Respuesta a una respuesta)*, en JA, 1961-II, pp. 76 y ss.

⁴²⁴ *Proyecto, 1974-1975*, art. 20, inc. 5º.

venderse, debiendo destruirse, salvo el caso en que puedan ser aprovechados por los gobiernos de la Nación o de las provincias”.

Este texto no era el original del código de 1921, puesto que aquél decía en su segundo párrafo: “Los instrumentos decomisados no podrán venderse, debiendo destruirse. Pueden aprovechar sus materiales los gobiernos de provincia o el arsenal de guerra de la nación”. Este texto fue reemplazado por uno análogo al vigente por la ley 17.567, el que fue derogado por la ley 20.509. La ley 21.338 volvió a poner en vigencia el texto de ley 17.567, que es el que rige actualmente.

En algunas leyes especiales se prevén también penas análogas, que tienden a ampliar este concepto, aunque en gran medida se superponen al mismo. Así, el ap. c) del art. 10 de la ley 20.840 dice: “A los condenados por la comisión de los delitos previstos en esta ley, se les aplicarán las siguientes penas accesorias: . . . c) El comiso del material y de los objetos de cualquier naturaleza, que hayan sido empleados en la comisión del delito”.

Si bien Tejedor cita también el código de Baviera, lo cierto es que la disposición del art. 33 del mismo se limitaba a recordar la inconstitucionalidad de la pena de confiscación desde el edicto de 1808, declarando la legalidad de las “confiscaciones de cosas en particular”. Obviamente, la fuente de la disposición proyectada por Tejedor fue el art. 59 del código español de 1850, que decía: “Toda pena que se imponga por un delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan, y de los instrumentos con que se ejecute. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero, no responsable del delito”. El art. 133 del código Tejedor lo repetía textualmente con la única variante que, donde decía “delito”, rezaba “crimen o delito”. El art. 87 del proyecto de Villegas, Ugarriza y García también lo repetía casi textual. Una redacción aún más fiel al modelo español tenía el código de 1886 (art. 80).

En la doctrina argentina parece haber pesado la observación de Pacheco acerca del destino de los elementos decomisados, según el cual con ellos se debía “atender a las responsabilidades pecuniarias, según el orden establecido en otro artículo, y aplicar al fisco lo que sobrase, si alguna cosa sobrase de ellas”⁴²⁵, puesto que se hizo eco de ella expresamente Adán Quiroga⁴²⁶. Ya el código español de 1870 en su art. 63 se ocupaba del destino de lo decomisado (“se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado, o se inutilizarán si son ilícitos”⁴²⁷). Como consecuencia de esta preocupación doctrinaria, el proyecto de 1891 regulaba expresamente el destino de lo de-

⁴²⁵ PACHECO, op. cit., Madrid, 1870, I, 374.

⁴²⁶ QUIROGA, ADÁN, p. 397.

⁴²⁷ V. GROIZARD, II, 369.

comisado: "Toda pena que se imponga producirá el comiso de los efectos provenientes del hecho que la motiva, y el de los instrumentos con que se ejecutó o destinados a ejecutarlo, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable".

"Cuando se trate de cosas cuya fabricación, uso, conducción, tenencia o enajenación tuvieren manifiestamente por objeto la comisión de delitos, se decretará siempre el comiso, aunque no haya condenación, ni pertenezcan al tenedor" (art. 46).

El segundo párrafo de ese artículo era traducción casi textual del igual del art. 36 del código italiano de Zanardelli. El art. 29 del proyecto de 1906 volvió a la fórmula de Tejedor. El proyecto de 1917 la respetó agregando la prohibición de enajenarlos, la obligación de destruirlos y la posibilidad de usar los materiales, tal como lo establecía la sanción original del código de 1921, que prácticamente era idéntica a la del proyecto de 1917.

La prohibición de venta, que aparece entre nosotros en el proyecto de 1891 y que se mantiene en el texto vigente respecto de los instrumentos, es una disposición bastante original, porque en todos los códigos de su tiempo que se refieren al tema se halla expresamente prevista la posibilidad de venta.

Los argumentos dados por nuestros codificadores para prohibirla son también bastante curiosos. En la Exposición del proyecto de 1891 se decía: "agregamos que los instrumentos decomisados no pueden ser enajenados, para no popularizar los medios empleados por los criminales y a fin de que se conserven en los archivos o museos como elementos de estudio de la criminalidad"⁴²⁸. La explicación de la Exposición del proyecto de 1917 aparece como más racional, pues da cuenta de que el precepto responde al objetivo de erradicar una práctica por demás viciosa: "Actualmente los efectos e instrumentos decomisados, quedan en los juzgados o policías y de tiempo en tiempo se venden devolviéndose a la circulación, armas y objeto que no pueden servir sino para repetir hechos delictuosos. La generalidad de las personas rechaza el propósito de adquirir armas viejas con las cuales se han cometido crímenes. Los únicos que pueden concurrir a los originales remates que hoy se hacen de esos instrumentos, son los individuos avezados al delito, a quienes la misma justicia proporciona elementos baratos para que continúen ejerciendo sus actos antisociales"⁴²⁹. Esta práctica insólita es la única explicación que recibe la singular prohibición de nuestra ley.

Es bastante pacífico el criterio acerca de que el comiso es una pena⁴³⁰, siendo digna de suscribirse la tesis que le asigna el carácter de pena accesoria⁴³¹, puesto que se distingue de ciertas medidas preventivas policiales que daban lugar a la misma aún

⁴²⁸ Proyecto, 1981, p. 37.

⁴²⁹ Proyecto, 1917, p. 46.

⁴³⁰ Cfr. NÚÑEZ, II, 445; SOLER, II, 399; FONTÁN BALESTRA, III, 266; TERÁN LOMAS, II, 432.

⁴³¹ Cfr. SOLER, loc. cit.

cuando no mediase sentencia condenatoria o cuando no perteneciese al condenado, como acontecía en el proyecto de 1891, que seguía a este respecto al código italiano, al menos para cosas de comercio ilícito. El código austríaco de 1975 establece la posibilidad de secuestrar la dádiva o donativo o su equivalente en dinero (art. 20), en lo que sigue una tradición que también conoció nuestra ley (tomada del art. 317 del código español de 1850) y consagrada en el art. 394 del código Tejedor.

Su carácter accesorio también es bien claro, presentando la particularidad de serlo de cualquier pena, puesto que tiene lugar siempre que haya una condena. Consiguientemente, el decomiso puede ser accesorio de cualquiera de las penas principales enumeradas en el art. 5 del código.

Nuestra ley usa el participio “decomisados”, pero la denominación de la pena puede ser tanto “comiso” como “decomiso”, desde que son sinónimos en castellano. De fundamental importancia es tener en cuenta que se trata de una pena que generalmente tiene carácter pecuniario —lo que justifica la inclusión dentro de las de este género que hacía Tejedor—, no restándosele la circunstancia de que eventualmente pueda recaer sobre objetos que están fuera del comercio⁴³². Dado su carácter pecuniario debe ser cuidadosamente distinguida de la confiscación, que se halla expresamente prohibida por la Constitución Nacional. La diferencia resulta clara porque la confiscación tiene carácter general, en tanto que el decomiso recae sobre cosas en particular.

Tejedor aclaraba que la confiscación a que se refiere la Constitución es únicamente “a la confiscación general de todos los bienes. Las confiscaciones de objetos particulares producto o instrumento del delito, no están comprendidas en esta abolición. Esta distinción consagrada por la jurisprudencia, está hoy fuera de duda, porque leyes posteriores han establecido confiscaciones parciales. Esta especie de confiscación debía, pues, tener su lugar entre las condenaciones pecuniarias, desde que se resuelve en una pérdida, en una privación más o menos grave de un valor cualquiera, y como la multa, tiene el carácter de una pena, lo que sirve para resolver las dudas o cuestiones, que en la práctica pudieran presentarse”⁴³³.

624. Los “instrumentos del delito” y los “efectos provenientes del mismo”. La pena se limita al decomiso de los “ins-

⁴³² Cfr. DE LA RÚA, 275.

⁴³³ TEJEDOR, *Proyecto*, pp. 133-4.

trumentos del delito" y al de los "efectos provenientes del mismo". Estos conceptos están necesitados de precisión, porque de lo contrario, parecen abarcar hipótesis en las cuales el abuso sería manifiesto.

Son *instrumentos del delito* los que el autor ha utilizado para cometer el delito, pero la palabra "instrumento" no se compatibiliza con la culpa, puesto que por tal debe entenderse el empleado con la finalidad de realizar el tipo objetivo, esto es, *dolosamente*⁴³⁴.

Córdoba Roda reconoce que la palabra "instrumento" encierra una relación de medio a fin, pero advierte que como ésta también existe en la conducta culposa —dado que en ella también hay un fin— no hay razón para limitar el ámbito del decomiso al delito doloso⁴³⁵, puesto que la fórmula legal no exigiría esa preordenación con referencia únicamente al resultado típico. En nuestra ley —que no habla de "ejecución" como la española—, sino sólo de "instrumentos del delito", todo depende de qué se entienda por "delito". La expresión "delito" se emplea en nuestro código penal con distinto alcance y, por nuestra parte, la doctrina nacional nos parece que lleva razón, pues la palabra "delito" debe entenderse aquí como un tipo objetivo, es decir, en el mismo sentido en que se la emplea en el art. 42 para la fórmula de la tentativa, que, por otra parte, es el sentido más usual en nuestra ley.

Puesto que la tipicidad presupuesta se reduce a la dolosa, puede tratarse tanto de cosas que pertenezcan al autor como de las que pertenezcan a los partícipes, dado que los únicos que quedan legalmente excluidos son los "terceros no responsables", concepto en el que claramente no puede involucrarse a un cómplice ni a un instigador. Por otra parte, tratándose del supuesto doloso, tanto puede consistir en un delito completo como en uno incompleto, es decir, que puede tratarse de un instrumento que se haya usado para cualquier acto ejecutivo punible, para un acto consumativo y aún para actos de agotamiento.

A este respecto es interesante señalar que Constant dice que se trata de la cosa "que ha usado o que ha debido usar el autor o un cómplice en los actos cumplidos después del comienzo de ejecución y hasta la consumación de la infracción, con exclusión de los actos preparatorios y de los que han tenido lugar después de la consumación de la infracción"⁴³⁶.

⁴³⁴ Cfr. NÚÑEZ, II, 445; SOLER, II, 398; FONTÁN BALESTRA, III, 266.

⁴³⁵ CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, II, p. 197.

⁴³⁶ CONSTANT, JEAN, *Précis de Droit Pénal, Principes généraux du Droit Pénal Positif Belge*, Liège, 1967, p. 443.

La idea general que da este autor parece excesivamente amplia y él mismo se ocupa de informarnos que la jurisprudencia belga introdujo distinciones que son perfectamente correctas dentro del alcance de nuestra ley. "Deben ser confiscados, por ejemplo, la llave falsa o la ganzúa que le ha servido al ladrón; la ruleta y el material que sirve a los juegos de azar; el automóvil con que un individuo prevenido del delito de caza ha cometido el delito de rebelarse contra el guarda-caza, embistiendo con el automóvil en su dirección y forzándole a saltar a un lado para no ser arrollado". "Por el contrario, no puede ser confiscado el automóvil utilizado por el ladrón para trasladarse al lugar del robo (acto preparatorio) o para transportar el producto del robo (acto posterior a la infracción)" ⁴³⁷.

Nos parecen sumamente atinadas estas distinciones, pero queda por verse, en el último caso, por ejemplo, una cuestión que no está clara: si el automóvil se utiliza para transportar el producto del robo, en forma tal que, sin él no se podría obtener la disponibilidad de la cosa, sería un medio necesario para consumir el robo. Por otra parte, puede tratarse de instrumentos que hayan sido usados aún antes del comienzo de ejecución, como en el caso del grabador en que el instigador registra el discurso con el que instiga al autor, como también, después de la consumación, como acontece en los delitos permanentes (los instrumentos que se utilizan para mantener una privación de la libertad) o en los supuestos en que el delito no se ha agotado o consumado materialmente (el vehículo que se utiliza para seguir transportando las cosas hurtadas, aunque su empleo se haga en una etapa que es posterior al primer apoderamiento; la manguera con que se arroja combustible para extender el incendio).

En nuestro texto no hay duda alguna acerca de que los instrumentos del delito son también los que se emplean en casos de delitos incompletos, esto es, en supuestos de tentativa. En España había dado lugar a dudas la expresión que empleaba el código de 1850 ("de los instrumentos con que se ejecute" —art. 59—), fórmula por cierto que equivoca, tomada por nuestro código Tejedor. La redacción española —que aún se conserva (art. 48)— da lugar a dudas también en la actualidad ⁴³⁸, aunque destacan los autores que ejecución también hay en la tentativa, lo que es cierto ⁴³⁹.

La duda que se genera en nuestro texto es respecto de la tentativa inidónea, en los casos en que la inidoneidad del medio consista en una inidoneidad absoluta del instrumento utilizado (y no del modo de utilizarlo). Así, pretender matar con un revólver descargado es un defecto en el modo de empleo del arma que hace inidóneo el medio —la conducta—, pero querer matar por lesión física —no por efecto psíquico— con un revólver de juguete, encierra una absoluta inidoneidad del instrumento mismo, lo que hace que

⁴³⁷ Ibidem.

⁴³⁸ Sobre el código de 1870, GRIZARD, op. cit., 1903, II, 373.

⁴³⁹ Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, II, 196.

no pueda considerarse "instrumento del delito" a aquello que es absolutamente inidóneo para cometerlo. En casos de tentativa, que sea inidónea por la *grosera inidoneidad del instrumento mismo*, creemos pues, que no puede aplicarse esta pena accesoria.

Se ha planteado una seria cuestión doctrinaria acerca de si en todos los casos cabe el decomiso del instrumento del delito, aún cuando su empleo como tal fuese ocasional. Algún sector jurisprudencial ha entendido que los objetos que sólo eventualmente pueden ser usados como instrumentos del delito no pueden ser decomisados, creyendo que el fundamento de esta pena consiste en el propósito de evitar que las armas y los objetos inequívocamente destinados a cometer delitos quedasen en manos de los delincuentes. En modo alguno nuestra legislación le asigna este sentido, particularmente, teniendo en cuenta que en nuestra tradición legislativa se trata de una pena pecuniaria accesoria —tal como lo decía expresamente el Código Tejedor— y tampoco sus antecedentes españoles⁴⁴⁰. No hay, pues, en nuestra ley, fundamento alguno para distinguir entre instrumentos eventuales u ocasionales e instrumentos inequívocos del delito. Por otra parte, no hay ningún instrumento inequívoco de delito, pues todo depende de las manos en que se halle (una ganzúa puede ser usada por un cerrajero, un arma por un agente de seguridad o por un soldado, un cuchillo por quien está comiendo).

Si bien no puede aceptarse la exclusión lisa y llana de los instrumentos ocasionales, cabe preguntarse, frente a ciertos delitos, si debe limitarse el concepto de "instrumento", puesto que bien puede generar graves dudas, particularmente si la pena parece resultar pecuniariamente desmesurada. Si por instrumento entendemos a todos los objetos materiales necesarios para la realización del tipo objetivo conforme al plan concreto, bien pueden incluirse inmuebles, como en el caso de quien comete un secuestro y retiene a la víctima durante una semana en un enorme campo de su propiedad.

Por cierto que la solución no es nada sencilla, puesto que la teoría de los instrumentos ocasionales carece de fundamento jurídico y también de base óptica, pero hay algo que parece indicarnos que el concepto tampoco puede tener la amplitud que parece darle

⁴⁴⁰ En el sentido correcto critica por arbitraria esta interpretación restrictiva, NÚÑEZ, II, 446, nota 329.

el texto legal entendido "lato sensu". Creemos que ello obedece a que toda pena, principal o accesoria, debe ser racional, y en modo alguno lo sería el decomiso de veinte mil hectáreas de campo al autor de un rapto, puesto que nos hallaríamos en el límite de la confiscación vedada constitucionalmente. Creemos, en síntesis, que el instrumento es decomisible siempre *que no se trate de una pena que se halle sobre el límite de la confiscación o que en el caso concreto resulte cruel, lo que también vedaría su imposición.*

Si la multa y cualquier pena pecuniaria no debe trascender a terceros, en la medida de lo posible, y si la pena, además de no ser cruel ni confiscatoria, tiene un fin resocializador, no podría aplicarse pena de decomiso al propietario de un vehículo de alquiler que lo facilita para que se cometa un pequeño hurto, cuando el vehículo es el único medio de vida que tiene.

En cuanto a los "efectos" del delito, las dudas son también grandes, puesto que la expresión carece de precisión aún en grado mayor que la de "instrumentos". Creemos que por tales se deben entender los objetos que son obtenidos con la conducta típica, como la cosa hurtada, la moneda falsa, la cosa perdida para su dueño, el plano ilegalmente relevado, etc.⁴⁴¹. Estos son los verdaderos *producta sceleris* —que Soler opone a los instrumentos o *instrumenta sceleris*⁴⁴²—, pero que, naturalmente, no deben pertenecer a terceros.

Los autores, en general, opinan que no abarca el concepto a la totalidad del producido del delito⁴⁴³, o sea que, por ejemplo, en el caso de enajenación onerosa de la cosa, no puede extenderse al producto de la misma ni puede abarcar lo comprado con la moneda falsa⁴⁴⁴. Se afirma que esa extensión, "si bien estaría de acuerdo con el carácter penal del comiso, contrariaría el inequívoco texto legal"⁴⁴⁵. Sin embargo, nuestro código no dice que deba tratarse de los efectos "inmediatamente" provenientes del delito, sino simplemente, de los "provenientes" del delito, por lo que no vemos razón alguna para hacer una distinción sobre los efectos que provienen en forma mediata.

⁴⁴¹ Cfr. NÚÑEZ, II, 446.

⁴⁴² Cfr. SOLER, II, 349.

⁴⁴³ Ibidem.

⁴⁴⁴ Así FONTÁN BALESTRA, III, 346.

⁴⁴⁵ Ibidem.

El objeto sobre el que recae materialmente el delito, por lo general no puede considerarse un "efecto proveniente del delito". En la generalidad de los casos, el objeto material no pertenece al sujeto activo, por lo que ni siquiera cabe plantear el problema, pero en otros, el objeto puede pertenecer al sujeto y, en tanto el delito no implique una creación o mutación prohibida de su esencia misma (como la falsificación de moneda) no puede considerarse que es un "efecto proveniente del delito". La alteración del número de motor de un automotor no da lugar a que se considere al automotor como un efecto proveniente del delito. El cercenamiento de moneda no permite que se considere a las que, si bien cercenadas, siguen siendo monedas, como un efecto proveniente del delito. La falsificación de moneda, por el contrario, da lugar a esa consideración: el delito consiste en crear materialmente una apariencia que no existía y que es el "efecto proveniente del delito" (antes del delito sólo existían los materiales). Con mucha mayor razón debe considerarse que no son efectos provenientes del delito aquellos objetos materiales de la conducta típica que ésta deja totalmente inalterados, como en el caso de la tenencia prohibida de ciertas cosas, cuyo decomiso podrá proceder en virtud de leyes especiales o de medidas administrativas, pero no por aplicación del art. 23, porque obviamente, las cosas no "proviene" de la tenencia ⁴⁴⁶.

El art. 90 del código español de 1822 se refería a "los efectos en que éste consista, o que formen el cuerpo de él", en tanto que el art. 44 del código napolitano disponía la confiscación del "cuerpo del delito". Este concepto fue dejado de lado por el código español de 1850, que entendió que lo decomisible ya no era el "cuerpo del delito", sino los efectos provenientes del delito, concepto que, como vimos, nada tiene que ver con el antedicho, de naturaleza exclusivamente procesal. Sin embargo, una frase escrita al pasar por Groizard, indica que éste incurrió en una confusión entre el cuerpo del delito procesal y los elementos provenientes del delito penales. Groizard decía que "la palabra *efectos* del delito tiene un sentido lato". "En ella —agregaba— están comprendidos los objetos que forman el delito y los producidos por el mismo" ⁴⁴⁷. Esta confusión de Groizard ha pasado también a nuestra doctrina, donde Adán Quiroga, comentando la similar disposición del proyecto de Villegas, Ugarriza y García, decía que la confiscación se aplica a los instrumentos con que se hubiera cometido, al cuerpo del delito y a los efectos que de él provengan ⁴⁴⁸. Comentando

⁴⁴⁶ Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, II, 146.

⁴⁴⁷ GROIZARD, op. cit., 1903, II, 373.

⁴⁴⁸ Así, QUIROGA, ADÁN, p. 396.

ya el código vigente, Malagarriga también incurría en el mismo error, afirmando que los efectos son, además de los instrumentos del producto, "los que constituyen el cuerpo del delito, es decir, sobre los que se ha ejecutado el hecho delictuoso, como las monedas cercenadas o falsificadas"⁴⁴⁹.

Es obvio que el objeto material del delito integra el cuerpo del delito, pero jamás debe afirmarse que el objeto del delito es invariablemente un "efecto proveniente del mismo", puesto que, por lo general, no lo es. Incluso en los casos en que efectivamente lo es, ello no resulta de su condición de integrante del cuerpo del delito. El cuerpo del delito es un concepto procesal, cuya utilidad en este aspecto puede servir para fundar eventualmente un secuestro, que es una medida de carácter procesal, que nada tiene que ver con el decomiso. Como bien dice Soler, "no debe confundirse esta medida con el secuestro, que tiene carácter procesal, y que nada prejuzga acerca de la propiedad o destino de la cosa secuestrada"⁴⁵⁰.

Hemos visto que conforme a nuestro texto vigente, los instrumentos decomisados no pueden venderse, disposición que se origina en el proyecto de 1891. La ley agrega que deberán destruirse, "salvo el caso en que puedan ser aprovechados por los gobiernos de la Nación o de las provincias". Este texto fue agregado por la ley 17.567 y por la 21.338, en reemplazo del texto original, que respecto de los instrumentos decía que "pueden aprovechar sus materiales los gobiernos de provincia y el arsenal de guerra de la Nación". Aparte de que el texto actual amplía el aprovechamiento a todo el gobierno de la Nación —y no sólo al arsenal de guerra—, autoriza el mismo respecto de los elementos en sí mismos y no únicamente de sus materiales.

El párrafo segundo del art. 23 no dispone nada respecto de los efectos provenientes del delito⁴⁵¹. Cabía entender, pues, que pasaban a ser de propiedad del Estado, "que dispondrá de ellos con la amplitud de facultades propias del manejo de su hacienda"⁴⁵². Tal era el criterio correcto, atendiendo a que ese era el destino que tenían todas las penas pecunarias, y especialmente la multa, que debe considerarse como la principal de ellas. Sin embargo, en el orden nacional, con la sanción de la ley 21.661, que destina al Patronato de liberados las multas aplicadas por los tribunales nacionales por la comisión de delitos previstos en el código penal, la situación cambia, puesto que si bien en la ley sigue faltando una

⁴⁴⁹ MALAGARRIGA, op. cit., 1927, I, p. 149.

⁴⁵⁰ SOLER, II, 399.

⁴⁵¹ Cfr. NÚÑEZ, II, 446; DE LA RÚA, 277.

⁴⁵² DE LA RÚA, loc. cit.; SOLER parece entender que tienen igual suerte que los instrumentos (SOLER, II, 399).

disposición expresa acerca del destino de los efectos decomisados, cabe entender que, tratándose de una pena pecuniaria accesoria, lo lógico es que su destino sea el mismo que para la pena pecuniaria principal. Resultaría bastante incoherente que la multa aplicada a un sujeto en razón de haber cometido una apropiación de cosa perdida del art. 175, vaya al Patronato de liberados, en tanto que la cosa apropiada deba venderse y destinar su producto a rentas generales. Entendemos, pues, que cabe aplicar extensivamente lo dispuesto por la ley 21.661 a todas las penas pecuniarias del código penal, salvo a los instrumentos, en razón de la disposición expresa del art. 23.

Quedaría por ver qué es lo que corresponde hacer en el caso en que un mismo objeto haya sido instrumento y efecto proveniente de un delito, como en el supuesto de que con el producto de un robo se compre un vehículo con que el comprador comete un segundo robo. Entendemos que corresponde darle el destino que el art. 23 señala para los instrumentos, puesto que se trata de un régimen especial, ante el que debe ceder el destino general de las penas pecuniarias.

625. Otras penas accesorias. En nuestro código penal no existen más penas accesorias que las que hemos tratado. Sin embargo, en algunas leyes penales especiales se han establecido penas accesorias, tales como la pérdida de la ciudadanía para argentinos naturalizados, la expulsión del país para extranjeros, la cancelación en el Registro Público de Comercio para personas jurídicas, la pérdida de mercadería y otros materiales en beneficio del Estado, etc. El análisis de todas estas penas establecidas en forma inorgánica excede el marco de los principios generales. No obstante, bueno es advertir que nunca han sido materia de una adecuada crítica constitucional en su conjunto.

Respecto de otras penas accesorias cuya imposición atribuyen las leyes al Poder Ejecutivo, so pretexto de su naturaleza administrativa, ya hemos advertido su inconstitucionalidad y la alarma que estas leyes debe acarrear a la sana conciencia jurídica del país.

Cabe advertir que en ámbitos legislativos especiales se han ido creando inhabilitaciones e interdicciones perpetuas, también con el pretexto de poderes de policía nacionales, provinciales o municipales o de simples reglamentaciones. Estas incapacidades emergentes de los delitos son absolutamente inconstitucionales,

puesto que es el Poder Judicial el único que puede determinarlas, dado que la Constitución únicamente requiere la idoneidad para los cargos públicos. Frecuentemente, simples reglamentaciones dan lugar a una trascendencia de la pena, inadmisibles en nuestro derecho, como cuando se requieren "intachables antecedentes familiares" o similares para adquirir cualquier condición.

Es imposible por el número enorme de violaciones al principio de legalidad y judicialidad de las penas, enumerar o sistematizar estas penas accesorias inconstitucionales. Valga como uno de los ejemplos más notorios la interdicción creada por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires para todo sujeto, *procesado* por *cualquier delito*, para obtener o renovar la licencia de conducción de vehículos de transporte de pasajeros, lo que no sólo es una pena inconstitucional, sino que viola el principio de inocencia. Es obvio que en la mayoría de estos casos, los funcionarios actuantes están incurriendo en conductas típicas del art. 248 del Código Penal, aunque hasta el presente ninguna autoridad judicial parece haber reparado en ello, quizá a causa de la generalización del fenómeno.

CAPÍTULO XLI

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL CASO CONCRETO

I. — DETERMINACIÓN, CUANTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN. 626. El derecho de cuantificación penal. 627. La "individualización" de la pena. II. — LA TÉCNICA LEGISLATIVA Y LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO. 628. La técnica legislativa de nuestro código. 629. Los criterios de determinación de las penas. 630. La estructura general de los criterios de cuantificación penal de nuestro código. III. — LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN PENAL EN PARTICULAR. 631. La magnitud del injusto. 632. Casos particulares de mayor contenido injusto (delito continuado y concurso ideal). 633. La culpabilidad como criterio cuantificador y determinante. IV. — LA FUNCIÓN CORRECTIVA DE LA PELIGROSIDAD. 634. El concepto dogmático de peligrosidad. 635. La función correctiva de la peligrosidad. V. — REGLAS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN PENAL. 636. La determinación penal y el principio de intrascendencia o de personalidad de la pena. 637. La cuestión de la doble valoración. 638. El mínimo de inmediación. VI. — LAS ESCALAS PENALES ALTERADAS POR LA MAGNITUD DEL INJUSTO (EN RAZÓN DEL GRADO DE LESIÓN OBJETIVA A LA SEGURIDAD JURÍDICA). 639. El artículo 35 del código penal. 640. Las escalas penales de la tentativa. 641. Las escalas reducidas de la complicidad. VII. — AGRAVACIONES PENALES DERIVADAS DEL MAYOR CONTENIDO DEL INJUSTO EN RAZÓN DEL MAYOR PELIGRO DE ALARMA SOCIAL PROVOCADO POR CIERTAS REITERACIONES (MAGNITUD DE LA AFECTACIÓN AL ASPECTO SUBJETIVO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA). 642. Naturaleza y consecuencias. 643. Reincidencia y tercera reincidencia. 644. La multi-reincidencia calificada. 645. El concurso real calificado. VIII. — ESCALAS PENALES ALTERADAS POR LA CULPABILIDAD. 646. Escalas penales alteradas por la culpabilidad. IX. — EL SISTEMA DE LA PENA TOTAL. 647. El principio de unidad de la reacción penal. 648. La pena total y el concurso real resuelto en una única condena. 649. La pena del concurso real en las hipótesis del art. 56 del código alemán. 650. La pena total en la unificación de condenas. 651. La pena total y la unificación de penas. 652. Competencia para la unificación de condenas, de penas y de sentencias X. — LA CONDENAÇÃO CONDICIONAL. 653. Su incorporación a la legislación argentina. 654. Naturaleza de la condenación condicional. 655. Condiciones formales para su pronunciamiento. 656. Condiciones materiales para su pronunciamiento. 657. La condicionalidad de la condenación.

I. — DETERMINACIÓN, CUANTIFICACIÓN
E INDIVIDUALIZACIÓN

626. **El derecho de cuantificación penal.** Ha dicho con muy fundada razón, Nowakowski, creemos que con validez universal, que un teórico proveniente de la *praxis* no puede sentirse feliz cuando se le plantea el problema de la cuantificación penal, porque sabe que muy frecuentemente, en la cuantificación de las penas las consideraciones teóricas no juegan ningún papel importante, partiéndose frecuentemente en la práctica de valoraciones generales que, en muy amplia medida, dependen de consideraciones morales¹. Todos experimentamos la misma sensación y, además, quienes debemos cuantificar judicialmente penas, sabemos el desconcierto que frecuentemente reina al respecto y las enormes dudas que nos asaltan.

Quizá la cuantificación penal sea, por ello, el capítulo más interesante de la psicología judicial, pero, dejando de lado la mera curiosidad científica que puede ofrecer al tercero observador desapasionado, lo más tremendo es que se debe confesar que se trata del campo más arbitrario en el ámbito de nuestra práctica tribunalaria y, por consiguiente, una fuente tremenda de inseguridad jurídica. Hay períodos “duros” y “blandos”, tribunales y jueces “duros” y “blandos”, salas que merecen similares calificativos dentro de un mismo tribunal colegiado. El fenómeno puede tener diferencias de grado en los distintos países, pero no puede pasarse por alto que se genera en todos y, como bien lo apunta el autor austríaco a quien nos referimos, le cabe a la doctrina gran parte de la responsabilidad, especialmente por la escasa atención que le ha prestado al mismo y por el consiguiente magro resultado que el desarrollo dogmático ha alcanzado al respecto. Casi todas las leyes se han preocupado de sentar principios para la cuantificación, creando un sistema más o menos flexible. Bástanos recordar la Ley VIII del Título XXXI de la Partida Séptima, que se ocupaba de “Que cosas deven catar los jueces ante que manden dar las penas, es porque razones las pueden crecer, o menguar, o tallar”². Sin embargo, recién en los últimos años comienza a cobrar respetable volumen la

¹ Cfr. NOWAKOWSKI, FRIEDRICH, *Probleme der Strafzumessung*, en “Strafrechtliche Probleme der Gegenwart”, Wien, 1974, p. 167.

² BERNI, *Apuntamientos...*, Valencia, 1759, III, p. 119.

literatura sobre el tema³, hablándose hoy de un *derecho de cuantificación penal*.

Si bien es reciente este "derecho de cuantificación penal", ya ha alcanzado un volumen que permite llamar la atención a su respecto y, especialmente, acerca de sus posibilidades y alcances. No podemos soñar en modo alguno, con un desarrollo dogmático de tal naturaleza que nos lleve a un criterio totalmente objetivo y casi mecánico, porque la ponderación la debe hacer el tribunal en base a variables que no pueden ser matemáticamente tabuladas, desde que nos hallamos en un derecho penal de acto, que incluye un juicio de reprobación jurídica, sin contar con que el fondo de la tarea judicial, al menos en su modelo ideal, impone al juez un difícilísimo esfuerzo humano, que en modo alguno puede ser suplido por una cuantificación predeterminada.

Se ha intentado llevar a cabo un modelo lógico formal para la cuantificación penal⁴, pero semejantes tentativas no pueden pasar de ser criterios lógicos a tener en cuenta. Frente a ellas, ha dicho Reinhard von Hippel que la dogmática de la cuantificación de la pena nunca logrará eliminar el problema del criterio judicial. "Todas las reglas de cuantificación de penas no pueden ser más que tablas ejemplificativas. La cuantificación de penas por tabulados mecánicos es, al menos de momento, imposible, y crea el embuste de un criterio objetivo"⁵.

Por otra parte, y mirando ya hacia lo futuro —y no muy lejano— no puede ser muy remoto el momento en que se comprenda que, al menos en buena parte, la criminalidad es un producto de la alienación psicológica del hombre, pero que esa alienación también está socialmente condicionada, y al mismo tiempo, se deje de soñar con cambios sociales estructurales que sean capaces de eliminar cualquier alienación, en el marco de una organización utópica, para descender a la tierra y aceptar que toda estructura social es en alguna medida alienante y que tanto el juez y su equipo como el delincuente son susceptibles de padecer el mismo fenómeno. Esta tesis fue expuesta claramente por Rotman, quien precisó que la tarea del juez deberá ser una tarea de desalienación, pero que deberá co-

³ V. BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 1967 (2ª ed., 1974); SPENDEL, GÜNTER, *Zur Lehre vom Strafmaß*, 1954; sobre el desarrollo de cuantificación penal, el mismo, *Zur Entwicklung der Strafzumessungsrechtslehre*, en ZStW, 1971 (83), pp. 203-242; ZIPP, *Die Strafmaßrevision*, 1969; DREHER, *Über die gerechte Strafe*, en JZ, 1967, pp. 41 y ss., 1968, 209 y ss.; el análisis desde el punto de vista pedagógico, en Peters, KARL, *Zur Theorie der riminalstrafe im Pädagogischer Sicht*, en "Pädagogik Strafe", Freiburg, 1967, pp. 375-404; etcétera; DOLCINI, EMILIO, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.

⁴ Así, HAAG, KARL, *Rationale Strafzumessung, Ein entscheidungstheoretisches Modell der strafrechtlichen Entscheidung*, Köln, 1970.

⁵ HIPPEL, REINHARD VON, *Die Strafzumessung und ihr Ruf*, en "Fest. f. Richard Lange", 1976, 285 y ss. (302).

menzar por la autodesalienación del juez y de su equipo. Con gran claridad ha dicho este autor argentino que “el juez y su equipo de colaboradores especialistas en ciencias del hombre, siendo en mayor o menor grado parte de la misma estructura social psicológica del delincuente, deben cimentar su misión en un trabajo de autocomprensión, y por ende de autodesalienación”⁶. No nos cabe duda de que hacia eso debe marchar la cuantificación futura, especialmente cuando llegue el inevitable momento de la judicatura de ejecución penal, en que la cuantificación no sea algo predeterminado en un proceso de conocimiento fatal, sino que la observación y el tratamiento, cuando fuesen necesarios, puedan tener alguna influencia en su curso. Ese ideal, que parece lejano, de cualquier manera es incompatible con una tabulación rígida que más bien parece una complicación de las viejas reglas de penas fijas mediante la aplicación de los recursos de la lógica moderna. En modo alguno puede hacerse un modelo lógico que sea capaz de predeterminar el esfuerzo conjunto del juez y del penado encaminado a un objetivo de resocialización.

No obstante, el juez debe aplicar el derecho también en la cuantificación penal y, por ende, debe proceder con razonamiento claro y con criterio jurídico. Pocas cosas son más deprimentes que revisar las consideraciones cuantificadoras de las sentencias de nuestros tribunales, cuando las hay, lo que pocas veces sucede, salvo que por tales se entienda una mera fórmula judicial. En la mayoría de los pocos casos en que se discute el problema, las consideraciones de nuestros tribunales resultan de nivel lego. Con bastante frecuencia se apela a criterios “ejemplarizantes” confesos, o también a la “alarma social” provocada por el hecho, lo que resulta inconstitucional, puesto que la conducta de terceros ajenos al hecho (el número de los que cometen hechos semejantes o la notoriedad periodística) no puede imputarse a la conducta del procesado.

627. La “individualización” de la pena. En nuestros países latinos suele hablarse muy frecuentemente de “individualización” de la pena, afirmándose, a partir de la conocida obra de Saleilles sobre el tema⁷, que hay una individualización legal, otra judicial y una tercera, administrativa. Esto implicaría la existencia de tres etapas individualizadoras: legal, judicial y administrativa.

Esta idea —ya tradicional— de individualización de la pena, está necesitada de urgente revisión. La *individualización* de la pena es algo más que la mera *cuantificación*: *la cuantificación nos indica de qué cantidad de bienes jurídicos puede privarse al penado, en tanto que la individualización nos señala, a la vez que la medida de esa privación, cuál es el tratamiento resocializador al que debe*

⁶ ROTMAN, EDGARDO, *Las técnicas de individualización judicial frente a una noción moderna de resocialización*, en “Revista de D.P. y Crim.”, Bs. As., enero-marzo 1972, pp. 114-118 (117).

⁷ SALEILLES, R., *La individualización de la pena, Estudio de criminalidad social*, Madrid, 1914.

sometérselo (es decir, indica para qué en concreto se le hace objeto de esa privación).

Así conceptualizada la individualización de la coerción penal, ésta no coincide con una etapa legal, otra judicial y otra administrativa, sino que las actividades judicial y administrativa se combinan para realizar la voluntad de la ley en el caso concreto. La ley, tanto la ley penal como la ley penitenciaria nacional, marcan límites y señalan objetivos, y las actividades jurisdiccionales y administrativas procuran la obtención de esos objetivos dentro de los límites legales, en el caso concreto. La actividad jurisdiccional tampoco es del todo ajena a la llamada individualización administrativa, si por tal se entiende la ejecución misma. En nuestro sistema positivo, el tribunal puede, en ciertas circunstancias y condiciones, suspender la pena misma y también a él compete la decisión de la libertad condicional, que es una importantísima etapa de la ejecución, todo ello, sin perjuicio del general control jurisdiccional sobre el cumplimiento de las penas. En otros sistemas legales la ingerencia jurisdiccional es mucho mayor, a través del tribunal de ejecución penal. La individualización "administrativa" no sería, pues, más que la ejecución misma, que no puede ser llamada "administrativa", porque parte de ella corresponde también a la actividad jurisdiccional⁸.

Por consiguiente, no hay tres etapas en la individualización de la pena en el caso concreto, sino *tres actividades que convergen en una misma tarea individualizadora*. La ejecución misma es una parte de la individualización, pero ya vimos que su estudio da lugar a una disciplina autónoma, cuya autonomía no se configura por ser actividad administrativa, sino por la materia especializada que abarca. Ello pone de manifiesto que *el concepto de individualización es tan amplio que excede el marco mismo del derecho penal*. Por otra parte, si por *cuantificación de la pena entendemos únicamente la cantidad y calidad de los bienes jurídicos de que se puede privar al penado*, veremos que al derecho penal le compete el estudio de algo más que una pura cuestión cuantitativa, sino que debe ocuparse de "la determinación de la pena por el tribunal, dentro del ámbito que la ley deja para esa decisión"⁹, o bien, de "la de-

⁸ Sobre la intervención judicial en la ejecución penal, MARTY, DICK F., *Le rôle et les pouvoirs du juge suisse dans l'application des sanctions pénales*, Lugano, 1974.

⁹ SCHMIDHÄUSER, 633.

terminación de las consecuencias jurídicas de un hecho penal por el juez, según la clase, gravedad y posibilidad de ejecución, en vista a la elección dentro de una pluralidad de posibilidades legalmente previstas”¹⁰.

Sintéticamente dicho: *la individualización de las penas abarca la cuantificación, la selección y la ejecución; la cuantificación abarca los bienes jurídicos de que se priva al penado*. El primer concepto es demasiado amplio, puesto que excede el campo penal; el segundo es demasiado estrecho y no abarca todo lo que al respecto estudia el derecho penal. Por consiguiente, creemos que lo adecuado es referirnos a *la determinación de la pena en el caso concreto*, como concepto que abarca *la labor judicial de determinación de la clase de pena* (cuando se trata de conminaciones alternativas o facultativamente conjuntas), *de la cuantía de ellas dentro de los límites legales* (cuando se trata de penas que admiten grados) *y de la forma de imposición* (cuando se puede elegir entre la imposición efectiva o la condenación condicional) *o de cumplimiento* (como en el caso de la multa).

II. — LA TÉCNICA LEGISLATIVA Y LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

628. **La técnica legislativa de nuestro código.** El código argentino, en su art. 40, determina que “en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condena- ción de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente”. El art. 41 C. P. señala criterios generales pero no tabula o enlista agravantes y atenuantes, al modo de otras legislaciones.

Para que este sistema de determinación sea posible, se presupone que la ley opte por un sistema de penas elásticas o relativamente indeterminadas, es decir, fijando un mínimo y un máximo o permitiendo al tribunal optar entre distintas penas. Como es lógico, esto es lo que sucede en nuestro código, donde prácticamente no hay penas rígidas, pues la misma pena perpetua permite elegir entre reclusión y prisión (y en el art. 80 permite agregar lo dispuesto en el art. 52). En el caso de la reclusión accesoria por tiempo indeter-

¹⁰ Cfr. JESCHECK, 697.

minado, se trata también de una indeterminación relativa, que tiene un mínimo cuya duración definitiva se precisa en el curso de la ejecución, en la forma prevista en el art. 53.

a) En la legislación comparada se conocen distintos sistemas o técnicas legislativas para proceder a la determinación penal. En general puede afirmarse que el racionalismo, como reacción contra la arbitrariedad judicial anterior, tuvo una enorme desconfianza hacia los tribunales, dando lugar a la *tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas*, que hacía del juez un mero ejecutor de la ley, tal como acontecía con el código francés de 1791. El modelo de código racionalista de penas fijas por excelencia es el *código brasileño del Imperio, de 1830*. El art. 16 establecía las circunstancias agravantes en 17 párrafos, a los que el art. 17 añadía cinco párrafos más; el art. 18 establecía en diez párrafos las circunstancias atenuantes. En la parte especial se establecía un máximo (18 años, por ejemplo), un mínimo (6 años, por ejemplo). Si había agravantes se aplicaban 18 años; si había atenuantes, 6 años; en caso de no haber agravantes ni atenuantes o de mediar dudas acerca de cualquiera de ambos, se imponía la pena en su grado medio (12 años). Era un abierto sistema taliano kantiano o de Bentham, que se completaba con la disposición del art. 19: "Influirá también en la agravación o atenuación del crimen la sensibilidad del ofendido".

b) El *Código de Baviera de 1813* (arts. 90 a 96) establecía un sistema conforme al cual cada previsión tenía un máximo y un mínimo, tabulando circunstancias que daban por resultado la "medida de la punibilidad", referidas "al hecho en sí" (que eran criterios de magnitud), y conforme a las "facultades y voluntad del autor" (que podían agravar —art. 92— o atenuar —art. 93—). También se disminuía la punibilidad por algunas conductas posteriores al hecho (art. 94). No obstante, el Código de Feuerbach no imponía el cálculo matemático fijo del Código Criminal del Imperio sino que le permitía moverse entre los límites, añadir o restar las accesorias previstas en general. Tal era el *sistema de tabulación de atenuantes y agravantes con penas flexibles*. Si quisiésemos definirlo con mayor rigor, diríamos que se trata de un *sistema de criterios generales en cuanto al hecho y de tabulación de agravantes y atenuantes en cuanto a lo subjetivo, con penas flexibles*.

c) El *Código francés de 1810* y el *Código alemán de 1871* no contienen reglas generales para la determinación de las penas, es decir que fijaban un máximo y un mínimo sin proporcionar criterios generales, sin perjuicio de hacerlo en los casos de las agravantes llamadas "legales" (tipos calificados). Se trata del *sistema de penas flexibles sin enunciación de criterios generales*¹¹.

d) El *código español de 1822* tabulaba en largo enlistado las agravantes y las atenuantes, estableciendo tres grados de delito. Al primer grado se le aplicaba el máximo, al segundo grado el término medio entre el

¹¹ La presencia y efectos de circunstancias atenuantes declaradas por el jurado, pero no tabuladas, se introdujo en el art. 94 del código francés en la reforma de 1832.

máximo y el mínimo y al tercer grado el mínimo de la pena legal. Quedaba al prudente arbitrio judicial disminuir la pena del delito en primer grado hasta una sexta parte del máximo, disminuir o aumentar el término medio hasta una sexta parte del máximo o aumentar el mínimo también hasta una sexta parte del máximo. Se trataba de un *sistema de tabulación de atenuantes y agravantes con penas relativamente rígidas*. Este sistema perduró en los códigos españoles posteriores (art. 102 del Código de 1822, art. 82 de 1870, art. 74 del Código de 1850), aunque dotándolo de mayor elasticidad¹². El sistema de referencia se introdujo en los códigos latinoamericanos que siguieron a los españoles.

e) El *código Zanardelli* establecía un mínimo y un máximo, sin sentar pautas, pero establecía en su art. 59 el sistema de las atenuantes genéricas, "que autorizaban al juez a disminuir la pena en una sexta parte" pero sin tabularlas. Se trataba de un *sistema de penas flexibles, sin enunciación de criterios generales con atenuantes genéricas no especificadas*¹³.

f) El *código suizo* retomó un sistema que en cierta forma representaba una vuelta al criterio de Feuerbach, aunque mucho más simplificado: señala el art. 63 tres criterios a tomar en cuenta (los motivos, la vida anterior y las condiciones personales). En el art. 64 enumera algunas circunstancias atenuantes especiales que tienen por efecto alterar la pena mínima conminada. De cualquier manera, el código suizo —y antes los proyectos— inaugura el sistema de los *criterios legales generales o fórmulas sintéticas* con penas flexibles. Se trata de la señalización de criterios que deben tomarse en cuenta y de los que pueden surgir circunstancias que agraven o que atenúen la pena. Las circunstancias referidas al "hecho en sí", del art. 91 del Cód. de Baviera, cumplían similar función, puesto que sólo señalaban criterios. La fórmula de los proyectos suizos no dejó de ejercer su influencia para que se adoptaran fórmulas relativamente sintéticas en nuestro país, en Perú, en México, y en Costa Rica.

Si tuviésemos que sintetizar las técnicas legislativas que se han dado en la legislación comparada, podríamos decir que, con mayor o menor grado de apreciación judicial —lo que dependía del criterio político imperante—, se ensayaron las *tabulaciones de agravantes y atenuantes*, los *criterios de los que el juez debe deducir las agravantes y atenuantes* y el *silencio*. Todos los sistemas positivos adoptan alguno de estos o son combinaciones de ellos. Nuestro art. 41 se inclina abiertamente por la indicación de criterios a partir de

¹² V. RODRÍGUEZ DEVESA, 585 y ss.; CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, 407 y ss.; DEL ROSAL, II, 487 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, I, 151 y ss.; antes, VIADA Y VILASECA, SALVADOR, op. cit., I, 195 y ss.; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO, op. cit., Salamanca, 1897, I, 294 y ss.; PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO, op. cit., Madrid, 1888, 182 y ss.

¹³ Sobre ello, MAJNO, LUIGI, *Commento al codice penale italiano*, Torino, 1924, I, 160 y ss.

los cuales es el órgano jurisdiccional el que debe deducir las agravantes y las atenuantes.

Los primeros antecedentes de nuestros artículos 40 y 41 son los arts. 185 a 191 del código Tejedor (pp. 203 a 212 del P. Tejedor). Estas disposiciones provienen directamente de los arts. 90 a 96 del Cód. de Baviera. Tanto en el Cód. de Baviera como en el Tejedor se mencionan atenuantes y agravantes que alteran la escala penal, pero las que deben tomarse en cuenta para la cuantificación dentro de la misma son las que aparecen en estos artículos¹⁴. El art. 190 del código Tejedor (p. 210 del P. Tejedor) establecía en su primer párrafo que "ninguna de las causas enunciadas autorizan al juez para separarse de la pena legal, cambiar su clase, prolongar o abreviar su duración", en consonancia con lo establecido por el art. 95 del Cód. de Baviera. El Cód. de Baviera agregaba una previsión en el art. 96, que Tejedor no adoptó: "Si por el monto e importancia de las circunstancias atenuantes concurrentes, la pena legal parece encontrarse en relación desigual con la punibilidad propia del caso especial, se reportará a la Majestad Real por mayor atenuación por Gracia Suprema". Nuestros tribunales han hecho uso de esta facultad que se encuentra sin previsión especial en nuestra ley, pero que emerge del derecho constitucional de peticionar a las autoridades, en los casos en que han recomendado indultos y conmutaciones.

La clave del sistema de cuantificación de penas en el Cód. Tejedor es el mismo que en el de Baviera, con algunos errores de traducción, que no llegan a alterar su sentido general. *El art. 185 del Cód. Tejedor decía:* "En los casos en que la ley deje indeterminado el cuanto de la pena, el juez tiene el derecho y el deber de proporcionarla, según las circunstancias particulares de cada especie; propias para aumentar o disminuir la criminalidad del hecho. A este efecto deberá tomar en consideración por una parte la naturaleza de la acción en sí misma, y por la otra, la mayor o menor criminalidad de la intención". *El art. 90 del Cód. de Baviera decía:* "En tanto que la ley haya dejado indeterminado el grado de la pena, está el juez autorizado y obligado a medirle la cantidad de la pena al criminal en grado proporcionado a las circunstancias propias de mayor o menor punibilidad. A este fin el juez debe tomar en cuenta, en parte, la calidad en sí misma de la acción penada, en parte la magnitud de la contrariedad a la ley de la voluntad".

Las demás circunstancias que enumeraba el Cód. Tejedor eran una consecuencia de este principio científico general: la regulación de la punibilidad debía hacerse tomando en cuenta, por un lado lo objetivo (la antijuridicidad) y por el otro lo subjetivo (la voluntad contraria a la ley). La cuantificación de la pena correspondía pues a la cantidad de delito, entendido como fenómeno objetivo-subjetivo.

La traducción de la expresión "calidad", "condición", "estado" (*Beschaffenheit*) por "naturaleza" es de Vattel, y quiere indicar en el texto de Feuerbach el grado del injusto, entendido en sentido completamente obje-

¹⁴ Cfr. DE LA RÚA, 523.

tivo. La misma traducción hace Vatel en otras disposiciones (art. 100) y pasa con el mismo sentido al código Tejedor (art. 167).

El *proyecto de Villegas, Ugarriza y García*, aquí como en general en su texto, cometió el error de abandonar el modelo de Tejedor y plegarse al código español de 1870, cuyos artículos reproducía en extensa tabulación (arts. 96 y 97).

El *código de 1886* siguió este errado camino, tabulando en los nueve incisos de su art. 83 las atenuantes y en los 20 incisos de su art. 84 las agravantes. Su art. 52 disponía: "En las penas divisibles por razón de tiempo o cantidad, la pena correspondiente al delito será el término medio, debiendo los jueces recorrer toda su extensión, aumentándolas hasta el máximo o disminuyéndolas hasta el mínimo, con arreglo al carácter de las circunstancias agravantes o atenuantes que existan, y salvo determinación especial de calidad, de tiempo o de suma que sea hecha por este código". La reforma de 1903 se limitó a cambiar el texto del inc. 20, referido a la reincidencia y a agregar como inciso 21 el concurso de varias personas, como también a eliminar la definición de alevosía, simplificando también la redacción del art. 52. En síntesis, el sistema de tabulación de agravantes y atenuantes tomado de España estuvo vigente, con sus modificaciones de detalle, desde 1886 hasta 1922.

El *proyecto de 1891* sentó una regla general en el art. 60 acerca de la facultad de los jueces, que reproducía el art. 52 del Cód. 1886 y que es el antecedente de nuestro art. 40. A partir de esta disposición el proyecto de 1891 hacía una confusión que aún perdura en nuestro texto: tomó su art. 61 del art. 167 del Cód. Tejedor, que se ocupaba de la atenuación legal de la pena de los menores y que contenía criterios objetivos y subjetivos conjuntamente. De allí que el art. 61 del proyecto de 1891 diga: "A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta en primer término, la edad, la educación, los hábitos y las costumbres, la naturaleza de la acción y de los medios empleados, la importancia y calidad de sus motivos determinantes, la mayor o menor participación tomada en el hecho, las reincidencias en que hubiere incurrido y demás antecedentes y condiciones personales del procesado que demuestren su mayor o menor perversidad". La "perversidad" reemplaza en este texto a las "malas inclinaciones por él exteriorizadas" del art. 167 del Cód. Tejedor, que corresponde a las "inclinaciones peligrosas por él exteriorizadas" del art. 100 del Cód. de Baviera, que Vatel había traducido mal. En este artículo 61 del proyecto 1891 puede verse el gérmen de lo que es nuestro art. 41 vigente.

Después de esta apelación a una fórmula que amalgamaba caracteres objetivos y subjetivos, el proyecto de 1891 volvía al sistema del art. 185 y siguientes del Cód. Tejedor aclarando que "desde el punto de vista de la naturaleza de la acción y de los medios empleados, la criminalidad aumenta o disminuye en razón de la extensión del daño o del peligro causados", es decir, asienta el criterio objetivo. En el artículo siguiente, el 63, se refiere a las circunstancias subjetivas de agravación y en el 64 a las subjetivas de atenuación.

Segovia seguía la tabulación del código de 1886 en los arts. 16 y 17 de su proyecto, pero el art. 45, en evidente combinación de sistemas incompatibles —porque anulaba toda la taxatividad de las reglas de raigam-

bre española— decía: “En las penas divisibles por razón del tiempo o de la cantidad, la pena ordinaria será el término medio entre el máximo y el mínimo; pero los jueces podrán abreviarla o aumentarla dentro de estos límites, tomando en cuenta, cuando la ley no lo haya hecho expresamente, la importancia del daño moral y material, la conducta anterior del delincuente y el número y carácter de las circunstancias atenuantes y agravantes que existan, salvo disposición especial de este código u otra ley penal”.

El *proyecto de 1906* prescindió de la sistematización objetivo-subjetiva de los arts. 62, 63 y 64 del proyecto, que provenía del art. 167 del código Tejedor y 100 del código de Baviera, y que servía en los textos primitivos para graduar la pena de los menores. No obstante, el *proyecto de 1906* trató de poner orden en este artículo, dividiéndolo en dos incisos, que parecían retomar la clasificación de circunstancias objetivas y subjetivas. Su art. 43 ya se aproxima a nuestro art. 41 vigente y dice: “A los efectos del art. anterior se tendrá en cuenta: 1°) la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla; y la extensión del daño y del peligro causados; 2°) la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiere incurrido, y los demás antecedentes y condiciones personales que demuestren su mayor o menor perversidad”.

Pese a que Herrera criticó seriamente la fórmula, proponiendo una más sintética¹⁵, los proyectos de 1916 (art. 43) y 1917 (art. 41), reprodujeron el texto de 1906, agregando al de 1917 el párrafo último vigente.

La primera comisión del Senado, fundándose en la relación de la economía con el delito¹⁶, con citas de Alimena, Turati, Ferri, Colajani, Magnaud, Maxwell, etc., introdujo “especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el propio sustento necesario y el de los suyos” que fue luego aceptada por la Cámara de Diputados, que no aceptó otro agregado consistente en la revisación psiquiátrica obligatoria previa a la pena cuando ésta fuese perpetua o el sujeto hubiese sufrido una larga pena privativa de libertad.

La segunda Comisión del Senado agregó “así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión”, y cambió también “perversidad” por “peligrosidad”¹⁷. Este último cambio había sido postulado ya por Herrera y por Peco¹⁸ y, curiosamente volvió con él a la expresión usada por el art. 100 del Cód. de Baviera en el texto de que parte esta evolución: “el grado de su educación y las peligrosas inclinaciones por él exteriorizadas” (*den Grad seiner Bildung und der von ihm geäußerten gefährlichen Neigungen*), lo que fue ignorado a lo largo de todo el proceso legislativo, porque Vatel había traducido “*le degré son éducation et des mauvais penchants par lui manifestés*”¹⁹.

¹⁵ HERRERA, JULIO, p. 493.

¹⁶ Edición oficial, pp. 248-250.

¹⁷ Idem, p. 592.

¹⁸ HERRERA, JULIO, p. 494; PECO, *La reforma penal* cit., p. 396.

¹⁹ VATEL, CH., op. cit., p. 94.

Lo cierto es que esta evolución parte de un artículo que reglaba otro fenómeno: el art. 165 del Cód. Tejedor establecía pena atenuada para los niños mayores de 10 años y menores de 14 años; el art. 166 atenuaba la pena para los mayores de 14 años y menores de 18 años; y el 167, que es el que originó nuestro art. 41 (a través del art. 61 del proyecto de 1891, que lo cita expresamente como fuente)²⁰ decía: "Para efectuar la medida de las penas de los artículos anteriores, se tomará particularmente en consideración la naturaleza de la infracción en sí misma, la edad más o menos avanzada del culpable, el carácter de su inteligencia, el grado de su educación y de las malas inclinaciones que hubiese manifestado". El art. 100 del Cód. de Baviera, que Tejedor indicaba expresamente como fuente²¹, decía: "En la medición de las penas determinadas en los artículos 98 n° II y 99 se tomará especialmente en cuenta la calidad de la infracción misma, y el mayor o menor avance de la edad del contraventor, como también la calidad de sus facultades, el grado de su educación y las *peligrosas* inclinaciones por él manifestadas". Este origen explica que el art. 41 haga referencia a circunstancias que no parecen muy propias para su efecto, como ser, que comience su inc. 2° refiriéndose a la edad. De cualquier manera, queda demostrado que en su origen, las "peligrosas inclinaciones" eran sólo uno de los criterios a tomar en cuenta por el tribunal, que por error de traducción se cambió en "malas inclinaciones", luego en "perversidad" y, por último, en "peligrosidad", retomando el vocablo original alemán.

A esta conversión de "perversidad" en "peligrosidad" tampoco puede ser ajena la crítica de Herrera, quien atacó toda la fórmula de los arts. 40 y 41 vigentes, afirmando que debían "ser suprimidos los arts. 42 y 43 y reemplazados por otros que autoricen el juez para que, dentro de los límites de la pena, fije el que él estime conveniente, teniendo en cuenta el hecho de su materialidad y modalidad, los móviles y los antecedentes y situación personal del agente, en cuanto estos últimos puedan servir para apreciar su mayor o menor peligrosidad"²². En esta fórmula de Herrera, que en nada es extraña al origen de la redacción definitiva vigente, queda claro que los antecedentes y la situación personal del agente son los que sirven para apreciar la peligrosidad, pero no así lo objetivo y lo subjetivo del delito, con lo cual la peligrosidad quedaba reducida a un criterio más, pero en modo alguno era el criterio único de la fórmula, como se ha pretendido.

629. Los criterios de determinación de las penas. Todos los códigos penales contienen *criterios* para la determinación de las penas, sea que los enuncien en forma más o menos completa —como hace el nuestro—, sea que tabulen agravantes y atenuantes de las que se pueden inferir los criterios, sea que callen, en cuyo caso habrá que elaborarlos dogmáticamente a partir de las disposiciones de la parte especial. Cualquiera sea la particular técnica que se

²⁰ Proyecto, 1891, p. 273.

²¹ Proyecto Tejedor, p. 181.

²² HERRERA, JULIO, pp. 493-4.

siga, los criterios para la determinación de las penas no pueden estar ausentes, porque ello significaría que ese código es un instrumento inútil y casi inconcebible, algo similar a una obra artística sin forma, color, mensaje ni contenido estético, a un arma de utilería o, lo que es peor, a un maligno mecanismo descontrolado de golpear, sin sentido ni dirección.

Los criterios de determinación de las penas que hay en los códigos dependen siempre de cuál sea el concepto y fin de la pena²³ y, consiguientemente, de qué sea el derecho penal que realiza legislativamente. La pena es la consecuencia del delito y, necesariamente, debe el delito reflejarse en su determinación. Delito y pena no pueden ser conceptos separados en forma tal que nada diga el uno acerca del otro, puesto que uno es el antecedente necesario de la otra, y ésta, a su vez, la consecuencia natural del anterior. *Todo corte arbitrario, toda solución de continuidad que los desvincule, no es otra cosa que la confesión de un fracaso sistemático.*

Los conceptos según los cuales todas son penas retributivas, o todas son medidas preventivas, o algunas son penas y otras son medidas —que se aplican conjuntamente (“doble vía”) o que se reemplazan mutuamente (“sistema vicariante”)— dan distintos conceptos del delito y del derecho penal, como también distintas formas de determinación penal y, lo que no puede pasar nunca desapercibido, responden a distintas concepciones del hombre antepuestas a todo ello y que les dan su base filosófica dispar. *La determinación de la pena es la coronación de todo el sistema*; de allí que sea poco menos que inexcusable la escasa importancia que hasta años recientes se le ha concedido a este aspecto tan fundamental del derecho penal.

Por consiguiente, nos resulta indispensable, antes de ensayar una interpretación del sistema de determinación penal de nuestro código, echar una ojeada rápida a los sistemas existentes y a su correspondiente concepción del delito, relacionándolo con el punto de partida filosófico de cada sistema en particular²⁴. Al hacerlo, no podemos pasar por alto la advertencia de que, en los sistemas concretos, suele haber serias inconsecuencias debidas al legislador o a los intérpretes.

²³ Cfr. JESCHECK, 701; BRUNS, op. cit., 311; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 119.

²⁴ V. supra, 14.e.4 y su relación con el presente esquema.

a) *Determinación penal del positivismo.* Para el positivismo, el delito es la expresión extrema de un pensamiento causalista mecanicista, en que el delito es la causación de un resultado socialmente dañoso. El autor causa la lesión socialmente dañosa porque está determinado a ello y la sociedad responderá con la sanción porque está determinada a defenderse. La medida de la sanción penal será la que requiera la neutralización de la determinación del sujeto para el delito (que es la peligrosidad). El art. 20 del proyecto de Ferri decía: "En los límites señalados por la ley, la sanción se aplica al delincuente según su peligrosidad".

Para un derecho penal según el cual el hombre es un ente determinado y el delito es un síntoma de una determinación socialmente dañosa, el delincuente no es más que un ente peligroso y la sanción no es otra cosa que una *medida* necesaria para neutralizar su peligrosidad. Si los autores son imputables o inimputables, mayores o menores, sólo interesa para saber cómo neutralizar su peligrosidad, pero las sanciones que se aplican a todos son idénticas en su naturaleza, no pudiéndose llamar "penas", porque pasa a segundo plano el contenido penoso que tienen para el autor. El derecho penal así concebido no se distingue del derecho de policía del Estado respecto de las cosas peligrosas. El delito se compone de la dañosidad social y de la peligrosidad del autor; la sanción o *medida* está dada por la peligrosidad, que se pone de manifiesto con la dañosidad de la conducta (Ferri).

β) *Determinación penal del criticismo talional.* La imagen del hombre que se acepta es la de un ente capaz de autodeterminarse, al que el imperativo categórico le impone el deber de respetar al prójimo como a sí mismo. La violación del imperativo demanda un castigo y el derecho penal es la garantía social de la efectividad del mismo. La pena será, pues, un castigo a esa violación, que sólo puede concebirse como *pena* pues requiere un contenido de dolor—dado que es castigo—, debiendo ser un dolor equivalente al producido por el delito. De allí que el delito sea un injusto (causación de un resultado) que se eligió (culpabilidad) y la pena sea el castigo o *retribución* que estará talionalmente vinculado con la magnitud del injusto y del reproche de culpabilidad.

Sólo habrá, pues, *penas que retribuyen la culpabilidad* de un hombre que ha actuado libremente y las medidas se destinan a los que no actúan libremente (los no culpables), a los que no se puede

reprochar nada. Hay, pues, dos categorías de hombres: los que actúan libremente —que son penados— y los que no actúan libremente —los inimputables— que son sujetos a *medidas*. Este derecho penal se maneja con *penas* que retribuyen la culpabilidad por el injusto (talión) y *medidas* que atienden el peligro —en sentido amplio— para los inimputables.

Estas son las líneas generales de los sistemas de determinación que provienen del idealismo iluminista kantiano y se inclinarán por las penas pre-determinadas y fijas (el modelo es el Código imperial del Brasil). Si dejan mayor libertad de apreciación al juez es para que pueda valorar mejor el dolor de la víctima y del autor, a efectos de ajustar mejor el talión, conforme a la sensibilidad de cada uno.

El delito es un injusto (causación objetiva) libremente realizado (imputable o culpable). La medida de la pena retributiva, la de la libertad con que se causó el resultado.

γ) *Determinación penal del idealismo dialéctico*. La imagen del hombre del idealismo criticista es la de un sujeto que actúa en forma libre o en forma no libre. La imagen del hombre del idealismo dialéctico es la de un sujeto que únicamente actúa cuando lo hace libremente. La comunidad jurídica está integrada por los hombres que actúan libremente. Las penas son la necesaria consecuencia de que la conducta de esos hombres viola el derecho y se impone la necesidad de repararlo. El delito es la conducta (libre) que lesiona el derecho (una culpabilidad antijurídica). La pena es la reparación del derecho por vía de la negación del delito; también aquí asume la forma de una reafirmación talional del derecho (el delito niega el derecho; la pena niega el delito y reafirma el derecho). La pena tendrá en cuenta el grado del injusto, que dependerá del grado de libertad.

Los que no son libres no realizan conductas y no merecen la pena, porque no lesionan al derecho. Ellos no forman parte de la comunidad jurídica. En esta categoría no entran únicamente los inimputables, sino también los que no comparten los valores sociales de la comunidad (el “grado de civilización”) que les permiten considerarse “libres” (categoría en la que pueden entrar desde los indígenas hasta el enemigo político). A éstos se les aplican las *medidas* que corresponden a las cosas peligrosas, en función del derecho de policía del Estado.

Este derecho penal se comporta en forma análoga a la pérdida de la paz germana: quien no es libre no pertenece a la comunidad y no merece el trato de persona, sino que debe atenderse a su peligro. Sin embargo, no hace una clasificación tajante de hombres libres y no libres, sino que reconoce categorías intermedias, pues reconoce que hay hombres que actúan con menor libertad. Aquí, puede tomar dos caminos: uno consiste en aplicarle una pena que retribuye el injusto en la medida en que lo funda una culpabilidad y con ello repara la parte de libertad cuyo uso lesionó al derecho, agregando a esa pena una medida, con la que neutraliza el peligro que la parte "no libre" representa (sistema de la "doble vía", que suma penas retributivas y medidas preventivas); el otro deja al criterio del juez determinar si se trata de un sujeto que merece considerarse libre o no, pudiendo en el primer caso aplicar la pena retributiva y en el segundo la medida preventiva (sistema "viciante", en que la medida puede reemplazar a la pena).

Un particular destino feliz ha tenido la combinación que del sistema positivista se hiciera con un elemento del idealismo dialéctico. Se consideró que el delito era causación física de un daño social (injusto) y causación psíquica del mismo (relación psicológica, a lo que se llamó "culpabilidad"). Ambos daban por resultado la punibilidad, que debía realizarse con fin resocializador y, por consiguiente, con medida en la peligrosidad. La peligrosidad era un componente de la pena, pero no del delito, y es la única medida de la pena, porque la causalidad física y la causalidad psíquica son categorías descriptivas, no graduables y, por consiguiente, inútiles para cualquier cuantificación penal. Aquí el delito no cumple ninguna función en la determinación de la pena, y la teoría del presupuesto permanece totalmente separada de la teoría de la consecuencia. Conforme a esta tesis, francamente positivista, no hay razón para distinguir entre imputables e imputables, llamándose penas a todas, o bien, haciendo de eso una cuestión de punibilidad (ambos cometen injustos "culpables", aplicándose "medidas" —no penas— a los imputables, como una mera cuestión de punibilidad; tal la tesis de *Lilienthal*). Para obviar esta consecuencia, se tomó del idealismo dialéctico la idea de dividir a los hombres entre quienes se motivan normalmente y quienes no son capaces de motivarse así, sacando a los primeros del ámbito de las penas con el argumento de que su causación psíquica no es relevante para la punibilidad (*Liszt*). Al corte arbitrario entre el fundamento de la pena (delito) y la determinación de ella (peligrosidad), se suma un corte arbitrario entre el delito del que se motiva normalmente y la pura causación física del que no lo hace, con el agravante de que a éste también se le aplica una "medida" fundada en la peligrosidad.

Esta variante del positivismo es tan marcadamente idealista que, con argumentos idealistas se puede llegar a lo mismo, sólo que corrigiendo la

imagen del hombre de que parte la dialéctica. Si consideramos que el hombre que actúa siempre tiene un cierto grado de libertad, aunque se trate de un enfermo mental, siempre habrá una causación física y una causación psíquica y la apreciación del grado de libertad, para saber si se le deja dentro de la comunidad jurídica o se le expulsa de ella, es decir, si se le aplica una pena retributiva, una medida preventiva o ambas, será una cuestión de punibilidad (*Antolisei*). La determinación de la pena será una cuestión de punibilidad, que nada tendrá que ver tampoco con el presupuesto, es decir con el delito.

Para todas esas combinaciones, el delito se compone de caracteres descriptivos, que son analíticamente considerados como categorías formales, de las que no puede extraerse ningún concepto material para la determinación de la pena. El delito y la pena sólo permanecen unidos formalmente, como antecedente y consecuente; por lo demás, se miran mutuamente como extraños.

δ) *La determinación ético-aristotélica.* Se parte de la base de que el delito es una conducta antijurídica (que componen caracteres objetivos y subjetivos) reprochable a un autor, al que se concibe como un ente capaz de autodeterminación. Hasta allí todo parece coherente, pero a renglón seguido se dice que la pena es la retribución del reproche de culpabilidad y que la culpabilidad no es el reproche del acto, sino en "combinación" con la personalidad, pues el autor inclinado al delito ha ido formando su personalidad de manera reprochable. Así, la medida de la pena será la retribución de la inclinación de su personalidad hacia el delito. Esa inclinación de su personalidad (que suele llamarse o fundarse en un "pronóstico de conducta") es la peligrosidad positivista, que aquí aparece dentro de la culpabilidad, no ya como una cuestión meramente descriptiva, sino como un aspecto reprochable de su personalidad misma. Dentro de este sistema, todas son penas, y nada obsta a que una "medida" pueda ocupar el lugar de una pena puesto que la cuantificación de la pena y de la medida es la misma, fundadas ambas en el reproche de la personalidad (de lo que el hombre es y no de lo que el hombre hizo), de modo que esta cuantificación puede dar lugar tanto a un sistema de penas únicamente o a un sistema "vicariante" de penas y medidas.

En general, las legislaciones más recientes, que sostienen que la medida de la pena es la medida de la culpabilidad y que, sin embargo, prevén medidas vicariantes, se nutren en gran parte de este sistema de determinación penal.

Al final de este brevísimo recorrido por los cuatro sistemas de determinación penal, cabe preguntarnos cuáles son los resultados,

particularmente si tomamos en cuenta el “embuste de las etiquetas”, a cuya demostración hemos dedicado ya suficiente espacio, comprobando que entre las penas y las medidas para imputables no hay diferencia alguna. El resultado es bastante desolador, porque por un lado nos hallamos con quienes sostienen que la pena debe determinarse en función de la necesidad derivada de la garantía jurídica del imperativo categórico, sin ningún sentido político criminal; otros que la determinan talionalmente, como necesidad de reparar el derecho, pero que también la determinan como necesidad de neutralizar una cosa peligrosa, según qué tanto pertenezca el autor a “los suyos” o a “los otros”; y, finalmente, otros que declaman que está dada por el grado de reprochabilidad, pero que en lugar de reprochar el acto reprochan la personalidad, lo que, en definitiva, no se distingue mucho de lo primero.

En síntesis, con el nombre de pena o de medida, las determinaciones penales del positivismo materialista, del idealismo dialéctico etnocentrista y del aristotelismo etizante, no son nada aptas como para merecer la consideración de posiciones respetuosas de la dignidad humana, sino que son determinaciones propias de pensamientos penales autoritarios, escondiendo todas un celoso afán de castigo moralizante y arbitrario, que aspira a una sociedad monocorde y masificada, con el grave riesgo de que cubren sus fauces de lobos sanguinarios con la ingenua sonrisa de las “medidas”. En cuanto al idealismo retributivo, es patente su inutilidad político criminal, lo que resulta impracticable en el mundo contemporáneo, sin dejar de lado que la subjetivización del talión kantiano torne ilusoria la pretensión de seguridad en la determinación, de la que hacen gala sus partidarios.

Nuestra doctrina nacional no cuidó expresamente el tema, siendo su lógica consecuencia la disparidad e imprevisibilidad jurisprudencial²⁵. Los primeros intérpretes asistemáticos de nuestro art. 41 han entendido que la medida de la pena es la medida de la peligrosidad²⁶. La interpretación de Eusebio Gómez no parece ser la misma, al menos en su primera obra general, donde parece concluyente su opinión en el sentido de que “la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo, y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad”, no pasan de ser *una* de las circunstancias del art. 41. “El art. 41 —decía—, después de

²⁵ V. por ejemplo el fallo de la CCCap., en JA, 7-IX-1977, con nota de Roberto A. M. Terán Lomas.

²⁶ Así, MALAGARRIGA, I, 285; GONZÁLEZ ROURA, II, 90.

consignar una serie de circunstancias que los jueces deben tener en cuenta a los fines de la imposición de las penas, cuando éstas sean divisibles, impone la obligación de considerar, también, la calidad de las personas..."²⁷. En su obra posterior ya no se ve tan clara su posición y parece dar a entender que el art. 41 contendría todas las circunstancias que deben valorarse para la apreciación de la peligrosidad²⁸. Cabe anotar también que Jofré no menciona para nada la peligrosidad como campeando todo el artículo²⁹ y que Díaz no deja de extrañarse por su inconsulta incorporación³⁰.

En realidad, el mayor impulso de la tesis de que la peligrosidad es el único criterio individualizador en nuestro código proviene de un curioso artículo de Ramos publicado en 1926³¹. Ramos comienza afirmando en su artículo que la introducción de la palabra "peligrosidad" en el art. 41 del código es un error incompatible con el resto del texto legal. "Su inclusión —dice— ha tenido por causa un criterio de improvisación efectista que, en materia de legislación, es propio sólo de quienes ignoran que una teoría esencial, que divide en varios grupos, irreconciliablemente antagónicos a los profesores y hombres de ciencia, no debe ser encajada a la fuerza en una ley, a la manera de una cuña, con el cambio de una palabra que transforma la redacción del código entero y la del artículo mismo en que aparece por arte de birlibirloque"³². Según Ramos, como Joaquín V. González, en el seno de la Comisión del Senado, había votado por la introducción de las reformas que Ramos propuso al proyecto para convertirlo en un código positivista, "como era indudable que la Comisión quedó impresionada por la significación de ese voto, sin consultarme a mí, que me hubiera opuesto a ello, cambió los términos "mayor o menor perversidad" por "mayor o menor peligrosidad", introduciendo así en el código un concepto que está en desarmonía con su doctrina y con su técnica en cualesquiera de los aspectos que puedan ser susceptibles de presentar"³³.

Lo curioso de este artículo de Ramos es que, a renglón seguido de estas afirmaciones, pasa a ensayar una interpretación del código conforme a la cual todos los criterios del art. 41 serían indicadores de peligrosidad. Da la impresión que de lo que califica de error legislativo quiere sacar inmediato partido para su "escuela", pasando por alto que nunca los criterios del art. 41 podían ser todos indicadores de la "perversidad" y, por ende, tampoco pueden serlo de la peligrosidad, puesto que jamás lo que él mismo califica de mero cambio de sustantivo³⁴ puede extender el alcance del nuevo sustantivo. Del mismo modo no repara mucho en que el art. 40 habla de "agravantes y atenuantes", lo que no encuadra en una

²⁷ GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado*, I, 252.

²⁸ Así, GÓMEZ, EUSEBIO, *Leyes Penales Anotadas*, Bs. As., 1952, I, 276.

²⁹ JOFRÉ, TOMÁS, pp. 104-5.

³⁰ DÍAZ, EMILIO C., op. cit., 1928, 103.

³¹ RAMOS, JUAN P., *La "peligrosidad" en el Código Penal*, en "Rev. Penal", en "Rev. Penal Arg.", VI, 1926, pp. 5 y 55.

³² Op. cit., p. 8.

³³ *Idem*, p. 10.

³⁴ *Idem*, pp. 10-11.

referencia a la peligrosidad como criterio único, argumento exegético que no puede negar ningún sostenedor de la interpretación peligrosista. Ramos le resta importancia afirmando que es otro error de redacción³⁵. Parece que entre los dos "errores" ("agravantes y atenuantes" en el art. 40 y "peligrosidad" en el art. 41), prefiere plegarse al que más le conviene y, conforme a ello, termina afirmando que la peligrosidad es el único criterio cuantificador.

Este curioso trabajo (que, por cierto, es un modelo de lo que un científico jamás debe hacer), está coronado con la rotunda afirmación de que el juez no debe interpretar el código a este respecto: "Si la ley le dice que las circunstancias enumeradas en el art. 41 lo son al simple efecto de demostrar la mayor o menor peligrosidad del delincuente, debe irse directamente a la teoría de la peligrosidad y no al régimen clásico de las atenuantes y agravantes del código anterior"³⁶.

En la actualidad, ya dentro de concepciones dogmáticas del derecho penal, hay un sector doctrinario que, siguiendo la línea del positivismo alemán de Liszt, sostiene que la peligrosidad no sólo es la medida sino también el fundamento de la medida de la pena. Dentro de esta corriente, su más connotado sostenedor es Nuñez, para quien "la mayor o menor peligrosidad del condenado constituye el fundamento de la medida de la pena en el derecho vigente"³⁷, con lo que rechaza que la misma se atenga a cualquier criterio objetivo. Afirma Nuñez que no sólo el inc. 2º, sino también el inc. 1º del art. 41, tiene el efecto de indicador de la peligrosidad del autor. "Esto significa —dice— asentar la represión en el dualismo *culpabilidad-peligrosidad*. La primera como fundamento de la responsabilidad penal y la segunda como medida de ella"³⁸. Bastante más impreciso es el criterio enunciado por Argibay Molina, quien, al igual que Nuñez, entiende que todos los elementos mencionados en el art. 41 son indiciarios de peligrosidad, pero niega que éstos sean puramente objetivos y subjetivos, incluyendo una tercera categoría de aspectos "objetivo-subjetivos", en la que incluye los motivos, la participación, los vínculos personales, las calidades personales y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión³⁹.

Esta posición está certeramente criticada por Bacigalupo, quien se percata agudamente de que "la discusión respecto de la esencia de los elementos que componen la teoría del delito está, en general, dominada por la relación pena—peligrosidad del autor, que se sostuvo a pesar de los ataques dirigidos contra el positivismo criminológico italiano". "La consecuencia directa que tiene —agrega— para la concepción de los elementos del delito, el mantenimiento intacto de una relación que no proporciona la pena al delito, sino a la peligrosidad del autor, ha sido el carác-

³⁵ Idem, p. 17.

³⁶ Idem, p. 29. Por la misma época —y aunque no quedaba claro su criterio— parecía opinar en forma bien diferente EMILIANO OLIVA, *Estudio del art. 53 del Código Penal*, en "Rev. Penal Arg.", I, pp. 267 y ss.

³⁷ NUÑEZ, II, 456.

³⁸ NUÑEZ, MANUEL, 340; en igual sentido DE LA RÚA, 551.

³⁹ ARGIBAY MOLINA, II, 285-295.

ter puramente *formal* que se ha atribuido a los elementos del delito”⁴⁰. Es verdad esta tesis: *el delito es un presupuesto de la pena, pero si no puede ser de utilidad alguna para su cuantificación, no pasa de ser un presupuesto formal, reuniendo este carácter todos sus elementos.*

Pese a que compartimos plenamente esta crítica, no podemos pasar por alto que la tesis de Núñez —que la creemos errónea— es la que se explicita con mayor coherencia, porque al analizar las otras hallamos aún más graves inconsecuencias sistemáticas. La que le sigue en claridad es la interpretación de Soler, de la cual —por cierto— nos hallamos más próximos, pero que no halla una ubicación satisfactoria en el marco de la construcción de este autor. No resulta oscuro su enunciado, sino su explicación frente a la teoría psicológica de la culpabilidad que postula. Sostiene este autor que “la adaptación de la pena se produce por medio de un doble proceso en el cual se aprecian, primero, los aspectos objetivos del hecho mismo; después, las calidades del autor y, entre éstas, deben incluirse las circunstancias de las que pueda inducirse un criterio acerca de la probabilidad de que el sujeto vuelva o no a delinquir (peligrosidad)”⁴¹, es decir que para Soler, la pena se graduaría conforme a la magnitud objetiva del delito y conforme a criterios subjetivos, entre los cuales la peligrosidad sería uno solo de ellos. No compartimos la crítica de Núñez, que cree que esta interpretación implica un “*dislocamiento sistemático*” de los dos incisos del art. 41⁴², entre otras cosas, porque responde a sus antecedentes, pero lo que no podemos explicar es cómo un concepto psicológico de la culpabilidad, que por definición no admite grados, pueda dar lugar a una magnitud capaz de traducirse en la cuantía de la pena.

Otra de las interpretaciones que se ha dado al sistema de nuestro código es que el inc. 1° se refiere al grado del injusto, en tanto que el inc. 2° lo hace al grado de la culpabilidad, dentro del cual operaría la peligrosidad como elemento integrante de aquella⁴³. Cualquiera fuese el argumento con que quiera fundarse tal posición, entendemos que siempre debería desembocar en la culpabilidad de acto, puesto que para nosotros no es admisible la culpabilidad de autor por razones constitucionales, pero lo cierto es que la peligrosidad integrando la culpabilidad en un planteamiento de la misma como culpabilidad de acto es un galimatías, porque la culpabilidad es resultado de un reproche y, por consiguiente, debe resultar de algo pasado, en tanto que la peligrosidad siempre contempla una referencia a algo futuro.

⁴⁰ BACIGALUPO, *Problemas del sistema de la teoría del delito*, en NPP, 1974, p. 4.

⁴¹ SOLER, II, 422; en sentido similar, TERÁN LOMAS, *Culpabilidad, peligrosidad e imputabilidad disminuída*, en JA, 7-IX-1977.

⁴² NUÑEZ, II, 457 (nota).

⁴³ Entre otros, RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL DE, *El principio de culpabilidad en la graduación de la pena según el código penal argentino*, Actas de las Jornadas Int. de Derecho Penal, Univ. de Belgrano (1971), Bs. As., 1973, pp. 156-160; BAIGÚN, DAVID, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Bs. As., 1971, p. 41.

En una interpretación que parece estar más cercana a la de Soler se halla Fontán Balestra, quien dice que lo objetivo del inc. 1° y lo subjetivo del inc. 2° combinan el “dogma del acto” con el “dogma del autor”, pero como usa esa terminología con cita expresa de Mezger⁴⁴, queda la duda acerca de si no cae en el enredo de una culpabilidad de autor.

Creus, por su parte, se percata de que no cabe manejar el esquema “objetivo-subjetivo”, exponiéndolo con claridad, pero no llega a hacer una reconstrucción dogmática. “Por nuestra parte —afirma— pensamos que aunque es evidente que la extensión del daño o del peligro causados no pueden catalogarse como medios de especificación o diagnóstico de la peligrosidad en todos los casos, no por eso pueden catalogarse dichas pautas como exclusivamente objetivas, ya que, aparentemente, pueden ser referidas a una intensificación de la culpabilidad del sujeto, teniendo en cuenta su deber de actuar de un modo distinto del que actuó”⁴⁵. En las conferencias pronunciadas por Bettiol en Buenos Aires en 1980, sugirió la posibilidad de entender la palabra “peligrosidad” del art. 41 como “malicia” o “perversidad”, lo que vendría a coincidir con el remoto antecedente original de Feuerbach en el texto alemán.

Este panorama pone de manifiesto que la desorientación doctrinaria general se agudizó entre nosotros y, por consiguiente, se hace urgente y perentoria una elaboración completa del sistema de determinación penal de nuestro código que pasamos a ensayar, sin la pretensión de lograrla, pero, al menos, con la de llamar suficientemente la atención como para que alguien la supere y remate la obra.

630. La estructura general de los criterios de cuantificación penal de nuestro código. Las dificultades interpretativas en cuanto a los arts. 40 y 41 obedecen a que allí cobran singular fuerza y sentido los conceptos del derecho penal mismo, de la pena, del delito y de sus caracteres. De este modo, a los partidarios del derecho penal de acto les resultará difícil admitir la peligrosidad en la cuantificación de la pena, o “la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto”; a los de una teoría psicológica de la culpabilidad les será imposible creer que pueden reflejar el grado de culpabilidad; para los partidarios de un derecho penal de autor, será inadmisibles que se tomen en cuenta la magnitud del injusto en la individualización de la pena; para quienes niegan un injusto personal, tampoco será sencillo admitir la cuantía del mismo como criterio cuantificador de pena.

Por nuestra parte, creemos que los arts. 40 y 41 ponen a cargo del tribunal una tarea que culmina la del legislador, pero no por-

⁴⁴ FONTÁN BALESTRA, III, 284.

⁴⁵ CREUS, 205.

que haya una discontinuidad entre ellas, abarcando cada una aspectos diferentes, sino que, por el contrario, ambos, legislador y juez, responden al mismo punto de vista, logrando el juez un grado de precisión que el legislador no puede darle, ante la imposibilidad de reconocer particularizadamente los accidentes de cada caso. Dicho en otras palabras: no creemos que el legislador fije los mínimos y máximos atendiendo a la cuantía del injusto, para dejar que el juez proceda a la determinación de la pena en cada caso atendiendo a la magnitud de la culpabilidad y de la peligrosidad, sino que entendemos que los mismos criterios que toma en cuenta el legislador para dar al juez una pluralidad de soluciones, son los que debe tomar el juez en cuenta, en directa referencia al caso concreto, para decidir entre ellos.

El entendimiento que hacemos del art. 41 lo hemos adelantado en varias oportunidades, sin perjuicio de lo cual lo repetiremos en homenaje a la claridad. Creemos que el legislador establece límites legales de las penas atendiendo a la *magnitud del injusto* y al *grado de culpabilidad*, prueba de lo cual es que hay escalas penales reducidas en razón de un menor grado de culpabilidad. Al mismo tiempo, la ley contempla la posibilidad de que el sujeto del delito *revele una mayor o menor peligrosidad con el hecho*, la que se traducirá en concreto en un juicio de probabilidad que dará por resultado el grado de probabilidad de compromiso futuro de una cierta magnitud de bienes jurídicos que puede poner en peligro la inclinación del sujeto a realizar futuros injustos. La peligrosidad del autor siempre se traduce en un peligro para los bienes jurídicos, de modo que, como la misma se deduce de "las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión" del hecho mismo, el legislador también toma en cuenta estas posibilidades al sentar los límites dentro de los que puede moverse el juez. Esta peligrosidad opera como un correctivo que se permite a la cuantificación de la pena únicamente en base al delito, fundada en la posibilidad de que la misma, dentro del derecho penal de acto, puede llegar a ser contraria al fin preventivo especial de la pena.

Consecuentemente, creemos que *la pena se determina conforme al grado del injusto y de la culpabilidad, admitiendo el correctivo de la peligrosidad*. La explicación de este sistema demanda que nos remitamos a conocimientos que ya hemos obtenido, porque

la determinación de la pena tiene que fundarse en el fin de la pena ⁴⁶.

Hemos dicho que la pena tiene por objeto proveer a la seguridad jurídica mediante la prevención de futuros ataques a la misma, lo que se obtiene o procura obtener con la resocialización del delincuente (prevención especial). De este modo la pena no tiene una finalidad distinta de la ejecución. La seguridad jurídica, por su parte, no consiste sólo en la efectiva disponibilidad de los bienes jurídicos (aspecto objetivo), sino también en el sentimiento de esa disponibilidad —entendida como posibilidad de uso (el sentimiento de seguridad jurídica o aspecto subjetivo de la seguridad jurídica). El delito afecta a ambos aspectos de la seguridad jurídica, pero la pena, al mismo tiempo que trata de proveer seguridad, también lesiona bienes jurídicos del autor del delito. Esa lesión reafirma con su objetivo resocializador el sentimiento de seguridad jurídica —es decir, neutraliza la alarma social, que así se llama la lesión a este sentimiento— pero siempre y cuando no pase cierto grado de lesión a los bienes jurídicos del penado no es algo que pueda cuantificarse matemáticamente, pues depende del particular sentimiento de seguridad jurídica, cuya tolerancia está socioculturalmente condicionada. La ley traduce esta medida de la tolerancia de lesión a los bienes jurídicos del penado (reforzadora del propio sentimiento de seguridad jurídica) requiriendo que el devalor del delito no resulte totalmente desproporcionado con la lesión que la pena resocializadora necesariamente implica. Dentro de ese límite puede llevarse a cabo la resocialización.

De cualquier manera, siempre la pena pretende proyectarse hacia el futuro, para lo cual debe tomar en cuenta el peligro que corren los bienes jurídicos a causa de la inclinación a su afectación que el autor revela con el hecho. Esta inclinación, cuando es muy marcada —es decir, cuando presenta un peligro grande para los bienes jurídicos— permite que la pena se distancie un poco de la relativamente exacta proporción con el delito, en tanto que cuando es menos pronunciada, permite también una cierta desproporción en favor de la pena.

El sentimiento de seguridad jurídica tolera un cierto margen de corrección a la proporcionalidad del delito con la pena, que re-cepta la ley al ordenarle al juez que tome también en cuenta la pe-

⁴⁶ JESCHECK, 701.

ligrosidad. Esto no implica, en modo alguno, que la determinación de la pena quede únicamente librada a la necesidad de resocialización —lo que causaría más alarma social que el delito mismo—, sino que el legislador acepta un correctivo que únicamente puede operar dentro de ciertos límites legales, tolerados por el sentimiento de seguridad jurídica.

Basamos nuestra afirmación de que la peligrosidad no es el único criterio legalmente señalado, aparte de los antecedentes históricos que veremos oportunamente, en meras consideraciones exegéticas: el “que demuestren su mayor o menor peligrosidad”, conforme a la estructura del párrafo 2º del art. 41, en modo alguno parece estar referido a todo el contenido del párrafo, sino únicamente a “las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión”.

Fundamos nuestra afirmación de que la peligrosidad cumple una función meramente correctiva, en consideraciones dogmáticas: la peligrosidad no puede representar un papel equivalente al del injusto y al de la culpabilidad, porque de ser así, la misma debería desempeñar ese papel en todo el código y ser criterio para la condenación condicional, para la libertad condicional, para la exclusión del delito, etc. Sin embargo, el código da por sentado que el injusto y la culpabilidad presuponen siempre cierta necesidad de prevención especial.

La presuposición legal de que la comisión del delito exhibe siempre un cierto grado de requerimiento de prevención especial —aunque a veces sea muy bajo— da lugar a que no sólo la magnitud del delito sea lo que determina la magnitud de la pena, sino también a que ésta pueda corregirse mediante la precisión de ese grado de “peligrosidad”. La circunstancia de que el grado de peligrosidad funcione como correctivo recién en la cuantificación de la coerción penal no quiebra la continuidad del delito y de la pena, no ya meramente formal (como una pura relación o prelación lógica de antecedente y consecuente), sino que presenta una continuidad material a través del injusto y de la culpabilidad, cuyas magnitudes se reflejan en primer término sobre la determinación de la pena.

El delito es un acto antijurídico de un hombre que se autodetermina al mismo, pero ese acto siempre señalará una cierta probabilidad de acciones lesivas futuras, desde que el hombre siempre se autodetermina dentro del marco de circunstancias que le son dadas y sobre las que él a su vez, influye con su autodetermina-

ción. Esta relación del hombre con su circunstancia —con su mundo— es lo que pone de manifiesto un pensamiento realista o *fenomenológico* y pasa por alto el idealismo criticista. De allí que la peligrosidad sea algo que no pueda manifestarse sino en la teoría de la coerción penal, puesto que su análisis debe ser necesariamente posterior al delito y a la pertinente comprobación de sus caracteres, no por meras razones de relación lógico-formal, sino por razones materiales: sin el delito, ese grado de probabilidad no estará dado como relevante a los efectos penales.

Admitido lo anterior —y en vista de que incluso la peligrosidad se vincula materialmente al delito, por ser su consecuencia— cabe aclarar qué entendemos por una “función correctiva”, lo que trataremos de explicar al ocuparnos de ese criterio en particular, señalando los límites en que esa corrección puede operar, no sólo en cuanto a sus condiciones, sino también en lo que hace a su cuantía correctiva.

Bacigalupo señala que “recién en el último tiempo aparece en la doctrina argentina la tendencia conforme a la cual el límite máximo de la pena no puede exceder la culpabilidad por el hecho”⁴⁷ y en nota indica que sostenemos una opinión diferente. Si bien la información no es sustancialmente incorrecta, creemos que requiere una aclaración. En efecto: para nosotros, la culpabilidad es siempre, en nuestro derecho, culpabilidad por el hecho, y nos negamos rotundamente a admitir dentro de este concepto elementos que funden consideraciones de prevención especial referidos a caracteres de la personalidad del sujeto, a inclinaciones o perversiones, a conductas anteriores, etc., que sólo admitimos como reveladores de una menor culpabilidad por estrechamiento de la autodeterminación. Es verdad pues, que en la limitada medida en que opera el correctivo de la peligrosidad —y que luego precisaremos— la pena puede superar en alguna medida la culpabilidad, según nuestro criterio, pero esta culpabilidad de acto *pura*, y no la culpabilidad “de acto” tal como la entienden casi todos los autores alemanes que, a nuestro juicio, no hacen otra cosa que una racionalización para introducir en la culpabilidad misma, lo que nosotros dejamos fuera de ella y usamos como mero correctivo. Adoptamos en definitiva este criterio porque consideramos que dejando los conceptos bien delimitados evitamos una confusión que puede ser más peligrosa, puesto que consideraciones preventivo-especiales en la culpabilidad pueden llevar a confundirlo todo al punto de hacer de la necesidad de prevención especial el único o predominante criterio cuantificador. De este modo es probable que sacrifiquemos la “forma” del principio de culpabilidad, pero creemos que preservamos mejor su esencia.

⁴⁷ BACIGALUPO, ENRIQUE, en *Strafreschsreform und Rechtsvergleichung*, Berlín, 1979, p. 123.

III. — LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN PENAL
EN PARTICULAR

631. **La magnitud del injusto.** El art. 40 del código no es más que una simple remisión a los criterios señalados en el art. 41, que se encuentra dividido en dos incisos sin que pueda seguirse de esta división un criterio inflexible, pues el artículo requiere una reconstrucción dogmática. Si bien el inc. 1º hace una referencia inquestionable al injusto, no es menos cierto que en el inc. 2º aparecen aspectos que también hacen referencia al mismo.

Contemporáneamente —y en particular por parte de quienes distinguen entre penas y medidas para imputables— se afirma axiomáticamente y se consigna en las leyes, que la medida de la pena —o la medida máxima de la pena— debe estar dada por la magnitud de la culpabilidad. Nos ocuparemos luego de la crítica a esta tesis, pero aquí cabe aclarar que su enunciado parece desechar la magnitud del injusto como criterio cuantificador. En realidad, no es así, sino que entienden que a un mayor injusto corresponde un mayor grado de culpabilidad y viceversa. Si bien es cierto que la culpabilidad debe corresponderse con el injusto, creemos que es erróneo el enunciado, puesto que padece la misma falla que ofrecen quienes afirman que la culpabilidad es típica, o sea que, si bien todos los caracteres de un delito deben corresponderse, nunca puede pensarse que uno cualquiera de ellos permita conocer a los restantes y menos aún que uno “contenga” a otro. De allí que, para evitar confusiones, hagamos referencia a ambos criterios por separado. Esta omisión o síntesis de la culpabilidad con el injusto en la cuantificación penal ha llevado, necesariamente, a elaborar un concepto de “culpabilidad en la cuantificación penal” distinto a la culpabilidad en el delito, pues se ven obligados a incluir de alguna manera las magnitudes de los resultados lesivos típicos y no típicos⁴⁸, con lo cual el resultado parece cumplir una función meramente formal a nivel típico o de injusto, y una función material en la teoría de la coerción final, lo que a nuestro juicio importa una disociación idealizante e inútilmente complicada.

“La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados” son una clara referencia al grado del injusto. Sabemos que la “naturaleza de la acción” era la “calidad de la acción” en el código de Baviera y que conforme al art. 186 del código de Tejedor se trataba de una cuantificación del injusto: “Bajo el punto de vista de la naturaleza de la acción, la criminalidad es mayor: 1º por la gravedad de la

⁴⁸ Así, ZEIPF, HEINZ, *Die Strafzumessung*, Heidelberg, 1977, p. 28.

infracción y del perjuicio causado o por causarse. 2º Por razón de la extensión del daño o del peligro, y especialmente según que ha sido mayor o menor el número de las personas ofendidas, y según que el crimen ha dañado o expuesto a una lesión al Estado mismo, a comunidades enteras, a una cantidad indeterminada de personas, o sólo a ciertas personas determinadas”. En el proceso legislativo se sintetizó esta fórmula y se la hizo redundante, porque los medios empleados y la extensión del daño y del peligro son indicadores del grado de afectación del bien jurídico tutelado, es decir, del grado de injusto, que en la terminología legal es “la naturaleza de la acción”.

La circunstancia de que el grado del injusto se tome en cuenta para la cuantificación de la pena, de modo tan expreso, pone en evidencia una vez más la naturaleza personal del injusto en el código penal argentino.

Las referencias al injusto que se contienen en el art. 41 no se agotan en su inciso 1º. En el inc. 2º se menciona “*la participación que haya tomado en el hecho*”. No se trata aquí de participación “*stricto sensu*”, sino “*lato sensu*”, abarcando a los coautores y partícipes *stricto sensu* y, dentro del papel que a cada uno de ellos incumbe, determinar en forma más precisa cuál fue su contribución a la afectación de los bienes jurídicos. Así, si fue planificador, si inició el proyecto criminal o se plegó a él posteriormente, si cumplió todo su cometido conforme a la planificación concreta, pues es una concretización del grado de participación más fina que la ópticamente receptada por la ley. No es igual la contribución al injusto del hecho del que propone a otro el plan, aporta todos los datos necesarios e incluso decide al otro a compartir la tarea, que la del que simplemente acepta compartirla.

La “extensión del daño” como grado de afectación del bien jurídico entendido en forma puramente objetiva, frecuentemente carecería de sentido como criterio cuantificador, como sucede en el caso del homicidio simple con un único sujeto pasivo, puesto que las vidas humanas no pueden valorarse cuantitativamente. Dada la naturaleza compleja del injusto, este problema prácticamente no tiene relevancia, porque los componentes subjetivos del mismo siempre indicarán grados de intensidad lesiva, aún en el caso de ser objetivamente equivalente la lesión.

Otra referencia al injusto, particularizada en el autor como clara expresión del injusto personal, son las "reincidencias en que hubiera incurrido", que son un aumento del injusto por el mayor peligro de afectación al sentimiento de seguridad jurídica⁴⁹. No todas las reincidencias autorizan un aumento en la escala penal, pues la escala no varía para la primera y la segunda reincidencia, ni tampoco para la tercera y sucesivas. Esto significa que cuando se hace una aplicación de la escala agravada por la reincidencia (conforme al art. 51), dentro de esas escalas habrá que cuantificar conforme al art. 41, según se trate de la primera y la segunda reincidencia o según que se trate de la tercera o las sucesivas reincidencias. En otras palabras: el mínimo y el máximo se aumentan en un tercio, pero dentro de la escala así aumentada, será mayor el contenido injusto (por la mayor alarma social) si es una segunda reincidencia que si fuese la primera; a partir de la tercera reincidencia se duplicará el mínimo, y, se aumentará en la mitad el máximo, pero dentro de la escala así aumentada también corresponderá considerar que es mayor el contenido injusto de una cuarta o sucesiva reincidencia que del correspondiente a una tercera reincidencia.

Con una técnica legislativa muy defectuosa, el art. 247 ter considera una agravante en razón del mayor contenido de injusto de cualquier delito, "el uso de insignias, distintivos, uniformes, o documentos de identidad, correspondientes a las fuerzas militares, de seguridad, policiales o penitenciarias, o de otros elementos susceptibles de ser confundidos con los nombrados". Esta agravante se explica porque compromete en mayor medida los bienes jurídicos al usurpar los distintivos de coacción estatal, provocando así una mayor indefensión de los bienes tutelados, como también porque dicha utilización puede acarrear un descrédito público de la autoridad estatal. La disposición que comentamos fue introducida por la ley 21.338 y lo correcto hubiese sido ubicarla en la parte general, puesto que es una regla que debe funcionar de igual modo que la del art. 41.

El art. 247 "quater" parece un agregado independiente y redundante respecto del 247 "ter". El 247 "ter" dice que será considerado agravante; el 247 "quater" se limita a decir que las penas serán el máximo de la prevista para el delito como mínimo y la reclusión o prisión perpetua como máximo. La declaración de que debe considerarse como "agravante" se

⁴⁹ Sobre la naturaleza de la reincidencia, *infra*, § 642.

contradice con el aumento de la pena, puesto que sale sobrando. Las escalas que se introducen en el art. 247 "quater" autorizan únicamente el aumento de la prisión y de la reclusión y nada dicen de la multa ni de la inhabilitación. Todo esto revela que el art. 247 "quater" es una suerte de agregado improvisado, que no tuvo en cuenta la necesidad de armonizarse con el anterior, pese a que ambos fueron introducidos por la misma ley, aunque como es evidente, por distintas manos.

No obstante, todo esto no es defecto grave ni lo comparamos con la agravación taxativa de penas que hace el art. 247 "quater", por medio de la cual un hurto simple podría penarse con reclusión perpetua, lo que resulta francamente irracional, porque altera toda la escala valorativa del código. El hurto cometido por quien exhiba una falsa credencial policial para crear confianza o imponer cierta falta de vigilancia u obtener que se le franquease una entrada, podría merecer prisión perpetua, en tanto que si el mismo individuo fuese policía y aplicase a un preso apremios que le causasen la muerte, no sería penado con pena mayor de veinticinco años. Por otra parte, si el mismo hurto fuese cometido por un militar en servicio, conforme al art. 870 del Código de Justicia Militar, la pena no podría ser mayor que la del delito de que se trate, pese a que ese delito comprometería más los bienes jurídicos, en razón de que la víctima se hallaría ante alguien que efectivamente goza de autoridad, y pese a que la imagen pública de la autoridad, por esta misma razón, se hallaría más comprometida. No es posible que la condición de funcionario —y especialmente la de integrante de las fuerzas armadas— sea una atenuante en la comisión de un delito (aún en los casos de extrema gravedad del art. 871) frente a la de un simple delincuente común que sólo se vale de una insignia funcional. En síntesis: la evidente irracionalidad de la agravación prevista en el art. 247 "quater", que no sólo es un cuerpo extraño dentro del código, sino también dentro de la misma ley 21.338, pone de manifiesto la inconstitucionalidad de la misma, que hace que deba tenerse por no escrito y mantenerse únicamente el art. 247 "ter" dentro de los términos generales del art. 41 del Código.

Cabe consignar que la cuantía del injusto no es un criterio totalmente objetivo en el sentido de que debe prescindirse de la calidad de la víctima, de las finalidades ultra-típicas perseguidas por el autor, etc., sino que, por el contrario, hacen a la "naturaleza de la acción" en cuanto grado de injusto. Algunos elementos subjetivos del tipo son calificantes de agravación y de atenuación captados expresamente en el dispositivo legal prohibitivo, pero ello no implica que otros fines no puedan ser tomados en cuenta por el tribunal para determinar la pena. El que sin hallarse en estado de necesidad, sin embargo hurta algo del lugar en que trabaja para hacer un regalo a su madre, no puede merecer la misma pena que quien lo hace para participar en un juego de azar.

Particularmente importante resulta en este sentido la disposición del art. 22 bis del código penal, que tiene por objeto la sanción de un injusto más grave con una pena conjunta. Esta disposición establece una agravante genérica en función de un elemento de ánimo del autor, cual es el "ánimo de lucro". Lo cierto es que "ánimo de lucro" hay en casi todos los delitos contra la propiedad cometidos en provecho propio, pero también puede haberlo en cualquier otro en que se espere una ventaja patrimonial. Daría, pues, la sensación de que se aplica a todos esos casos, sin que se requiera el fin de lucro, sino simplemente el ánimo, es decir la disposición interna del sujeto que le hace esperar alguna ventaja patrimonial y que es, sin embargo, compatible con otros fines, como por ejemplo, la venganza. La jurisprudencia federal de la capital entendió que no es suficiente la simple intención de ganar o de aprovecharse económicamente, sino que se comporta con tal ánimo quien lo hace a "un nivel insólito e inmoral", en tanto que un sector doctrinario entiende que se trata casi de un tipo de autor. para herir "a los avaros de dinero". Estas ideas parecen aproximarse al requerimiento de "codicia", del proyecto de 1960, entendida como afán desordenado de dinero. Por este camino, se tiende a reducir el concepto de "ánimo de lucro", para establecer los casos en que debe aplicarse.

A nuestro juicio, no corresponde reducir el concepto de "ánimo de lucro", puesto que ello nos llevaría al absurdo de afirmar que en el caso de los delitos contra la propiedad en beneficio propio no hay "ánimo de lucro". Por el contrario, entendemos que el "ánimo de lucro" integra la figura o da lugar a un mayor contenido injusto, pero que ese injusto mayor únicamente puede ser penado con multa cuando *la multa cumpla una efectiva función preventivo-especial en el caso concreto*, que es una cuestión que habrá de ponderar el juez en cada circunstancia y que no dependerá del grado del injusto en modo alguno, sino de consideraciones ajenas al mismo. Igualmente, en la valoración de la que resulte la conveniencia o inconveniencia de esta pena conjunta, como en cualquier determinación, el tribunal deberá tener en cuenta el principio de intrascendencia de la pena, tal como lo explicaremos más adelante.

Respecto de la multa en general, sea tanto para su cuantificación como para la forma de hacerla ejecutar o redimir, el art. 21 del código dispone en su primer párrafo que el tribunal deberá de-

terminarla "teniendo en cuenta además de las causas generales del art. 40, la situación económica del penado". Esta regla trata de salvar la diferente incidencia de la multa sobre pobres y ricos, pero, en realidad, no tiene el mismo efecto que el sistema del día-multa, donde la diferencia se acorta en mayor medida, al mismo tiempo que evita el deterioro que la pena de multa sufre como consecuencia del proceso inflacionario, hoy generalizado en casi todo el mundo.

632. **Casos particulares de mayor contenido injusto (delito continuado y concurso ideal).** Si bien no se alteran las reglas generales del art. 41, hay casos en que el contenido injusto del delito debe ser especialmente meritado, por las particularidades que ofrece. Uno de ellos es el supuesto del *delito continuado*, en el que, como vimos oportunamente, no es voluntad de la ley que la reiteración de ciertas acciones sea considerada un hecho independiente, sino que, de una correcta interpretación de ciertos tipos, surge que esas reiteraciones configuran aumentos del contenido de injusto del delito. Esta es una característica que, al cuantificar la pena del delito continuado, el juez deberá tener suficientemente en cuenta y que, por supuesto, no implica necesariamente una agravación del delito, sino que deberá ponderar, a la hora de la cuantificación penal, el total de la lesión o afectación inferida a los bienes jurídicos. Se trata, simplemente, de un supuesto más de aplicación del criterio de la "extensión del daño o del peligro".

Otro supuesto en el que también debe ponderarse particularmente la cuantía del injusto, aunque sin que puedan alterarse por ello las escalas de límites penales, sino siempre con los criterios señalados por el art. 41, es el caso de la pena para la *concurrencia ideal*.

En este supuesto, el art. 54 establece que debe aplicarse la ley que fije la pena mayor. Conforme lo hemos señalado al ocuparnos de las reglas del concurso ideal, se trata de un único delito al que, lógicamente, se aplica una única pena. En realidad no hay aquí ninguna escala aumentada, sino que se trata de una única pena, en cuya cuantificación se tendrá en cuenta, como en todas, la magnitud del injusto, conforme a las reglas generales del art. 41. Las penas que se conminan para los distintos tipos que abarcan una única conducta *resultan absorbidas* por la mayor de ellas. De allí que se

diga que la pena, en el concurso ideal, se rige por el *principio de la absorción*.

Si bien en la legislación comparada se tiende a dar idéntico tratamiento a las dos formas de concurso (código italiano, arts. 71 y ss.; suizo: art. 68; austriaco de 1975, § 28; proyecto alternativo alemán, § 64), nuestro texto mantiene ambas hipótesis claramente diferenciadas, al igual que el código alemán de 1975 (§§ 52 a 55). Conforme a esta distinción, rige entre nosotros el principio de la absorción, según el cual, cuando "se realizan varios tipos penales, las consecuencias de unos ya encierran las de los otros"⁵⁰, es decir, que se pronuncia únicamente una pena que es la correspondiente a la más fuerte conminación penal⁵¹.

En nuestra doctrina, aunque el principio parece claro, no hay acuerdo acerca de qué debe entenderse por "pena mayor", puesto que para algunos, la "pena mayor" es la pena más grave, conforme a los arts. 57 y 5º⁵², en tanto que para otros es la pena de más larga duración, aplicando para determinarla la regla de conversión del art. 24⁵³. Ninguno de ambos argumentos tiene una base legal incuestionable, puesto que el art. 57 determina la "gravedad relativa de las penas" conforme al orden del art. 5º, pero al único objeto del art. 55. Además, resulta cierto que el art. 57 se refiere al orden de gravedad y el art. 54 se refiere a la pena mayor, debiendo distinguirse entre "mayoría" y "gravedad" de las penas. Por otro lado, también es cierto que la regla del art. 24 tiene un fin muy específico, de modo que no resulta inequívoco que pueda aplicarse para determinar la mayoría de la pena.

Creemos que para averiguar cuál es la "mayoría" de la pena, hay que proceder con un criterio combinado, que halla su fundamento en las reglas que se desprenden del principio de la absorción. Según este principio, debe aplicarse la pena que en mayor medida incide en los bienes jurídicos del penado. La determinación no puede hacerse únicamente conforme al orden de gravedad del art. 5º, porque ese sistema respondería a una legislación que adoptase "grados" de pena —como la española—, ni tampoco por la duración, porque pasaría por alto que la pena no es "mayor" cuando compromete por más tiempo bienes jurídicos que son

⁵⁰ BLEI, 300.

⁵¹ Cfr. SAMSON, en RUDOLPHI, 341.

⁵² Así, NUÑEZ, *Manual*, 315.

⁵³ Así, FONTÁN BALESTRA, II, 51.

diferentes. De esta forma, se nos hace claro que la *mayoría* de la pena (art. 54) es el resultado de su *gravedad concreta* y no de su *gravedad relativa abstracta* (art. 5º), sin perjuicio de reconocer que esta última es sumamente importante para determinar la anterior.

Creemos, en consecuencia, que cuando la *gravedad relativa abstracta* de las penas es la misma —es decir, cuando se trata de penas de igual naturaleza conforme al art 5º— debe aplicarse la de mayor cuantía. Para determinar la cuantía deberá tomarse como criterio el término medio de la misma (dividiendo por dos la diferencia entre el máximo y el mínimo y sumándosela al mínimo o, lo que es lo mismo, restándosela al máximo).

Núñez propone tomar como criterio el máximo y remitirse al mínimo únicamente cuando los máximos sean iguales. Sin embargo, aunque parece cierto que la pena más severa es la de máximo mayor, los mínimos tienen también gran importancia en nuestro sistema particularmente en las penas privativas de libertad, porque hay mínimos que permiten la libertad condicional a los ocho meses o al año o que permiten la condenación condicional, aunque la pena tenga un máximo mayor. Con el mínimo, nuestro código indica si puede o no aplicarse una suerte de prisión o reclusión “menores” a la luz de las disposiciones sobre condicionalidad, que no pueden dejar de tenerse presente. Aplicando la regla de Núñez, generalmente el resultado al que se llega es el mismo al que llegamos con la que proponemos. Por ejemplo: la pena del art. 140 es mayor (15 años de máximo) que la del art. 210 bis (doce años de máximo) y ésta es a su vez, mayor que la del art. 123 (diez años de máximo). Con nuestra regla el orden de mayoría resulta igual (9 años el promedio del art. 140, 8 años y 6 meses el del art. 210 bis y 8 años del art. 123). Sin embargo, en el caso del art. 229, calificado en función del último párrafo del art. 235, la escala penal es de uno a doce años y, según la regla sentada por Núñez, resultaría menos grave que la del art. 140, pero más grave que la de los artículos 210 bis y 123, en tanto que, conforme a la nuestra, que permite valorar la circunstancia de que esa pena tiene un mínimo que da lugar a condena condicional y a libertad condicional, resultaría la menor de todas, pues su promedio es de seis años y seis meses.

En los casos en que se prevean *penas alternativas*, deberán reducirse ambas a la de naturaleza más grave y constatar cuál es la que tiene mayor duración, siendo ésta la decisiva. La reducción deberá hacerse siempre conforme a las reglas del art. 24, pues no hay otra indicación en el código. La reducción de la pena de multa a pena privativa de libertad nunca pasará de un año y medio de prisión (art. 21), o sea, nueve meses de reclusión (art. 24). Reducidas todas las penas alternativas a la pena más grave de las con-

minadas, entendemos que el orden de mayoría estará dado por el promedio de cada una de ellas, en la forma en que lo establecimos para las penas de igual naturaleza u orden de gravedad abstracto.

Cuando se conminan *penas conjuntas* privativas de libertad y de multa o de inhabilitación cabe reducir la multa (conforme a la regla del art. 24 y sin ultrapasar un año y seis meses de prisión, art. 21) o la inhabilitación a pena privativa de libertad (reclusión o prisión, según sea la pena privativa de libertad con que haya que compararla) y sumarla a la pena privativa de libertad que se conmina conjuntamente.

Las penas accesorias corresponden que decidan en los casos en que las penas principales resultan iguales. En cuanto a los supuestos en que deban aplicarse reducciones por escalas penales que correspondan al caso concreto, es decir, según fuere el caso, entre escalas disminuídas o entre la escala disminuída y la no disminuída.

633. La culpabilidad como criterio cuantificador y determinante. Nos hemos manifestado abiertamente en contra de la culpabilidad "de autor", demostrando que la misma es un ingenioso recurso para burlar los principios de legalidad y de reserva y el límite del poder represivo del Estado, al par que implica también el absurdo de reprochar una carga genética, arrasando en nuestro sistema jurídico positivo con los arts. 18 y 19 constitucionales. Por estas razones consideramos inadmisibile la culpabilidad "de autor" en nuestro código, aparte de estimar que se trata de uno de los conceptos más deletéreos del derecho penal contemporáneo. En su oportunidad hemos dejado en claro que tiene origen aristotélico, puesto que éste es de naturaleza ética, sino contra la transferencia del mismo al derecho penal, sin tener en cuenta que éste es derecho y no ética, por mucho que —como cualquier derecho y con más razón en él— tenga una *aspiración ética*.

A partir de este rechazo frontal de la culpabilidad de autor y de cualquier "combinación" (*Verbindung*) de la misma con la reprochabilidad del acto, no podemos interpretar ninguna de las disposiciones del art. 41 como forma de reproche de la personalidad del autor, pues tal interpretación sería inconstitucional.

La peligrosidad no resulta violatoria de la Constitución, pues es un juicio de probabilidad basado en los datos del hecho que pongan de manifiesto la inclinación del sujeto al delito conforme a reglas obtenidas de la observación de la experiencia en ley de grandes números. La peligro-

sidad no implica ningún reproche, ningún juicio de desvalor jurídico, sino que es un juicio fáctico (que presupone una desvaloración jurídica) y que se proyecta hacia el futuro. La culpabilidad de autor, en vez, se proyecta hacia el pasado. Creer que la culpabilidad de autor puede reemplazar a la peligrosidad y desplazarla de la cuantificación de la pena, es a nuestro juicio un grueso error conceptual, porque la peligrosidad es un juicio que, por mirar hacia el futuro, debe hacerse en el momento de la condena y sobre lo revelado por el autor en el hecho, pero en las condiciones en que lo presente el autor en ese momento, en tanto que la culpabilidad del autor se valora siempre en el momento del delito, prescindiendo de cualquier consideración hacia el futuro, que es lo que interesa a la prevención criminal.

Cuando en el § 46 del StGB se dice que "la culpabilidad del autor es fundamento para la cuantificación de la pena", se está manejando un concepto de culpabilidad que no es el de culpabilidad por el acto, pero que ni siquiera es tampoco la culpabilidad de autor. Esta última conclusión se desprende de que el mismo dispositivo legal agrega que "las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad, se tomarán en cuenta". El 2º párrafo del § 46 no deja ninguna duda a este respecto: "En la medición el tribunal balanceará las circunstancias que hablan en favor y en contra del autor. Al respecto se tomarán especialmente en consideración: los motivos y los fines del autor; la disposición que expresa el hecho y la voluntad aplicada al hecho; la medida de la contrariedad al deber; la forma de ejecución y las consecuencias culpables del hecho; la vida anterior del autor, sus condiciones personales y económicas, como también su conducta posterior al hecho, en particular sus esfuerzos para reparar los daños".

Una culpabilidad que mire hacia el futuro y que tenga en cuenta la contrariedad al deber de la conducta, no es la culpabilidad tal como la conceptuamos, sino algo por entero diferente. En tal caso se⁵⁴ conveniente rebautizar el concepto, pero sucede que no se trata de ningún concepto nuevo, sino de una denominación confusa que abarca elementos heterogéneo. Esta heterogeneidad es confesada por los mismos comentaristas de la disposición del nuevo StGB: "Al respecto, no se entiende aquí por culpabilidad lo que el término significa cuando se lo usa y para denominar la tercera característica del delito (después de la tipicidad y la antijuricidad): la suma de presupuestos de cuya existencia depende el cumplimiento de todas las características: capacidad de culpabilidad, conocimiento de la prohibición (o vencibilidad del error de prohibición), exigibilidad de la conducta conforme a derecho. Culpabilidad, en el sentido del § 46.1, es, por el contrario, la totalidad de los momentos que determinan el peso del desvalor ético-social que cae sobre el hecho, el injusto culpable"⁵⁴. Incluye con esto al injusto y ordena al juez precisarla conforme a la culpabilidad, sino que ordena al juez precisarla conforme al desvalor del "injusto culpable". ¿Qué otra cosa es el desvalor del injusto culpable, sino el desvalor del delito mismo?

Pero aunque así no fuese, tampoco esto —que por cierto, ya no puede llamarse culpabilidad— tampoco satisface todos los requerimientos de

⁵⁴ BOCKELMANN, 221.

la cuantificación penal. Ello se ve claramente cuando se acude a un rodeo para esquivar la culpabilidad de autor y la peligrosidad y, sin embargo, no se puede prescindir de la peligrosidad: Bockelmann reafirma que "la culpabilidad es culpabilidad del hecho", mas a renglón seguido dice: "Pero hecho es el hecho del autor. No es posible prescindir de su persona en la cuantificación de la pena. Los efectos que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad (§ 46, 1, 2), no se dejan ponderar sin que se haga una imagen de lo que el hombre es. Pero no es el carácter del autor un factor de culpabilidad independiente, como tampoco es ninguna causa que tenga efecto inmediato sobre la cuantificación de la pena"⁵⁵. Vemos en este párrafo el extremo cuidado que se pone en evitar la culpabilidad de autor, y creemos que Bockelmann lo logra, pero lo que ese mismo autor confiesa es que los "efectos para la vida futura del autor en la sociedad" son una clara referencia a la peligrosidad, que no puede encubrirse dentro de un concepto por demás desfigurador de la verdadera idea de culpabilidad, es decir, un concepto de "culpabilidad" que ya no es el mismo que se toma en cuenta en la teoría del delito, sino es algo que se maneja únicamente a nivel de la teoría de la pena. Esta deformación de la culpabilidad es responsable de que en la doctrina contemporánea se llegue a ahuecar el concepto de culpabilidad hasta reducirlo a un mero criterio político, como forma de adaptarlo a la "pena-fin".

Con razón se ha criticado duramente la fórmula del § 46 alemán diciendo que es una "fórmula hueca"⁵⁶, o que es un producto legislativo defectuoso de especial jerarquía⁵⁷.

El primer párrafo del § 32 del código austriaco de 1975, es análogo al § 46 alemán, pero su § 41 funda una posible atenuación en claras razones de prevención especial, lo cual desmiente la pretendida generalidad de su enunciado.

Como no han podido excluirse las consideraciones de carácter preventivo especial que pesan sobre la cuantificación penal, la doctrina ha entendido que la culpabilidad no fundamenta la pena, sino que sólo le pone un límite máximo a la prevención⁵⁸. En rigor, esta tesis también es una manera de eludir el problema, porque si la culpabilidad es el límite máximo de una privación de bienes cuyo fundamento no se halla en ella, sino en la prevención —y básicamente en la prevención especial— y las llamadas "medidas" tienen su fundamento también en la prevención, el "embuste de las etiquetas" queda en palmaria evidencia.

Las dificultades que surgen para un derecho penal que pretenda insistir en el aspecto preventivo especial de la pena, respecto de su compatibilización con una fórmula que declara que la medida de la culpabilidad es el fundamento de la cuantificación penal son insalvables, llevándolo en definitiva a la culpabilidad de autor o al galimatías de una responsabilidad de algo futuro y sólo probable.

Estas dificultades suelen provenir de la esquizofrenización del derecho penal entre dos incompatibles concepciones del mismo —de culpabili-

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Así, BRUNS, 309.

⁵⁷ Así, STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, p. 13.

⁵⁸ Así, SCHMIDHÄUSER, 285; STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 31.

dad una y de peligrosidad otra— que quieren yuxtaponerse sin integrarse. En el derecho penal alemán vigente no puede confesarse que la peligrosidad representa un papel en la cuantificación y en el fundamento de la pena, porque la misma es el fundamento y la cuantificación de lo que llaman “medidas de mejoramiento y seguridad” (§ 62: “No se ordenará una medida de mejoramiento y seguridad cuando se halle fuera de relación con el significado devenido para el autor y con los hechos que son de esperar, como también con el grado del peligro de él emergente”). La pena, en el nuevo StGB, se fundaría en un desvalor, en tanto que la “medida” se basaría en un juicio fáctico, que no es ningún desvalor⁵⁹. Esta pretendida “coexistencia pacífica” de dos distintas concepciones del derecho penal es aparente, porque cuando se trata de cuantificar la pena no hay salida: o se reconoce que alguna ingerencia tiene el juicio fáctico, con lo que se aniquila la distinción, o se convierte al juicio fáctico en desvalor con lo que todo se confunde, cayendo en una “culpabilidad que mira al futuro”, lo que es una entelequia, porque implica incluir en el reproche lo que aún no se ha hecho ni se sabe si se hará.

Esta afición dicotómica ha tenido efectos en la Argentina, donde los autores del proyecto de 1974 creyeron salir del paso reconociendo que la peligrosidad, aparte de ser fundamento para las “medidas” aplicables a imputables, también funcionaría como criterio para la cuantificación de la pena. Si la peligrosidad sirve para cuantificar las penas y las medidas, no vemos en qué se distinguen ambas, salvo que se sostenga que en la pena es un criterio (al lado de la antijuridicidad y culpabilidad del acto) y en la medida es el único criterio. Ello tampoco es exacto, porque de ser el único criterio fundamentador de las medidas, no sería necesario que éstas presupongan un cierto grado de injusto y menos aún que se limiten en el tiempo.

Fuese cual fuese la explicación que quisiera darse, lo cierto es que el proyecto de 1974-1975, en su formulación original o en la segunda versión corregida por sus autores, tomaba en cuenta dos veces el mismo carácter, lo que se traducía en una mayor privación de libertad para el autor: su peligrosidad determinaba una pena mayor y la misma peligrosidad determinaba el agregado de una “medida” privativa de libertad.

Todas estas dificultades provienen de que se pretenden yuxtaponer dos concepciones del derecho penal, sin llegar, no digamos a una síntesis, sino, más simplemente, a una concepción sincrética, en que con menos artificiosidad y, por consiguiente, con más naturalidad, se admita que la pena tiene función de prevención especial, pero que sólo puede llevarse a cabo dentro de los límites “penosos” (es decir, de privación de libertad) que tolera el sentimiento de seguridad jurídica, el que demanda una cierta proporción entre la cuantía de esa privación y la del delito (injusto y culpabilidad), admitiendo, sin embargo, el correctivo de la peligrosidad en una medida razonablemente limitada. Creemos que esta construcción, más “natural”, es la que mejor se adapta a nuestro código vigente, donde, por imitación, se quiere ver una construcción dicotómica como la alemana basándose en la pena del art. 52, cuando respecto de esa pena no hay ninguna disposición de nuestro código similar a la del citado § 62 del

⁵⁹ Así, BOCKELMANN, p. 235.

nuevo StGB. No puede compararse a esa regla la facultad de prescindir por única vez de la pena del art. 52, porque ésta no pasa de ser una única vez, y nada faculta al tribunal a prescindir de ella la vez siguiente, por poca o ninguna que fuere la peligrosidad. Es muy distinto el § 62 del StGB, que consagra el llamado "principio de correspondencia" (de la medida con la peligrosidad), que debe funcionar en cualquier ocasión. Nuestro art. 52 consagra para la menor peligrosidad y por única vez, sólo una causa personal de exclusión de la penalidad.

Conforme a lo sostenido, las necesarias alusiones a la culpabilidad que hay en el art. 41, deben ser entendidas en la forma de la más pura culpabilidad de acto. En esas referencias no cabe duda que se encuentran aspectos claramente reveladores de la personalidad del hombre. Es incuestionable que la personalidad desempeña un papel importante en la cuantificación de la culpabilidad, pero no es el mismo papel tratándose de culpabilidad de acto que de culpabilidad de autor. Cuando de culpabilidad de acto se trata —única constitucionalmente admisible— la personalidad es uno de los datos que nos indican el ámbito de autodeterminación del autor. No se trata de un reproche de su personalidad, sino de determinar, a los efectos del reproche de la conducta, la posibilidad de que su personalidad —sumada a otras circunstancias— le ha brindado para actuar de modo diferente a como lo ha hecho.

Las consecuencias prácticas de la ponderación de la personalidad en una culpabilidad de acto, respecto de la misma en el marco de una concepción de culpabilidad de autor, son harto diferentes, pues el acto más propio de una personalidad, aquel que es ya un hábito y le cuesta al hombre un cierto esfuerzo lograr omitirlo, será más reprochable —y, por ende, más punible— para la culpabilidad de autor, que no le reprocha el acto, sino la personalidad inclinada al acto, en tanto que será menos culpable para una culpabilidad de acto, que le reprocha el acto, que en el marco del hábito personal, es menos libre, pues requiere un mayor esfuerzo para evitarlo.

De allí que, dentro de un derecho penal de acto que busque la seguridad jurídica, ésta requerirá frecuentemente que para la cuantificación de la pena opere el correctivo de la peligrosidad. Toda vez que la medida de la pena dada por las del injusto y de la culpabilidad del acto, puede resultar contraria a elementales principios de política criminal, se requiere un correctivo en la individualización de la pena, que es la peligrosidad.

Así, ya hemos dicho, por ejemplo, que un mitómano que comete una estafa, tiene su culpabilidad reducida en comparación con el que no es mitómano, porque el catálogo de conductas que permite su personalidad está más estrechada, y para no mentir necesita realizar un gran esfuerzo, que el que no es mitómano no requiere. De cualquier manera, es mucho más probable que repita su conducta, que aquel otro que no es mitómano. Viceversa: el estafador no mitómano tendrá una culpabilidad mayor, pero puede suceder que su delito sea ocasional y su peligrosidad mínima. De allí que sería contrario a una política penal orientada hacia la seguridad jurídica mediante la prevención resocializadora, cuantificar en menos la privación de bienes al mitómano —que está necesitado de mayor resocialización— y en más al no mitómano, que requiere una menor acción resocializadora. Esta es la puerta de entrada del juicio fáctico de peligrosidad como limitado correctivo de la cuantía de la pena derivada de la cuantía del delito, en el ámbito de un derecho penal que no busca una yuxtaposición del derecho penal de culpabilidad con el de peligrosidad, sino una complementación necesaria (de la primera como criterio cuantitativo y de la segunda como eventual y limitado correctivo).

Que dentro del marco de una culpabilidad de acto el habitual merece menor culpabilidad que el primario es algo que se advirtió hace mucho tiempo⁶⁰. En la época en que Nietzsche pasaba “de la embriaguez abrumadora del arte romántico a la serena tranquilidad de la ciencia”⁶¹, se aproximaba al positivismo y atacaba al derecho penal elaborado sobre base indeterminista, lo hacía aferrándose a esta observación. Es interesante su razonamiento, aunque de él quieran extraer consecuencias equivocadas: “A la mayor parte de los criminales —decía— les ocurre que han hecho diez y cien veces la misma cosa sin sufrir malas consecuencias; pero de repente son descubiertos y el castigo les acecha. La costumbre debería, por tanto, hacer que apareciese excusable la falta por la cual se castiga al culpable; es una inclinación adquirida poco a poco a la que es difícil resistir. En lugar de ello, cuando se sospecha el crimen por costumbre, el malhechor es castigado más severamente, considerando a la costumbre como una razón suficiente para rechazar toda atenuante. Al contrario: ¡una existencia modelo hace que el delito resalte con más horror, debería aumentar el grado de culpabilidad! Pero no es así; antes al contrario, se

⁶⁰ Así, últimamente, DELL'ANDRO, R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950, p. 32.

⁶¹ BERGUA, JUAN B., “Noticia preliminar” a su traducción castellana de *Also sprach Zarathustra*, Madrid, 1970.

le atenúa la pena. No es, pues, el crimen lo que se castiga, sino que se evalúa siempre el daño causado a la sociedad y el peligro corrido por ésta”⁶².

Queda a nuestro juicio claro que la personalidad del autor es uno de los criterios para cuantificar el grado de culpabilidad, siempre que la entendamos en el correcto marco de la culpabilidad de acto, que es la única admisible constitucionalmente. No obstante, con la aclaración de que para un derecho penal que concibe a la pena como teniendo fundamentalmente en mira la prevención especial, se hace incompatible la pretensión de que la única medida de la pena es la de la culpabilidad —siempre que se la entienda como culpabilidad de acto—, tampoco se agotan todos los malentendidos en torno del problema, puesto que la teoría de que la única medida de la pena es la medida de la culpabilidad también se sostiene por parte de quienes afirman que el fin de la pena es preventivo general (o primariamente tal), aunque con tan poca coherencia como quienes pretenden sostenerlo desde la posición contraria.

Desde el punto de vista de los partidarios de la prevención general, la pena tiene una naturaleza retributiva adecuada a la culpabilidad, según lo cual, la pena más efectiva preventivamente es la que se adecua a la culpabilidad. Para que este planteamiento tenga validez, la culpabilidad se convierte en un concepto íntimamente vinculado a la prevención general, pero los límites de la prevención general no están dados tanto por lo que el “buen ciudadano” crea que el delincuente “se ha ganado”, sino, más bien, por “lo que se crea necesario para la conservación de la confianza” en la norma⁶³. No es necesario ser muy penetrante, para caer en la cuenta de que la culpabilidad aquí ya no es otra cosa que un criterio político: no es un juicio de reproche jurídico ni un resultado del mismo, sino una medida dada por la necesidad de intimidar a los que no delinquieron. En modo alguno puede llamarse a esto culpabilidad, puesto que no se concibe que el derecho le reproche al autor su injusto en la medida en que sea necesario para intimidar el resto de los habitantes de la Nación. Aquí la pena tendrá la medida de la intimidación que “el derecho penal del miedo” considera necesaria, pero ese “derecho penal del miedo” no tiene ningún tí-

⁶² NIETZSCHE, *El viajero y su sombra*, trad. de Pedro González Blanco, 1946, pp. 21-2.

⁶³ Así, JAKOBS, GÜNTHER, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, p. 33.

tulo legítimo para rebautizar a su fuerza intimidante con el nombre de culpabilidad, que es inherente a la idea de la persona humana, que queda aplastada por el miedo que mueve a ese legislador aterrado a infundir miedo al resto.

Si entendemos por culpabilidad el resultado del reproche jurídico formulado a un hombre, como ente autodeterminable, no cabe duda de que "el principio de la prevención general en la cuantificación de la pena se enfrenta al principio de culpabilidad, pues la necesidad de intimación hace que se supere la medida de ésta. De este modo, el hombre viene a ser considerado un simple medio para la conservación del orden social"⁶⁴.

En el derecho penal austríaco no cabe duda que las consideraciones de carácter preventivo general no pueden ser tomadas en cuenta para la cuantificación de la pena, conforme al principio o cláusula de necesidad que está consagrado en los párrafos 41 y 42 del Código de 1975⁶⁵, pero no puede decirse lo mismo en la legislación alemana, donde queda en duda. En nuestros artículos 40 y 41 no hay disposición alguna que permita tomar en cuenta razones de prevención general para cuantificar las penas. Esto coincide con nuestra anterior posición de que la prevención general es una función eventual de la pena, pero no la fundamenta ni es lo que delimita ni tiene en mira la ley al establecerla, porque la prevención general encuentra todo el orden jurídico. Frecuentemente y nuestra jurisprudencia argumenta en cuanto a la cuantificación con fundamento en la prevención general, pero no hay asidero legal que permita tal interpretación, la que, por otra parte, es inconstitucional.

No hay en nuestro art. 41 absolutamente ninguna base legal que permita acudir a una cuantificación "ejemplarizante" de la pena, aunque éste parezca ser el criterio de una buena parte de nuestros tribunales, jamás corregido constitucionalmente, pues por lo general los planteamientos se han realizado con argumentos formales.

El debate europeo acerca de la posible relevancia de la prevención general en la cuantificación de la pena es altamente revelador. La opinión de Dolcini es contundente: "La ilegitimidad constitucional de la prevención general en la cuantificación de la pena se evidencia a través de la circunstancia de que, cuando el juez concede espacio autónomo a tal finalidad, sólo una parte de la pena impuesta podrá vincularse a una responsabilidad personal del agente, esto es, la parte correspondiente a sus exigencias de reeducación (o a la retribución de la culpabilidad). En cuanto al excedente, el sujeto no responde ya por sí, sino por otras personas, cuyas inclinaciones criminales hacen aparecer como socialmente útil el establecimiento de un ejemplo, a través de una condena severa. No se trata, por consiguiente, de responsabilidad por el hecho propio, sino de respon-

⁶⁴ BRUNS, HANS-JÜRGEN, *Strafzumessungsrecht*, Allg. Teil, Köln, 1957, pp. 328-9.

⁶⁵ Cfr. NOWAKOWSKI, FRIEDRICH, op. cit., p. 170.

sabilidad por un *peligro de hecho ajeno*"⁶⁶. Por otra parte, con toda razón se ha dicho que si alguna importancia tiene la prevención general, ya la toma en cuenta el legislador al establecer los mínimos legales, por lo cual una nueva valoración al cuantificar la pena violaría el principio que prohíbe la doble desvaloración⁶⁷. A ello debe añadirse que los efectos preventivo-generales de las penas son empíricamente muy discutibles, que las exigencias de la prevención especial suelen entrar en conflicto con las pretensiones ejemplificantes, y, fundamentalmente, que se trata de una lesión a la dignidad humana, puesto que implica usar a un hombre como una cosa, es decir, como un simple medio para tratar de evitar que otros cometan delitos⁶⁸.

La defensa de la consideración de prevención general en la cuantificación ha sido retomada recientemente por Pagliaro, quien cree que la tesis contraria es un argumento "iluminista" que opone el hombre a la sociedad. Conforme a ello dice que el hombre actúa en sociedad y que un hecho es más o menos grave según los valores determinados por conductas ajenas⁶⁹. No creemos que esto sea discutible: un hecho es siempre más o menos grave, según las circunstancias determinadas por el general comportamiento social. No obstante, de allí no surge ninguna justificación para un aumento de la pena a un sujeto en razón de que otros cometan hechos parecidos al suyo y se crea necesario infundir miedo. Mucho menos se justifica un aumento de pena porque la prensa sensacionalista desate una campaña infundiendo alarma. Por otro lado, la circunstancia de que el juez "intuya" la necesidad de prevención general, tal como lo pretende Pagliaro, siembra un mar de dudas en un mundo de arbitrariedad moralizante. Ya nos hemos referido detalladamente al derecho penal del miedo y a sus consecuencias⁷⁰, no siendo para nada recomendable que, además de incurrirse en el error básico de querer apelar al derecho plural del miedo, se pretenda que la necesidad y oportunidad del mismo quede librada a la "intuición" del juez⁷¹.

Teniendo en cuenta los principios que hemos señalado, y haciendo aplicación de los mismos al artículo 41, resulta que *la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto,*

⁶⁶ DOLCINI, EMILIO, *La ommisurazione della pena*, Padova, 1979, pp. 112-3.

⁶⁷ Cfr. SCHMIDHÄUSER, p. 640.

⁶⁸ ZIFF, HEINZ, *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, p. 49; DOLCINI, EMILIO, *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, en "Riv. It. di Diritto e Proc. Penale", 1981-1-34 y ss. (55).

⁶⁹ PAGLIERO, ANTONIO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, en "Riv. It. di Diritto e Proc. Penale", enero-marzo de 1981, pp. 25 y ss.

⁷⁰ ZIFF, op. et loc. cit.

⁷¹ Con limitaciones impuestas por el principio de culpabilidad aceptan consideraciones de prevención general CLAUS ROXIN (*Prevención y determinación de la pena*, trad. de F. Nuñez Conde, en "Doctrina Penal", 1980, pp. 239 y ss.) y DIEGO LUZÓN PEÑA (*Medición de la pena y substitutivos penales*, Madrid, 1979, p. 27).

nos indican si el autor tuvo un mayor o menor ámbito de autodeterminación. Todos estos aspectos se refieren a la personalidad del autor y ésta es la que condiciona el ámbito de autodeterminación del hombre en ciertas circunstancias. La edad nos indicará el grado de madurez que podía haber alcanzado el sujeto, o bien el grado de asentamiento de ciertos caracteres de la personalidad, los que harán más fácil o más difícil la evitación de la conducta prohibida.

En cuanto a la edad, también cabe tener en cuenta la ancianidad, que el mismo código considera una circunstancia vital de mayor debilidad, tal como se desprende del art. 10 (y también del art. 7º, pese a su tácita derogación). Al respecto, también hay que tener en cuenta otros momentos del curso vital que pueden ser también significativos para la culpabilidad, tal como el climaterio femenino.

“La calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir” es para nosotros también una incuestionable referencia a la culpabilidad. La culpabilidad normativa es un juicio de reproche que se le formula a un autor por la comisión de un injusto, y su base no puede ser otra que la posibilidad exigible de motivarse en la norma. No es un juicio sobre el autor en razón de que se le pueda reprochar éticamente su personalidad, sino porque pudiendo motivarse en la norma no lo hizo. En la medida de su autodeterminación revelará una disposición interna contraria a la norma, que será mayor cuanto más contrarios o repugnantes a la norma sean los motivos que tuvo. La motivación, es uno de los criterios más ineludibles para establecer la cuantía de la reprochabilidad.

Baigún rechaza la posibilidad de que dentro de una “culpabilidad valorativa” puedan integrarse los motivos, pues los considera “objeto del juicio”⁷². Para ello aparta estos elementos, porque aspira a una culpabilidad sin “elementos psicológicos”, lo que parece acercarle a Goldschmidt. Para nosotros la culpabilidad no carece de “elementos psicológicos”, en tanto los mismos sean criterios de culpabilidad, es decir, que el criterio delimitador no se halla en la naturaleza psicológica de los elementos, sino en la ubicación de éstos como componentes del injusto o como criterios para reprochar el injusto.

En cuanto a la pretensión de introducir los motivos en la peligrosidad, ya la rechazó Dorado Montero en el siglo pasado⁷³, aunque Ferri la defendiera ardorosamente⁷⁴, pero dándole a la expresión un sentido

⁷² Así, BAIGÚN, op. cit., p. 44.

⁷³ DORADO MONTERO, *La antropología criminal en Italia*, Madrid, 1890,

⁷⁴ FERRI, *Principii*, pp. 311 y ss.

más amplio que el que tiene, en la que hacía entrar incluso los sentimientos del hombre: "el motivo determinante —decía— es el acto psíquico (sentimiento e idea) que determina tanto la voluntad como la intención del agente y que se identifica, casi siempre, con el fin"⁷⁵. A más de confundir el motivo con la finalidad, tampoco Ferri le negaba una función ética, lo que rebalsa completamente la peligrosidad: "El motivo determinante —decía— da el significado moral y jurídico de todo acto humano"⁷⁶.

En orden a la motivación se está tocando el problema más central y decisivo de la culpabilidad, puesto que la esencia de la misma es, precisamente, el reproche por no haberse motivado en la norma cuando le era exigible hacerlo. Con este problema está íntimamente conectado todo el planteamiento del error. Los errores invencibles de prohibición eliminan la culpabilidad, pero los errores vencibles la reducen, puesto que es mayor la exigencia de que comprenda la antijuridicidad respecto de quien la conocía que respecto de quien la hubiese podido conocer con cierto grado de diligencia. El mismo error de comprensión, cuando es vencible, hace menos reprochable la motivación: no es idéntico que no se motive en la norma y reaccione agresivamente quien pertenece a una subcultura o intra-grupo en que la regla es la violencia, que quien pertenece a un círculo en que los hábitos son diferentes.

Algo análogo pasa cuando se está en un error vencible que determina una falsa suposición de injusto menor. En tal supuesto le sigue siendo exigible la comprensión del injusto que cometió, pero no es idéntica la reprochabilidad a la que tiene lugar cuando el sujeto no está en semejante error vencible. Quien cree, por error vencible, que la menor con que yace tiene doce años, cuando ésta tiene once, comete un injusto culpable de violación, pero en modo alguno su conducta puede ser reprochada del mismo modo que si hubiese sabido con certeza que tenía once años o que no le hubiese importado para nada la edad de la víctima.

Al que poniendo la normal diligencia se hubiese percatado de que tiene el dominio del hecho, tampoco puede reprocharse del mismo modo que a quien sabía con certeza que era autor. En estos supuestos, a diferencia de los casos en que el error es invencible (en que únicamente se puede aplicar la pena correspondiente al

⁷⁵ *Idem*, 313-4.

⁷⁶ *Idem*, 312; la tesis de Ferri la defendió entre nosotros EUSEBIO GÓMEZ, *Enrique Ferri*, Bs. As., 1947, p. 206; desde el punto de vista de la época, fue publicado en 1937 y recientemente reeditado el libro de PEDRO VERGARA, *Dos motivos determinantes no Direito Penal*, Río de Janeiro, 1980.

injusto atenuado, por aplicación analógica del inc. 1º del art. 34), sólo se puede hacer jugar la atenuación en el ámbito de la motivación relevada por el art. 41.

Inversamente, los errores que dan lugar a la falsa suposición de una circunstancia de agravación —y que en modo alguno pueden tener relevancia típica—, pueden, sin embargo, tenerla a los efectos del art. 41. El que por error —vencible o invencible— en la persona, quiere matar al *intra-neus* y mata al *extra-neus*, lo cierto es que comete un homicidio doloso teniendo como motivo *real* la muerte del *intra-neus*: quien queriendo matar al padre, por confusión mata a un tercero, lo mata motivado en que era el padre, lo que no puede pasarse por alto a los efectos del art. 41, con la consecuencia de dar lugar a un grado mayor de reprochabilidad.

La especial mención de “*la miseria o la dificultad de ganarse el sustento necesario y el de los suyos*” es una interesante formulación, que tiene varias consecuencias. El sujeto que socialmente se halla más desvalido, lógicamente tiene una menor posibilidad de autodeterminación en muchos aspectos.

La referencia puede identificarse con lo que actualmente se denomina “co-culpabilidad”, es decir, aquella parte de la culpabilidad por el hecho con que debe cargar la sociedad, en razón de no haberle brindado las posibilidades que hubiesen ampliado su ámbito de autodeterminación. Por otra parte, a este respecto, cabe tener presente que la miseria no sólo puede reducir la culpabilidad, sino que puede motivar una conducta dirigida a salvar otro bien jurídico, aunque sin que se den —por supuesto— los requisitos del estado de necesidad. En este caso, el mismo injusto es menor y no únicamente la culpabilidad. Por último, como veremos luego, también hay aquí una advertencia que recuerda el principio general de intrascendencia o de personalidad de la pena.

Esta referencia fue introducida por la Comisión de Códigos del Senado, integrada por Joaquín V. González, E. del Valle Iberlucea y P. A. Garro. Con esta referencia se estaba incluyendo en el código la cuestión social, como claramente lo expone la Comisión al fundar su inclusión en el art. 41. Pocas páginas de nuestra historia penal son más brillantes que ésta. La base del razonamiento de la co-culpabilidad está expuesta con todas las palabras por la Comisión y se remonta al pensamiento de Marat, es decir, a la evidente verdad de razón según la cual no es justa la retribución en una sociedad injusta⁷⁷.

⁷⁷ V. supra, § 124.

Este fue el pensamiento que hizo valer el Juez Magnaud a fines del siglo pasado y comienzos del presente, cuando se negaba a condenar por vagancia a los desocupados, cuando se negaba a encerrar a personas por injustos insignificantes en casas de corrección —a las que denunciaba como escuelas de corrupción y de vicio—, cuando absolvía a los que hurtaban por miseria e imponía penas insignificantes a los que lo hacían acociados por necesidad. El Presidente Magnaud propuso al Parlamento la reforma del art. 64 del *Code* Napoleón introduciendo el estado de necesidad que amenace “la propia existencia o la de aquellos seres de los que tenga legal o naturalmente la carga”, agregando a ello la obligación, por parte de las comunas, de reparar los perjuicios a terceros derivados de las acciones necesitadas cometidas por los indigentes de sus respectivas jurisdicciones⁷⁸. En su tiempo fue el juez más famoso de Francia, como también el más injuriado y difamado por sus colegas de magistratura, herederos o sobrevivientes del Imperio del “pequeño” Napoleón. Sin embargo, Magnaud fue el juez auténticamente republicano, quien nunca aceptó ascensos y fue conocido en todo el mundo, pese a ser el modesto juez de Chateau-Thierry. Nuestra Comisión del Senado citaba expresamente a Magnaud⁷⁹ y con indicaciones de otros autores (Mieczyslaw, Alimena, Turatti, Colajanni, Morgan, Lacombe, Marx, Molinari, Engels, Thulié, Spencer, Schäfte, Gumplowicz, Loria, Vaccaro, Wylm y Maxwell) toma decidido partido contra la tesis de Garófalo, según el cual “la manera como la riqueza está distribuida no es una de las causas de la delincuencia y sobre ella no ejerce ninguna acción la situación económica del proletariado”⁸⁰. Recuerdan nuestros codificadores las palabras de Montesquieu: “Algunas limosnas que se hacen a un hombre desnudo, en la calle, no reemplazan las obligaciones del Estado, que debe a todos los ciudadanos una subsistencia asegurada, el alimento, un vestido a propósito y un género de vida que no sea contrario a la salud”, y agregaban: “No es Mr. Jaurés ni Mr. Jules Guesre quien ha escrito eso, sino Montesquieu, Libro XXIII, Capítulo XIX de *El espíritu de las leyes*”⁸¹. Esta ha sido la forma brillante y valiente en que la cuestión social ha entrado en nuestra legislación penal, pese a que apenas haya reparado en ello nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, como tampoco parece haber reparado en ello la Comisión de Diputados que aceptó la fórmula.

La idea general de la co-culpabilidad en Latinoamérica se encuentra muy bien planteada en el código de Colombia, que en el inc. 11 del art. 66 considera causa de agravación “la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio”.

⁷⁸ V. LEYRET, HENRY, *Les Jugements du Président Magnaud réunis et commentés par...*, París, 1904 (3ª ed.); del mismo, *Les nouveaux jugements du Président Magnaud*, París, 193; hay traducción castellana del primero con prólogo y notas de DIONISIO DÍEZ ENRÍQUEZ, *Las sentencias del Magistrado Magnaud reunidas y comentadas por Henry Leyret*, Madrid, 1909.

⁷⁹ RAFFO DE LA RETA, II, p. 306.

⁸⁰ *Idem*, p. 305.

⁸¹ *Idem*, p. 306.

La referencia a "*los demás antecedentes y condiciones personales*" está, por una parte, vinculada a la primera parte del inc. 2º, como otra forma de atender a la personalidad del sujeto, que es condicionante de su ámbito de autodeterminación, pero también puede implicar una indicación de co-culpabilidad. En este último sentido, el curso biográfico del sujeto bien puede resultar altamente desafortunado, como suele suceder con personas que han llevado una vida institucional, carente de afecto y de imágenes formadoras. Es sabido que la carencia de afecto da lugar a un desarrollo inferior de la inteligencia (fenómeno que se llama "hospitalismo"). Inversamente, los antecedentes y las condiciones personales del sujeto pueden hacerle más exigible la motivación en la norma y, por consiguiente, el grado de culpabilidad, como acontece en los supuestos en que se trate de personas con buenos ingresos, un alto nivel de instrucción, vida familiar y desarrollo en condiciones normales, con buenas imágenes paterna y materna, a las que el orden jurídico debe reprochar en mayor medida su conducta, puesto que la sociedad le ha proporcionado una posición en la cual su ámbito de autodeterminación es relativamente amplio.

"*Los vínculos personales*", deben entenderse que son los que unen al autor con el sujeto pasivo y que pueden hacer más exigible la conducta conforme a derecho, como en el supuesto de que se deba especial agradecimiento, o razones de parentesco o de especial confianza, lo que está unido a "*la calidad de las personas*", que eventualmente determina una mayor o menor exigibilidad (y, por ende, reprochabilidad) de la conducta jurídica. No se trata aquí de la calidad especialmente consignada en los tipos, en la que hay un mayor contenido del injusto, como sucede en la calificación por funcionario público, que aumenta el injusto porque afecta también la incolumidad de la administración pública, o las especiales relaciones de parentesco, que dan lugar a que también se afecte la familia y los sentimientos que deben tutelarse como la base de la misma, sino de la calidad que da lugar a una mayor exigibilidad atendiendo a las circunstancias concretas.

Por último, al referirnos al concurso, hemos hecho una referencia a los casos de culpabilidad unitaria, que es un problema de culpabilidad que se refleja en la cuantificación de la sanción del concurso real (arts. 55 y 56), que trataremos al ocuparnos de éste,

por resultar más clara su comprensión después de considerar el sistema legal que el código acepta para el concurso real de delitos.

634. El concepto dogmático de peligrosidad. Por las razones que oportunamente hemos dado, resulta manifiesto que la cuantificación de la pena en función de la cuantía del delito (injusto y culpabilidad) puede no resultar adecuada para proveer al objetivo de seguridad jurídica, lo que hace necesario apelar al correctivo de la peligrosidad.

Considerar la forma en que tiene lugar esta corrección, es una cuestión que debe ser dividida en pasos sucesivos, puesto que así lo impone, entre otras cosas, la escasa elaboración del tema y el peligroso y laxo manejo que de él suele hacerse.

a) Ante todo, cabe dar un concepto dogmático de la peligrosidad, puesto que, por lo general, las definiciones que suelen darse provienen de autores extranjeros y especialmente de teóricos del tema, que poco o nada tienen de dogmáticos. Sin embargo, la peligrosidad se halla en nuestro art. 41 —y en otras disposiciones del código— y corresponde elaborar un concepto dogmático de la misma, como necesidad lógica, impuesta por la aplicación coherente de nuestro método.

Aparte del inc. 2º del art. 41, nuestro código menciona a la peligrosidad en el último párrafo del art. 44, en el último párrafo del art. 52 y en el art. 53, al igual que en los párrafos 2º y 3º del art. 34 inc. 1º. Cabe preguntarse si todas estas menciones responden a un único concepto de peligrosidad y, en cualquier caso, elaborar el concepto o los conceptos pertinentes, conforme a nuestras disposiciones vigentes. En ningún punto nuestra ley nos da criterio o definición alguna de la peligrosidad, de modo que se hace necesario irse aproximando al mismo en forma tentativa, partiendo del propio sentido semántico, que nos indica que la “peligrosidad” es la calidad de peligroso, que “peligroso” es lo que ofrece peligro y que “peligro” es el aumento o producción de la inminencia de un mal o de un daño.

Este sentido semántico nos indica, al menos, que la peligrosidad siempre es algo que mira o tiene en cuenta el *futuro*, pero que debe basarse en algún hecho indicador presente o pasado. Hasta aquí, todo parece resultar claro: es una calidad que se proyecta hacia el futuro y que se infiere de algo presente o pasado. Cabe preguntarse, pues, *cuál es el ente que presenta la calidad y cuál es*

el hecho presente o pasado que la pone de manifiesto. Por otra parte, si esa calidad aumenta la inminencia de un mal o de un daño, cabe preguntarnos en qué consistirá el mismo. En general, resultan relativamente pacíficas las respuestas: la calidad es de una persona, se pone de manifiesto por la comisión de un delito y el mal cuya inminencia aumenta es la comisión de otro delito.

Una primera idea de la misma nos permitirá decir que es la calidad de una persona que permite presumir la posibilidad de que cometa un delito, puesta de manifiesto por la comisión de un delito anterior.

Esta idea no es nueva ni tampoco tiene origen positivista, sino que fue enunciada por Feuerbach, quien consideraba que peligrosidad es "la calidad de una persona que hace presumir fundadamente que violará el derecho", concepto que, según Ruiz Funes, es el cronológicamente prioritario⁸². Hemos visto que la palabra "peligrosidad" llegó a nuestra legislación cuando, prácticamente, de no mediar un error de traducción, hubiese estado desde Tejedor en ella, puesto que era la palabra usada por Feuerbach en el art. 100 del código bávaro, como también cuando se refería a "pasiones malignas y peligrosas", en el art. 92 del mismo código. El mismo código Tejedor recogió, como pausa de agravación, los "deseos perversos y peligrosos" (art. 187 inc. 5°).

El nuevo brío de la idea se debe al positivismo, renaciendo como *temibilità*, entendida como la "perversidad activa y constante del delincuente y la cantidad posible de mal que hay que temer de parte del mismo delincuente", según Garófalo⁸³. Con posterioridad se sostiene que "la idea era la verdadera, pero la fórmula no era feliz, sea porque la temibilidad reclama una impresión subjetiva más que una realidad efectiva, sea porque, como notaba A. Rocco, la temibilidad de un individuo es más bien la consecuencia de su peligrosidad. Y es con esta última palabra (*pericolosità, état de danger, Gefährlichkeit, estado peligroso, dangerousness, etc.*) que la idea se ha ido difundiendo e imponiendo a criminalistas, y legisladores y jueces"⁸⁴. Larga ha sido la discusión en torno del concepto y no siempre fecunda⁸⁵. Se han hecho clásicas las con-

⁸² RUÍZ-FUNES, MARIANO, *La peligrosidad y sus experiencias legales*, La Habana, 1948, p. 18; Florian remonta la idea al derecho romano y a Santo Tomás (*Parte Generale del Diritto Penale*, Milano, 1934, I, p. 316).

⁸³ GARÓFALO, *Di un criterio positivo della penality*, Napoli, 1880, p. 314.

⁸⁴ FERRI, *Principii*, 285; ROCCO, A., *L'oggetto del reato*, Torino, 1913, p. 315.

⁸⁵ Sobre estas discusiones pueden verse los detallados trabajos de SOLER, SEBASTIÁN, *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, Bs. As., 1929; OUVIÑA, GUILLERMO, *Temibilidad (peligrosidad)*, en "Enc. Jur. Omeba", XXVI, pp. 27 y ss.; RUÍZ FUNES, MARIANO, *La peligrosidad y sus experiencias legales*, La Habana, 1948; RAMOS, JUAN P., *La peligrosidad en el código penal y El juicio penal y el delincuente*, ambos en "Rev. Penal Argentina", 1926 y 1932; del mismo, *La teoría del estado peligroso en la legislación*

cepciones de Florián y de Grispigni. Grispigni afirma que "la peligrosidad criminal es la capacidad de una persona para transformarse con probabilidad de autora de delitos. Desde un punto de vista psíquico, la peligrosidad es un modo de ser de un sujeto, es un atributo, una cualidad de la persona, y con más exactitud es la condición psíquica de una persona en cuanto probable como causa de delito"⁸⁶. Florián decía que genéricamente la peligrosidad criminal puede considerarse como el estado, la actitud, la inclinación de una persona a cometer delitos, con gran probabilidad, casi con certeza"⁸⁷.

La más generalizada conceptualización es la fórmula abreviada de Grispigni, que la define como "la capacidad de una persona de devenir autora de un delito"⁸⁸. Rocco era más fiscalista cuando decía que es "la potencia, aptitud, idoneidad, de la persona para ser causa de delitos". Liszt en algún momento digo que "es la naturaleza especial de un individuo, por la cual la amenaza o la ejecución de la pena ordinaria no le puede impedir la comisión de actos delictivos"⁸⁹.

β) La circunstancia de que aclaremos que se trata de una *calidad de la persona*, separa nítidamente la peligrosidad del autor del peligro que del delito se puede haber derivado para los bienes jurídicos, que es una cuestión que hace el injusto ("la extensión del daño y del peligro causados", del inc. 1º del art. 41). La aclaración de que esa calidad se pone de manifiesto mediante la *comisión previa de un delito*, importa excluir cualquier pretensión de abarcar en el concepto un "estado peligroso sin delito" o un "delito de estado peligroso"⁹⁰, que es una idea que no tiene lugar dogmático ni en nuestro código ni en nuestra Constitución. La calidad de peligrosa de la persona se hace reconocible, para nuestro derecho, únicamente mediante la comisión de un delito, lo que es de fundamental importancia en el concepto dogmático de peligrosidad de nuestro derecho.

La importancia del dogma según el cual la peligrosidad se infiere del delito cometido no sólo tiene como consecuencia excluir la

penal argentina, en "Rev. de la Fac. de D. y Cs. Sociales", Bs. As., 1927; DONNA, EDGARDO ALBERTO, *La peligrosidad en el derecho penal*, Bs. As., 1978; JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *El estado peligroso*, Madrid, 1922.

⁸⁶ GRISPIGNI, FILIPPO, *Derecho Penal Italiano*, trad. de Isidoro De Benedetti, Bs. As., 1949, p. 89.

⁸⁷ FLORIAN, EUGENIO, op. cit., I, 316.

⁸⁸ GRISPIGNI, *La pericolosità criminale il valore sintomatico del reato*, en SP, 1920, p. 97.

⁸⁹ LISZT, *Mitteilungen der Int.Krim.Verein.*, XVII, 1910, p. 447; otras definiciones en Ranieri, Silvio, *Manuale*, Padova, 1952, I, p. 506; BRUNO, ANÍBAL, *Direito Penal*, R. de Janeiro, 1967, II, 168; NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del diritto Penale*, Padova, 1975, p. 321.

“peligrosidad sin delito”, sino que cumple un papel decisivo en nuestra ley. La calidad de peligrosa de la persona debe constatarse mediante un “juicio”, que suele caracterizarse como “juicio fáctico”, por oposición al “juicio valorativo”, que es la culpabilidad. Si bien en cierto sentido no es incorrecta la afirmación, conviene puntualizar que, desde el punto de vista del legislador, que es quien da los criterios según los cuales se efectúan ambos juicios, ambos son valorativos, en tanto que para el juez, que formula los juicios de constatación ateniéndose a esos criterios, ambos son fácticos. *La diferente naturaleza de ambos juicios finca en que el de peligrosidad mira hacia el futuro, en tanto que el de culpabilidad va sobre el pasado*⁹¹.

E. Wolf calificó a la peligrosidad como valoración o afirmación “cognoscitiva”⁹² y le atribuyó a M. E. Mayer la opinión de que la misma considera un elemento normativo “porque necesariamente contiene un elemento valorativo”. Lo cierto es que M. E. Mayer parecía referirse a la “peligrosidad de un resultado”, que es cosa diferente⁹³. La discusión carecería de trascendencia. En el juicio de peligrosidad siempre tiene que haber una referencia normativa, porque la “probabilidad de devenir autor de un delito”, presupone un valor jurídico que fija el ámbito de lo delictivo.

Pero un juicio semejante, que pretenda mirar hacia el futuro para prever la conducta de otro hombre, es poco menos que un juicio omnipotente, puesto que implicaría captar en totalidad el ser, la persona del otro, es decir que debe tener la pretensión absurda de ser un juicio “total”, sobre otro ser humano⁹⁴. Esta faena imposible no se la puede imponer la ley al tribunal, como tampoco puede dejarle librado a su arbitrio los aspectos que, ante la imposibilidad de “totalidad”, debe tomar en cuenta el juez. La dignidad de la persona desaparecería ante la omnipotente pretensión de captación total y ante la apreciación libre. El límite a ese juicio proviene en definitiva, de la propia condición de la persona⁹⁵, que impone que se considere que el juicio por el que se establece la

⁹⁰ Sobre estos criterios, OUVIÑA, op. cit., p. 32; SOLER, op. cit., pp. 15 y 34.

⁹¹ Cfr. MAURACH, 58.

⁹² WOLF, ERIK, *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1928, 2-5; igual MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, 1928, p. 35.

⁹³ MAYER, MAX ERNST, 1915, p. 182, nota 1.

⁹⁴ SCHMIDHÄUSER, p. 603.

⁹⁵ *Ibidem*.

peligrosidad no sea otra cosa que un simple juicio de probabilidad⁹⁶, lo que deja completamente a salvo la autodeterminación.

No obstante, con la mera afirmación de que se trata de un juicio de probabilidad, hemos dicho muy poco, pues para la determinación de ese grado de probabilidad, igualmente tendremos que formular un "juicio total" —al decir de Schmidhäuser— sobre la persona del autor. Este juicio, al igual que el estudio de personalidad que nos indicará el catálogo de posibles conductos del autor, se hace conforme a las reglas técnicas de las disciplinas de la conducta, pero ¿hasta qué límite pueden aplicarse éstas sin afectar la dignidad de la persona? La circunstancia de que un individuo haya cometido un delito no puede dar ningún derecho a penetrar su intimidad más allá de lo estrictamente necesario y jurídicamente admisible. El art. 19 constitucional sigue vigente, aún cuando se trate del autor de un delito, respecto de las conductas que no son delitos.

Una opinión diferente es sostenida por Molinario y Fontán Balestra⁹⁷. "El delito es la condición en virtud de la cual el Estado puede investigar la personalidad integral del delincuente, la llave de paso que permite al Estado irrumpir en el sagrario de la personalidad humana. Mientras el individuo no ha delinquido, su yo íntimo le pertenece por entero y el Estado debe abstenerse ante él. La ley exige que se cometan ciertas acciones. La comisión de cualquiera de esas acciones punibles autorizará la apertura del juicio de peligrosidad, que puede ser perfectamente coetánea al proceso". Creemos que este criterio es inadmisibile. Los métodos para la determinación de la peligrosidad serán legales en tanto no contravengan el art. 19 de la CN. La perpetración de un delito no abre el derecho a penetrar ningún "sagrario", y mucho menos la mera sospecha o presunción de un delito. Si como pretenden estos autores, es la comisión de un delito lo que abre el derecho del Estado a penetrar la vida privada e íntima del autor, es inconcebible la afirmación final de que esto puede hacerse en el curso de un proceso, porque allí no se sabe aún si el sujeto es autor de un delito. La "semi-plena prueba" no autoriza para "violiar" ningún "sagrario".

El mismo código nos señala el criterio para solucionar este problema: no se trata de que el tribunal acuda a la pretensión de abarcar toda la personalidad del autor, sino que *es la probabilidad de futura conducta que se establece a través de lo evidenciado en las*

⁹⁶ MAURACH, 58.

⁹⁷ MOLINARIO, ALFREDO, cit., por FONTÁN BALESTRA, III, 199.

“*circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión*”, que son las que para la ley “*demuestran su mayor o menor peligrosidad*” (art. 41).

Esta es quizá la más importante peculiaridad del concepto de peligrosidad en nuestro código: debe tratarse de la peligrosidad evidenciada en el delito, conforme a sus circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión, sin que le sea dable al tribunal indagar libremente la peligrosidad, fundándose en otros criterios que nada tengan que ver con ellas, al menos para usar la peligrosidad como criterio correctivo agravante de la pena.

Cabe observar que, además de lo expuesto, este criterio está en consonancia con toda la legislación procesal del país, que no prevé forma procesal alguna para la determinación de la peligrosidad, siendo imposible hacerlo de otra forma que conforme a las circunstancias del hecho, desde que nuestros códigos —tanto los escrituristas como los oralistas— no prevén más que el proceso de conocimiento normal⁹⁸. Un proceso que permita indagar en la personalidad del procesado, dejando a salvo las garantías individuales, es decir, sin permitir que esas indagaciones puedan usarse para el conocimiento de los hechos, en forma consciente o inconsciente, por parte del tribunal, sólo puede ensayarse por la vía del proceso “bifásico”, “determinando la inserción del examen criminológico en la segunda fase del proceso”⁹⁹. El peligro de que los antecedentes del sujeto ejerzan influencia sobre la determinación misma de la verdad de los hechos en el proceso penal, no es un “invento” contemporáneo ni arbitrario. Prescindiendo de antecedentes extranjeros que no vienen al caso, basta recordar entre nosotros la segunda parte del art. 431 del proyecto de Florentino González y Victorino de la Plaza, que prohibía al fiscal aludir a los antecedentes del reo¹⁰⁰.

De la propia sintáxis del inc. 2º del art. 41 surge con claridad que la peligrosidad debe ser la puesta de manifiesto por las circunstancias del hecho. A renglón seguido, el código impone al tribunal que sentencia el conocimiento directo del procesado, lo que, a la vez que constituye una garantía mínima de intermediación —de

⁹⁸ NUVOLONE, PIETRO, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione*, en “Pene e misure di sicurezza. Modificabilità e i suoi limiti”, Milano, 1962, pp. 5 a 35; en igual sentido BLARDUNI, OSCAR C., *Acerca de por qué no es factible el estudio criminológico de las personas bajo proceso*, en “Rev. Arg. de Cs. Penales”, Bs. As., 1977, nº 6, pp. 61 y ss.

⁹⁹ PIZZOTTI MENDES, NELSON, *As novas concepções Individualizadoras das penas e as técnicas da individualização judicial da pena*, en “MP”, Min. Púb. do Estado de Paraná, 1973, II, pp. 43 y ss. (43).

¹⁰⁰ *Proyecto de Ley sobre el establecimiento del juicio por jurados y de Código de Procedimiento Criminal en las causas de que conoce la Justicia Nacional*, Bs. As., 1873, p. 382.

la que nos ocuparemos luego— es lo que le permite al tribunal valorar en forma directa si la peligrosidad puesta de manifiesto por las circunstancias del hecho permanece en el momento de la sentencia o si se ha alterado, puesto que si la peligrosidad es un juicio que mira hacia el futuro en sentido preventivo especial, no puede menos que ratificarse o rectificarse en el momento de sentenciar, puesto que no tendrá sentido determinar una pena en función de otro grado de peligrosidad que ya no existe.

Así, si un sujeto evidenció un elevado grado de peligrosidad en el hecho, pero al momento de sentenciar, transcurridos dos o tres años, presenta una enfermedad progresiva que le ha disminuido su capacidad física y psíquica en forma notoria, y con ellas la probabilidad de que cometa nuevos delitos, no podrá cuantificarse la pena por la peligrosidad al momento del hecho, sino al de la sentencia, en que su peligrosidad será menor. Por el contrario: si en ese tiempo se han agudizado los ribetes agresivos y negativos de su personalidad deberá computarse una mayor peligrosidad, puesto que para la pena lo que interesa en forma preventiva es la peligrosidad en el momento de aplicarla y dar comienzo a su ejecución. En este sentido, lleva razón Ranieri, cuando afirma que la peligrosidad no puede pertenecer al hecho ni a su momento, porque está entre el hecho cometido y otros hechos probables, lo que excluye que sea una circunstancia del hecho realizado, “del que no puede agravar ni atenuar la entidad”¹⁰¹.

No hay en el código una contradicción al imponer que la peligrosidad tomada en cuenta sea puesta de manifiesto por las circunstancias del hecho y, al mismo tiempo, que la misma deba valorarse al momento de la sentencia. Lo que sucede es que la ley requiere que se tomen en cuenta los caracteres de la persona que la hacen peligrosa y que ésta revela en el hecho —y no otros— pero en el estado en que se hallen en el momento de dictar la sentencia. Dicho de otra manera: es el estado de esos caracteres en el grado de intensidad en que se manifiesten en el momento de la sentencia y no de otros que no hayan sido puestos de manifiesto en las circunstancias del hecho.

γ) Por otra parte, del mismo concepto previo que hemos dado surge claramente que el mal cuya probabilidad se muestra aumentada por la calidad de la persona, tampoco puede ser otro que la comisión de un delito. Esta precisión también es de fundamental importancia, puesto que se ha pretendido escindir la peligrosidad

¹⁰¹ RANIERI, SILVIO, *Manuale*, Padova, 1952, I, p. 509.

en "social" y "criminal", bastando para la primera la realización de hechos "antisociales". La peligrosidad social es la propia de los "estados peligrosos sin delito", que para nada juegan en nuestro sistema.

El autoritario concepto de "peligrosidad social" se remonta a Ferri, quien afirmaba que "para la defensa preventiva hay una genérica *peligrosidad social*; para la defensa represiva hay una específica *peligrosidad criminal*. La peligrosidad social lleva consigo el *peligro de delito*; la peligrosidad criminal lleva consigo el *peligro de reincidencia*. Hay por ende, una valoración preventiva y una valoración represiva de la peligrosidad"¹⁰². Semejante confusión, que llevaba a este autor a hablar de una "peligrosidad represiva", es poco menos que increíble¹⁰³.

De la Rúa cree que la expresión "peligro para la sociedad", de la última parte del art. 53, es una referencia a la peligrosidad social"¹⁰⁴, lo que implicaría que nuestro código maneja ambos conceptos. Cabe advertir que Ferri reservaba para la peligrosidad "social" las "medidas de policía", en tanto aplicaba a la peligrosidad "criminal" las "medidas de seguridad". No puede admitirse, pues, que se trate del sentido en que lo usaba Ferri, pues la continuación de la reclusión accesoria no puede ser considerada "una misura di polizia". Por otra parte, en el sentido de Ferri, la peligrosidad "social" es "predelictual", lo que no sucede en nuestro Código. Por último, estamos de acuerdo con Soler en que "no es aceptable una diferenciación de la peligrosidad en peligrosidad social y peligrosidad criminal. Tanto una como otra forma envuelven un juicio sobre la posibilidad de delincuencia futura pudiéndose sólo afirmar que en algunos casos esa posibilidad aparecerá con mayores probabilidades de certeza; es una cuestión de grado y cantidad; no de cualidad"¹⁰⁵.

El requerimiento de que la calidad de "peligroso" de un autor presuponga la comisión de un delito y el peligro verse acerca de la comisión futura de otro delito, pone bien a las claras que no puede ser peligroso en el sentido del art. 41 un incapaz psíquico de delito, puesto que no ha cometido ningún delito. Esta impresión la confirma el párrafo 2º del inc. 1º del art. 34, puesto que basta para que se aplique la medida con que haya peligro de que el sujeto se dañe a sí mismo. Obviamente, la peligrosidad del art. 41 no pue-

¹⁰² FERRI, *Principii*, 1928, p. 295.

¹⁰³ La "peligrosidad criminal", parecería ser un caso particular de "peligrosidad social" (sobre ello, FLORIAN, EUGENIO, op. cit., p. 316; AMUNARRIZ-MUÑOZ-CUESTA-LORENZO-RESUSTA, *La peligrosidad y los jóvenes*, en "Eguzki-lore", Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº 1, 1976, pp. 17 y ss. (32).

¹⁰⁴ DE LA RÚA, 711-2.

¹⁰⁵ SOLER, op. cit., 1929, p. 115.

de estar referida a las autolesiones. De allí se desprende que el concepto de peligrosidad que emplea el inc. 1º del art. 34 es el sentido usual o vulgar de la expresión, pero no es el sentido técnico con que la misma aparece usada en el art. 41, en el art. 44, en el art. 52 y en el art. 53¹⁰⁶. Por ende, *al construir dogmáticamente el concepto de peligrosidad como correctivo de la determinación penal —que es el concepto en cuya búsqueda andamos— hay que excluir al art. 34 inc. 1º de la base analítica.*

δ) De esta forma, hemos ido desbrozando el camino y hemos llegado a una idea más aproximada de la peligrosidad como correctivo de la determinación penal. Con mayor precisión que en una primera aproximación, podemos afirmar que es la calidad que presenta el autor de un delito, según la cual se revela como probable futuro autor de otro delito, y que es puesta de manifiesto en las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión de éste y valorada en el momento de imponer la pena.

Pese a todo hay dos cuestiones que no quedan en claro: la calidad de peligroso la presenta el autor, pero lo que nuestro código impone en el art. 41 es la valoración, es decir el juicio mismo de peligrosidad. Ello implica que *nuestra ley parte de la presunción de que todo autor de delito, en mayor o menor grado, resulta peligroso.* El art. 41 es claro: habla de las circunstancias que demuestren su *mayor o menor peligrosidad.* Por consiguiente, no hay en nuestro derecho ninguna posibilidad de considerar la existencia de *autores no peligrosos*, sino únicamente, de *autores de menor peligrosidad.* No puede afirmarse en nuestro código que se aplican penas aunque no haya peligrosidad, puesto que siempre habrá un grado, mayor o menor, de peligrosidad, que surgirá de la circunstancia misma de la comisión del hecho.

Confirma este criterio la circunstancia de que la causa personal de exclusión de la penalidad que opera en el último párrafo del art. 44, tiene lugar “según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”; en el art. 52, la pena podrá quedar en suspenso “en los casos de menor peligrosidad en el condenado”; el art. 53 habla del condenado “que verosíblemente no constituirá un peligro para la sociedad”, pero se está refiriendo, precisamente, al que ya ha sido objeto de la pena. En todos estos casos, es decir, en todas las referencias del código a la peligrosidad, en ningún momento se ad-

¹⁰⁶ Cfr. SOLER, II, 427.

mite la posibilidad de delito sin peligrosidad del autor, sino únicamente la de delito con una *menor o escasa* peligrosidad del autor.

Conforme a esto, podemos afirmar que peligrosidad es la calidad de *todo autor de delito* y no únicamente la de algunos autores de delitos.

Sin embargo, con esto aún no hemos agotado los principales problemas, puesto que no puede considerarse a la peligrosidad como la probabilidad de convertirse en autor de *cualquier delito*. Sería absurdo que en un caso de rebelión, se computase, a los efectos de la determinación penal, la inclinación del sujeto a cometer estupro. En el plano fáctico hay una limitación que, por lo general, impide esta consecuencia descabellada: puesto que se requiere que la peligrosidad de muestre con las circunstancias del delito, es poco probable que las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión de una rebelión, revelen la proclividad del autor de la rebelión para cometer estupro, pero, no obstante, es aún posible. Si así fuere, esta probabilidad no podrá tomarse en cuenta, porque debe tratarse de posibles delitos futuros que se hallen en cierta relación vinculatoria con el delito cometido.

Esta relación finca en un *cierto requerimiento de especificidad*, que a nuestro entender puede darse de la siguiente manera: *a)* porque el probable delito futuro sea abarcado por el mismo tipo del primero, o por tipos calificados del mismo; *β)* porque el probable delito futuro afecte el mismo bien jurídico; o *γ)* porque el probable delito futuro sea un delito para cuya comisión, general o necesariamente, deba cometerse el ya realizado. Creemos que la mayor o menor probabilidad de cometer futuros delitos que no se hallen en alguna de estas relaciones con el ya cometido, no puede computarse a los efectos del art. 41 del código penal.

De esta manera, hemos ensayado la construcción del concepto dogmático de la peligrosidad en nuestro código, entendida como correctivo de la determinación penal. Recapitulando, podemos decir que es la *calidad que presenta todo autor de delito, demostrada por las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del mismo y valorada en el momento de imponer la pena, que expresa el mayor o menor grado de probabilidad de que cometa otro delito que guarde cierta relación de especificidad con el cometido*.

635. La función correctiva de la peligrosidad. Se dice con razón, que no resulta claro cómo puede relacionarse la peligrosidad

con la culpabilidad en la cuantificación de la pena¹⁰⁷, lo que resulta cierto dentro de las tentativas que se han hecho al elaborar una *teoría del derecho de cuantificación penal*, puesto que no se demuestra de qué manera la reprochabilidad puede influir en la medida de la prevención especial resocializadora.

Hemos adelantado nuestra opinión de que la peligrosidad cumple una función correctiva, pero en ningún momento aclaramos en qué consiste y cómo opera la misma, de manera que es a esta altura de nuestra exposición, cuando ya hemos precisado la idea que se puede obtener dogmáticamente de la peligrosidad en nuestra ley, cuando llega la hora de explicitarlo.

a) Debemos partir de algo que ya ha quedado suficientemente demostrado: el *quantum* del delito es un juicio sobre lo que pasó, en tanto que el de la peligrosidad es acerca de lo que pasará; uno versa sobre el pasado y el otro sobre el futuro. Eso obliga a considerarlos como juicios separados, que no admiten ningún tipo de superposiciones. Ambos juicios sirven a un objetivo de prevención especial, pero son distintos, así como son distintos los juicios que formulamos sobre la temperatura y el peso de un objeto metálico, aunque ambos sirvan para saber si lo podremos transportar. Es incuestionable que todo juicio sobre el pasado tiende a proyectarse hacia el futuro —lo que se ve claramente en la historia— pero eso no implica que deban confundirse ambos juicios¹⁰⁸.

Una confusión entre la dirección de ambos juicios fue la pretendida por Grünhut, para quien la culpabilidad le reprochaba al autor su peligrosidad¹⁰⁹. Se trata de una idea que se distingue de la culpabilidad de autor justamente porque requiere reunir dos juicios sobre tiempos distintos en un único juicio. Es en definitiva el desacreditado concepto "material" de culpabilidad, que hoy es rechazado por la generalidad de los autores¹¹⁰.

¹⁰⁷ BACIGALUPO, ENRIQUE, *El derecho penal de culpabilidad en el proyecto de código penal (parte general) de 1974*, en NPP, 1976, pp. 181 y ss.

¹⁰⁸ Aitrandando argumentos en favor de la tesis unitaria del delito, los confunde apelando a la fenomenología, AFTALIÓN, ENRIQUE R., *La teoría de la peligrosidad. Memoria y balance*, en "Anales de la Soc. Arg. de Criminología", T. XI, 1945-1946.

¹⁰⁹ GRÜNHUT, *Gefährlichkeit als Schuldmoment*, en "Aschaffenburgs Zeitschrift", 1926, p. 87 ("Monatsschrift für kriminalpsychologie und Strafrechtsreform").

¹¹⁰ La tesis aparece aisladamente defendida, RUIZ FUNES, MARIANO, *La Peligrosidad*, cit., p. 83; BAIGÚN, DAVID, op. cit., p. 45; RIVACOBIA y RIVACOBIA, MANUEL DE, *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, Valparaíso, 1969,

Con toda precisión dice Baumann que la concepción de Grünhut situaba “al derecho penal cerca de la prevención policial del crimen”, y agrega —también con acierto— que ni siquiera el derecho penal de autor y la culpabilidad de autor llegaron tan lejos como esta teoría, pues pretenden ver en el “ser así” del autor una relación de culpabilidad al hecho, pero no “una simple característica del autor”¹¹¹.

Toda confusión de culpabilidad con peligrosidad es una renuncia al derecho penal de acto y a todos los conceptos tradicionales del derecho penal, que reduce al delito a un síntoma de peligrosidad y al hombre a una herramienta descompuesta. Cabe recordar aquí a Merkel: “Del derecho penal acomodado a esta concepción, habría, pues, que proscribir la idea de pena, y la idea de delito perdería su importancia a los ojos del mismo. Consecuentemente con esto, el contenido propio del derecho penal vendría a desaparecer, para dejar el sitio a un derecho administrativo de carácter esencialmente policíaco”¹¹².

β) La teoría del delito no se conecta con la teoría de la pena únicamente por ser su precedente lógico, puesto que el delito no cumple la única tarea de indicar los casos en que corresponde la prevención especial, sino que el binomio “delito-pena” es inescindible por razones *materiales*, puesto que *es el delito el que genera la necesidad de prevención*. De no ser así, la prevención sería una pujanza insensata del Estado contenida por la teoría del delito, que operaría como un muro agujereado, a través del cual se filtraría la misma, proyectada con fuerza propia. Siguiendo el simil, la teoría del delito se limitaría a ser la “teoría de los agujeros”. Esta es la tesis que lleva a sostener que el derecho penal se halla enfrentado con la política criminal, como lo creía Liszt.

Por nuestra parte, creemos que el derecho penal no presenta ninguna fisura —ni formal ni material— de tal entidad, sino que su sistema consiste en una estructura circular, que le obliga a mirar el delito pasado para prevenir el delito futuro, en un movimiento pendular que se detiene en la correcta cuantificación penal.

El delito (lo pasado) lesiona objetivamente a la seguridad jurídica —porque afecta bienes jurídicos— y también subjetivamente, porque lo que puede pasar —lo futuro— provoca alarma social.

pp. 126-7; DOTTI, RENÉ ARIEL, *O problema da incriminação do comportamento perigoso*, en “MP”, Min. Púb. do Estado do Paraná, 1974, 4, pp. 62 y ss.; expresamente se manifiesta en contra de esta tesis LUIZ DORIA FURQUIM, *Erro de direito penal excusavel*, en “Justitia”, Min. Púb. de S. Paulo, 1976 (95), p. 83.

¹¹¹ BAUMANN, 108.

¹¹² MERKEL, *Derecho Penal*, trad. de Pedro Dorado, Madrid, s.f., p. 43.

Para suprimir la alarma social, el derecho penal debe prevenir lo que puede pasar —lo futuro—, y para ello debe afectar bienes jurídicos del autor de la lesión objetiva a la seguridad jurídica (pasada), pero cualquier lesión no tolerada por el sentimiento de seguridad jurídica provoca alarma social, por lo que debe cuidar que la afectación que infiera sea la tolerada y requerida por el sentimiento de seguridad jurídica. El criterio para dar con esta medida lo busca el derecho penal en una proporción entre la cuantía del delito (pasado) y de la pena que impone, lo que le obliga a volver la vista hacia el pasado para saber hasta dónde debe prevenir. De cualquier manera, resulta sabido que una exacta proporción de la cuantía del delito (injusto y culpabilidad) y la cuantía de la pena no garantiza una prevención adécuada, sino que puede dar lugar a una prevención insuficiente o excesiva, por lo que esa exacta proporción no acalla la alarma social del delito. De allí que el sentimiento de seguridad jurídica requiera y tolere un cierto margen de desequilibrio entre delito y pena, y también a ello obedece que para averiguar cuál es el grado de desequilibrio a que corresponde hacer lugar, el derecho penal vuelva nuevamente la vista hacia el delito (*pasado*) y, conforme a sus circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, formule un juicio acerca de la conducta (*futura*) del autor, calculando la cantidad de bienes jurídicos que el mismo puede llegar a afectar (*futuro*) y que se hallan en cierta relación específica con los que ya afectó (*pasado*).

Pero este juicio acerca de la conducta del autor (*futura*) lo hace el derecho penal sobre la base de las leyes de los grandes números, puesto que no hay otro modo de formularlo. En consecuencia, siempre es un juicio de probabilidad, incapaz de dar ninguna certeza acerca del futuro en el caso concreto. De allí que el mismo sentimiento de seguridad jurídica que le demanda que atienda a él, le impida que arroje por la borda la anterior proporción entre el delito y la pena, permitiéndole únicamente que, cuando resulte insuficiente la prevención que de ella se desprende —conforme a la experiencia general recogida en las leyes de los grandes números— la quiebra en medida *limitada* en beneficio de la pena, e inversamente cuando parezca excesiva.

La pérdida de toda relación con el delito, es decir, la única mira puesta en el futuro, es lo que postula Haag para las “medidas” privativas de libertad que, como hemos visto, son penas que pretenden determi-

narse únicamente por la peligrosidad. La proporción que postula este autor es entre los bienes jurídicos de que se priva el autor y los bienes jurídicos que aparecen amenazados por éste en el futuro¹¹³. Una cuantificación semejante, entre otras críticas que se desprenden de todo lo que hemos dicho, choca con la seria objeción de pasar por alto el grado de proximidad del peligro.

γ) Conforme lo hemos planteado, sostener que la peligrosidad es un correctivo en la cuantificación penal no puede confundirse con la tesis de que es un criterio más. Si fuese un criterio más —un tercer criterio— la mayor peligrosidad siempre aumentaría la pena y la menor peligrosidad siempre disminuiría la pena y, en definitiva, prácticamente la peligrosidad quedaría como criterio único, atemperado por nebulosas razones de equidad.

A diferencia de la tesis de que la peligrosidad es un tercer criterio, la nuestra, que la señala como simple correctivo, implica que el juez debe comprobar si la pena determinada conforme a la magnitud del delito es suficiente, exígua o excesiva, para los fines resocializadores de la pena, teniendo en cuenta las enseñanzas que se desprenden de las leyes de los grandes números.

Así, puede suceder que la pena para un homicidio, dada la reducción considerable del ámbito de autodeterminación del autor (oligofrénico, vida institucional, límite de miseria, explotación laboral, etc.), corresponda a ocho años, aconteciendo también que presente un elevado grado de peligrosidad, en virtud de la impulsividad y escaso control evidenciado en las circunstancias del hecho. Si la peligrosidad fuese un tercer criterio, se impondría ineludiblemente elevar la pena. Considerándola sólo un correctivo, corresponde que el juez se pregunte si ocho años son suficientes para una resocialización que la neutralice, correspondiendo en caso afirmativo mantener la pena en su mínimo.

Por otra parte, el carácter de correctivo obliga al juez a que parta de la proporción con el delito. Si a un hurto, conforme a la magnitud del delito, le corresponde una pena de tres a cuatro meses, el juez, en caso de establecer un grado de peligrosidad alto, podrá elevarla hasta un cierto punto, pero jamás podrá llegar al máximo de tres años, puesto que ello equivaldría a su consideración como criterio único.

¹¹³ HAAG, KARL, *Rationale Strafzumessung, Ein entscheidungstheoretisches Modell der strafrechtlichen Entscheidung*, Köln, 1970, p. 38.

La consideración de la peligrosidad como correctivo implica la consideración de la misma no en sí misma —que sería un tercer criterio—, sino su consideración *como índice de la necesidad de prevención especial* en el caso concreto. Si la considerase en sí misma —como tercer criterio determinante— tendría el efecto de devorarse a los dos restantes, puesto que resulta prácticamente imposible compatibilizarla con ellos.

Considerada como correctivo se sienta la regla de que el mismo puede operar, en el caso en que resulte necesario que ejerza esa influencia sobre la pena, siempre a partir de la pena que resulte en proporción al delito. En qué medida puede el juez apartarse de esa proporción, es algo que obviamente no puede cuantificarse en forma matemática, debiendo ser materia de una apreciación prudente. La pretensión de los sistemas legislativos que quieren excluir cualquier consideración preventivo-especial de la cuantificación penal y hacerla únicamente en base al delito, agregando “medidas” cuantificadas únicamente por la peligrosidad, no son más que la pretensión de establecer estos montos en forma matemática. En nuestro derecho positivo, se trata de una corrección que es susceptible de realizarse sobre la pena cuantificada en forma proporcional al delito (al injusto y a la culpabilidad) y el desequilibrio que determina siempre será dentro de los límites que indiquen la prudencia y la racionalidad. No obstante, cabe reconocer que se hace necesario algún criterio dogmático tentativo que sirva como orientación general a efectos de que la peligrosidad no se convierta —so pretexto de “correctivo”— en criterio único y excluyente.

Hay un único caso en el código penal en que un grado de peligrosidad menor puede dar por resultado una eliminación de la pena, a título de causa personal de exclusión de la misma, que es la tentativa inidónea del art. 44. Creemos que hay allí un indicador legislativo cierto de los márgenes correctos en los que puede operar la peligrosidad. Si en ese supuesto particular la menor peligrosidad tiene una amplitud que equivale al mínimo, cabe pensar que la mayor peligrosidad también tiene una amplitud análoga, por lo cual, como principio orientador general, cabe pensar que la peligrosidad en ningún momento puede tener otro efecto que corregir la cuantía de la pena establecida conforme a la cuantía del delito (grados del injusto y de la culpabilidad) en una medida menor que la correspondiente al mínimo de la pena conminada para el delito.

Sin embargo, aún este límite máximo puede ser irracional, puesto que hay mínimos que no están legislativamente previstos con prudencia por el legislador, en consideración a una mal entendida prevención general, como es el caso del robo a mano armada, en el cual, sin establecer distinción alguna, prevé un mínimo de cinco años para cualquier hecho de esa naturaleza. En estos supuestos, obviamente, la función correctiva de la peligrosidad debe reducirse. En general, atendiendo pues a este fenómeno de mínimos irracionales, puede decirse que por norma la peligrosidad puede cumplir una prudente función correctiva en una cuantía que no exceda de la mitad del mínimo de la pena conminada, aunque en casos excepcionales —y siempre que el mínimo sea racional— puede llegar al equivalente del mismo. Por supuesto que estas reglas son siempre orientadoras y jamás podrán entenderse en un sentido estrictamente matemático e inexorable, al menos un cuanto a su corrección atenuante, en que no corren riesgos las garantías constitucionales de las penas.

V. — REGLAS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN PENAL

636. La determinación penal y el principio de intrascendencia o de personalidad de la pena. En la determinación de la pena debe tomarse particularmente en cuenta el principio de la intrascendencia o de personalidad de las penas que, en este orden, frecuentemente se convierte en un contrapeso para la agravación de la misma. El tribunal no puede dejar de pensar en la finalidad resocializadora de la pena y tampoco en las consecuencias negativas que la misma suele tener para quienes componen el grupo familiar del penado y, particularmente, para quienes dependen económicamente del mismo. “La miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio necesario *y el de los suyos*”, señalados como criterios que aluden claramente a la culpabilidad en el art. 41, no dejan de ser también una limitación que se impone al tribunal en función del principio de intrascendencia.

La necesidad de resocialización del penado y la personalidad de la pena, deben balancearse armónicamente y el tribunal debe pesarlas en la determinación de las penas. La seguridad jurídica reclama la privación de bienes con el fin de resocializar al autor,

pero también reclama que no se lesione a los inocentes y, particularmente, a quienes carecen de medios o posibilidades de subsistencia.

Esta no es una cuestión que deba tenerse en cuenta únicamente en la multa, sino también en las penas privativas de libertad. En una cierta medida será inevitable que la pena trascienda la persona del penado, pero se trata de un fenómeno que debe evitarse en todo cuanto sea posible, porque también es generador de alarma social, particularmente en los casos en que la trascendencia puede traducirse en consecuencias irreparables, como cuando produce el abandono o institucionalización de niños, ancianos, etc. En nuestro sistema, la multa, por lo general, no puede llegar a sumas excesivas, pero cuando se trata de algunas multas previstas en la legislación penal económica —o si se implantase el sistema del día-multa— debe tenerse en cuenta que el fin resocializador motivante o de “shock” que tiene la multa penal, no puede llevarse al extremo que le provoque un quebranto innecesario al sujeto, trascendiendo a terceros al suprimir una fuente de trabajo.

Dicho sintéticamente: *la pena no puede cumplir una función socialmente nociva, sino que debe resultar socialmente positiva*. Cuando la pena trasciende en forma más gravosa que la usual e inevitable, o especialmente gravosa en razón de las particulares circunstancias del caso, el tribunal deberá actuar tratando de neutralizar esos efectos secundarios no deseados.

637. **La cuestión de la doble valoración.** La fracción III del § 46 del StGB dice que “no deben ser tomadas en cuenta las circunstancias que son ya características del tipo legal”. Bockelmann expresa que “su significado para la cuantificación de la pena ya lo ha tenido en cuenta el legislador al fijar el ámbito de pena”¹¹⁴. Este principio se conoce en doctrina como “prohibición de la doble valoración de hechos de cuantificación de pena” y responde al fundamento de que a nadie puede desvalorársele doblemente la misma circunstancia¹¹⁵, lo que se desprendería de una forma de garantía material del *non bis in idem*. Creemos que el mismo tiene plena vigencia también en nuestro derecho positivo, aunque no se halle ninguna disposición especialmente consignada en la ley penal. De

¹¹⁴ BOCKELMANN, 223; BRUNS, HANS-JÜRGEN, *Strafzumessungsrecht, Allg. Teil*, Köln, 1967, p. 55.

¹¹⁵ Cfr. SCHMIDHÄUSER, 558; Maurach, 845.

cualquier modo entendemos que se trata de una cuestión lógica, que hace a la coherencia interna de la sentencia, cuya violación abriría la posibilidad de remedios procesales.

No obstante, estimamos que debe tenerse en cuenta una advertencia importante y que muestra como demasiado estricta la norma alemana, resultando aconsejable no seguir el ejemplo legislativo que puede dar lugar a confusiones, siendo preferible que la cuestión quede librada a la necesaria coherencia lógica de la fundamentación de la sentencia. Hemos visto —y los autores alemanes sostienen— que injusto y culpabilidad son conceptos que admiten grados ¹¹⁶. Siendo ello así, puede suceder que haya en el tipo circunstancias que el legislador tome en cuenta para determinar una escala mayor de pena porque indiquen un injusto mayor, sin que esa circunstancia admita a su vez una particularización indicadora de mayor o menor gravedad del injusto, como sucede, por ej. cuando la ley toma en cuenta la calidad de padre, de hijo, de jefe del registro, etc. Allí el principio opera sin ningún inconveniente. Pero puede acontecer —y en buen número de casos acontece— que la circunstancia tomada en cuenta por el tipo admite una particularización cuantificadora dentro de la misma escala agravada o atenuada, como cuando se refiere a la calidad de funcionario público: no es lo mismo que el autor sea un juez o el jefe de policía, o que sea el agente de facción o un recolector de residuos, por mucho que todos sean funcionarios públicos. En este segundo caso no se está haciendo una doble valoración, sino que se responde al “principio de división de la tarea de cuantificación penal” ¹¹⁷ entre el legislador y el juez, por el cual la ley abre una escala mayor o menor por la circunstancia genérica de ser el autor funcionario público, y el tribunal particulariza dentro de esa escala en atención al especial carácter de la función pública del autor. La prohibición, como es lógico, tiene vigencia sólo para el primer supuesto, pero no para la particularización, en que no afecta ninguna regla lógica porque no se trata de una nueva desvaloración, sino de una particularización del grado de desvalor de una única desvaloración ¹¹⁸.

638. El mínimo de intermediación. El último párrafo del art. 41 establece que “el juez deberá tomar conocimiento directo y

¹¹⁶ Cfr. por ej. BAUMANN, 644.

¹¹⁷ BAUMANN, 643.

¹¹⁸ Cfr. HORN, en Rudolphí, p. 312.

de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

Esta disposición proviene del proyecto 1917, cuya Exposición de Motivos decía al respecto: “La Comisión, teniendo en cuenta que entre nosotros es frecuente la delegación de funciones, lo que da lugar a que se condene a penas graves a un sujeto sin que el juez de instrucción o de sentencia haya tenido la oportunidad de verlo, porque deja obrar a la policía, al secretario y a los empleados inferiores, ha creído oportuno exigir la acción directa y personal del magistrado”. Concluía afirmando que “no habrá así penados que ignoren al juez que los juzgó”¹¹⁹. Como antecedentes legales de esta disposición cabe mencionar el art. 70 del Código de Procedimientos de la Provincia de San Luis, de 1906 —aún vigente— y el art. 7° del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, de 1915, también vigente, ambos proyectados por Tomás Jofré. Esas disposiciones le habían sido sugeridas a Jofré por Rodolfo Rivarola, en una carta que Jofré transcribe siempre que las comenta¹²⁰, como también cuando comentó el art. 41¹²¹ y que decía: “No olvide la presencia del reo ante el juez cuando está terminada la discusión de la causa. Muchas consecuencias graves y muchos errores irreparables se producen porque nadie ve al reo, si no es el comisario que lo prendió o el secretario que le recibe la ratificación de la indagatoria, y a veces, los jueces de primera instancia. No siempre el defensor, nunca el fiscal, que acusa sin saber a quién. Jamás los tribunales superiores que le condenan definitivamente aún a muerte”.

La disposición que comentamos, de naturaleza procesal, cumple, sin embargo, también una función “de fondo”, que es la de obligar al juez a valorar la peligrosidad del autor tal como la reconoce al momento de sentenciar, sin que dicha misión pueda delegarla. Dada esta función de reconocimiento y actualización del juicio sobre la peligrosidad, el requisito demanda la identidad física de los jueces que toman conocimiento directo con los que dictan la sentencia.

Además de esta garantía básica, este requisito cumple también una función procesal importantísima, que es la que le permite al procesado tener la última palabra ante el tribunal y en contacto inmediato con el juez. Equivale a la última pregunta que en el ple-

¹¹⁹ Proyecto, 1917, p. 83.

¹²⁰ JOFRÉ, TOMÁS, *Notas al código de procedimiento en materia penal*, en “Gaceta de los Tribunales de San Luis”, 1973, n° 2, p. 21; del mismo, *El nuevo código de procedimiento penal de la Provincia de Buenos Aires*, Bs. As., 1915, I, p. 20; JOFRÉ, TOMÁS, *Antecedentes de un Código redactado por el Dr. . . .*, Bs. As., 1908, p. 150.

¹²¹ JOFRÉ, TOMÁS, *El código penal de 1922*, Bs. As., 1922, p. 105.

nario oral se formula al procesado, para que responda si tiene algo más que agregar, antes que el tribunal pase a deliberar para dictar veredicto o sentencia. Esta disposición salva el principio de igualdad ante la ley, que quedaría notoriamente lesionado si quienes están sometidos a plenario escrito no gozan de la misma garantía que los procesados sujetos a plenario oral, al menos en cuanto al derecho de ser escuchados en forma directa por el tribunal y en cuanto a la jurisdiccionalidad e inmediatez de los datos recogidos para los efectos del correctivo penal¹²². El art. 16 constitucional salva la legalidad de esta disposición, pese a su carácter procesal, aunque tampoco deja de ser cierto que se halla en una relación esencial con el correctivo de la peligrosidad¹²³. De cualquier manera, dado lo elemental del requisito, quizá tampoco pudiera ser considerado inconstitucional, aún con prescindencia de estos argumentos, puesto que, en rigor, lo inconstitucional sería el proceso en que el juez no viese al procesado.

La garantía del último párrafo del inc. 2º del art. 41, puede afirmarse, pues, que cumple una doble función, garantizando un *mínimo elemental de inmediatez*, cualquiera sea la legislación y el sistema procesal, y la *jurisdiccionalidad real de la determinación penal*.

La obligación del tribunal consiste en tomar conocimiento directo y de visu del procesado y de las circunstancias, en tanto que respecto del resto es cuestión que queda librada al tribunal en cada caso¹²⁴. El incumplimiento de esta obligación apareja la *nulidad de la sentencia*, cualquiera fuere la instancia ordinaria que la hubiese dictado¹²⁵, siendo inexplicable el vicio consistente en omitir su cumplimiento en los tribunales de apelación. La oportunidad para la realización de la audiencia en caso de procedimiento escrito es la última ocasión antes de dictar la sentencia, es decir, *el último acto antes de la sentencia*¹²⁶. Esta solución se impone porque no tiene sentido que el mínimo de inmediatez tenga lugar cuando aún

¹²² Cfr. CRUGNALE, CARLOS, *El art. 41 última parte del código penal y la sentencia penal*, en "Rev. Arg. de Cs. Penales", 1977, 6, pp. 53 y ss.

¹²³ Cfr. NÚÑEZ, II, 466; DE LA RÚA, 553.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Sin embargo, v. la jurisprudencia contradictoria citada por CRUGNALE, CARLOS, *op. cit.*, p. 56.

¹²⁶ Cfr. CRUGNALE, CARLOS, *op. et loc. cit.*

no se ha producido ni agotado la prueba y los alegatos, en que aún el tribunal no tiene una clara idea del proceso, y tampoco se justifica que el tribunal emita sentencia determinando la pena en base a datos no actualizados. De allí que no pueda argumentarse que basta con el conocimiento que el juez tuvo del procesado en la causa, cuando sabemos que frecuentemente no tuvo ninguno, como bien lo señala la Exposición de Motivos del proyecto de 1917.

Este dispositivo garantizador de la inmediatez mínima y de la jurisdiccionalidad de la determinación penal es de una importancia fundamental en nuestro código, porque implica la mínima exigencia procesal de dar oportunidad de defensa directa al procesado, lo que evita frecuentes errores judiciales (cuestión que debe tenerse en cuenta en razón de que nuestro sistema no prevé ninguna reparación por ellos), como también porque constituye el embrión de una etapa procesal de determinación penal, que la ley pone directamente a cargo del tribunal. Su minimización práctica es un vicio que debe ser corregido severamente, porque desvirtúa uno de los más progresistas instrumentos creados por el legislador de 1921.

El desprecio por esta disposición no sólo se ha puesto en evidencia por un sector de la jurisprudencia y de la práctica tribunalcia, sino incluso por el mismo legislador. En la Capital Federal —donde generalmente las cosas suelen hacerse peor que en el resto del país— se reformó el art. 494 del Código Procesal, imponiéndole un plazo al juez de primera instancia para que dicte sentencia (Decreto Ley 2021/63, ratificado por Ley 16.478), sin mencionar para nada la audiencia que impone el art. 41, es decir, contando el término desde el llamamiento de autos para sentencia o desde la presentación del memorial, sin tomar en cuenta si esta audiencia se había realizado o no¹²⁷.

VI. — LAS ESCALAS PENALES ALTERADAS POR LA MAGNITUD DEL INJUSTO (EN RAZÓN DEL GRADO DE LESIÓN OBJETIVA A LA SEGURIDAD JURÍDICA)

639. **El artículo 35 del Código Penal.** La más importante escala reducida por el menor injusto que hay en nuestro código, es la del art. 35, que por acudir a la pena del delito culposo puede incluso dejar impune la conducta, como acontece en el caso de no haber tipicidad culposa. Por habernos ocupado *in extenso* del pre-

¹²⁷ Sobre ello, en acertado sentido, CRUGNALE, CARLOS, op. cit., p. 57.

supuesto de esta reducción y no presentar problemas particulares en cuantificación, nos remitimos a lo dicho ¹²⁸.

640. **Las escalas penales de la tentativa.** El art. 44 del código penal establece que, en caso de tentativa, "la pena que correspondería al agente, si hubiese consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad", lo que ha dado lugar a una pluralidad de interpretaciones diversas.

En nuestro concepto, en caso de pena divisible, a la tentativa le corresponde una escala reducida, compuesta de un mínimo equivalente a los dos tercios del que corresponde al delito consumado y, como máximo, la mitad del máximo a éste correspondiente. Así, para el homicidio (art. 79) sería desde cinco años y cuatro meses —dos tercios de ocho años— hasta doce años y seis meses —la mitad de veinticinco años—, entre los cuales el tribunal determina la pena conforme a los criterios del art. 41.

El primer antecedente legislativo argentino es el inciso 3° del art. 20 del Código de Tejedor, que decía: "En los demás casos de penas privativas de libertad por cierto tiempo, el mínimo de la pena señalada contra el crimen consumado, se disminuirá en la cuarta parte o la mitad, sin que pueda nunca pasar de este límite". Reproduce sin mayores alternativas el código de Baviera (art. 60, III), El inc. 2° del art. 12 del código de 1886 disponía: "En los demás casos, la pena que corresponda al delito consumado se disminuirá desde la cuarta parte a la mitad". Aquí fue, como puede observarse, donde se introdujo la confusión que aún reina, la que se agravaba por un párrafo final que hacía alusión a "grados de pena".

El art. 68 del proyecto de 1891 dispuso que "la pena que correspondería al agente si hubiese consumado el delito se disminuirá en un tercio". El art. 31 del proyecto de Segovia decía que "la pena que correspondería al autor de la tentativa si hubiese consumado el delito se disminuirá desde la tercera parte a la mitad, según ella fuese más o menos próxima". El proyecto de 1906 repetía el de 1891; el proyecto de 1917 tenía la redacción actual, sin dar explicaciones. La modificación que proponía el proyecto de 1891 fue sancionada en 1903, estableciendo el art. 3° de la ley 4189 que "la pena que correspondería al agente si hubiese consumado el delito, se disminuirá en un tercio".

a) En realidad, todos los antecedentes parecen indicar que lo que se quiso hacer fue establecer un sistema según el cual el tribunal debería determinar la pena como si el delito estuviese consumado y luego, hacer una rebaja, que en el código de 1886 era de la cuarta parte a la mitad, según el grado de proximidad a la consumación ¹²⁹, o de la tercera parte

¹²⁸ V. *supra*.

¹²⁹ Tal era la interpretación de RIVAROLA al código de 1886 (*Exposición y crítica*, I, p. 65).

a la mitad en el proyecto Segovia —que expresamente hacía referencia a la proximidad—, y de una tercera parte, renunciando a toda deferencia al grado de proximidad, en el proyecto de 1891, en la reforma de 1903 y en el proyecto de 1906. El proyecto de 1917 quiso volver a dar elasticidad para apreciar el grado de proximidad, y así parece entenderlo Moreno¹³⁰, quedando fuera de duda que creía que había que fijar la pena en abstracto colocándose en la hipótesis mental del delito consumado. La interpretación de Rivarola, Segovia y muy probablemente Moreno, vendría avalada por la circunstancia de que la ley renuncia a distinguir la pena para la tentativa próxima y remota —que hacía Tejedor—, dejando la apreciación del grado de aproximación al tribunal. Ésta es la interpretación que en nuestros días sostiene Soler, quien afirma que el juez debe imaginar al delito consumado y establecer la pena conforme a los arts. 40 y 41, disminuyéndola luego en un tercio como mínimo y la mitad como máximo. “Esta segunda escala de graduación —dice Soler— corresponde aplicarla de acuerdo con las características de la tentativa en sí misma: el grado a que alcanzó, la mayor o menor posibilidad de perjuicio, etc.”¹³¹.

β) El criterio de Rivarola fue sometido a crítica por González Roura, quien interpretaba de modo distinto que Rivarola la misma ley de 1903: González Roura creía que la disminución en un tercio debía entenderse como un tercio del mínimo y un tercio del máximo de la escala del delito consumado. “Así nadie dudaba, dice, que si la pena para el delito consumado era de 3 a 6, la de la tentativa era de 2 a 4”¹³². Conforme a esta misma interpretación, González Roura afirmaba algo que resulta cierto frente al criterio que había inaugurado Rivarola: dado que los criterios del art. 41 ya se han aplicado, la segunda cuantificación queda librada “por entero al capricho del magistrado, por ausencia completa de fundamento o criterio jurídico”¹³³. El argumento que emplea ahora Soler, según el cual debe atenderse al grado de aproximación a la consumación —que era el empleado por Rivarola en 1890 y el de Segovia en su proyecto— carece de lógica frente al art. 41, puesto que allí ya debe cuantificarse el injusto (la extensión del daño y del peligro), *sin que tenga sentido cuantificar primero un injusto imaginario y luego uno real*. La tesis de González Roura fue seguida por Malagarriga y es la que predomina en la jurisprudencia, afirmando que corresponde rebajar la mitad del mínimo legal y la tercera parte del máximo legal, fijados para el delito consumado y, entre los límites, determinar la pena conforme a los arts. 40 y 41¹³⁴.

γ) Pese a que el sistema de González Roura y Malagarriga tiene la ventaja de evitar caer en la difícil determinación penal para un delito

¹³⁰ MORENO, RODOLFO, II, 418-419.

¹³¹ SOLER, II, 229; esta posición, original de RIVAROLA, fue seguida por JOFRÉ, op. cit., p. 110, y CREUS (Cfr. TERÁN LOMAS, ROBERTO A. M., *La escala penal de la tentativa*, en JA, 24-VIII-1977).

¹³² GONZÁLEZ ROURA, II, 71.

¹³³ Ídem, II, 172.

¹³⁴ MALAGARRIGA, I, 309; el criterio es seguido por ARGIBAY MOLINA, I, 344; FONTÁN BALESTRA, III, 382; CCCap., en JA, 24-VIII, 1977.

imaginado, y de valorar primero el injusto por una extensión imaginada, para repetir luego la misma operación por su intensidad real, tiene el inconveniente de elegir un mínimo igual a la mitad del mínimo y un máximo igual a los dos tercios del máximo, lo que resulta contradictorio dentro del sistema penal del código, puesto que el máximo de la pena de prisión por tentativa de homicidio calificado sería de quince años, en tanto que la de la misma pena por homicidio simple, sería de 16 años y ocho meses. Por otra parte, abona la tesis crítica de esta manera de calcular el mínimo y el máximo, la circunstancia de que no respeta el orden indicativo de las penas que rige en todo el texto, en que primero se menciona el mínimo (en el caso del art. 44 se reduce un tercio) y luego el máximo (en el caso del art. 44 la mitad).

Estas razones llevaron a Núñez¹³⁵ a sostener la tesis que consideramos correcta, según la cual la pena de tentativa debe individualizarse, atendiendo al criterio del art. 41, entre los dos tercios del mínimo y la mitad del máximo de la pena fijada para el delito de que se trate. Esta tesis se encuentra confirmada también porque ofrece un menor margen de elección al tribunal y porque es más restrictiva de la punibilidad¹³⁶.

Cabe aclarar que la confusa redacción del art. 44 también es susceptible de crear dudas acerca de si el mínimo es de un tercio o de dos tercios del mínimo legal, pues dice "se disminuirá de un tercio a la mitad". Creemos con De la Rúa, que debe entenderse que el mínimo es de dos tercios¹³⁷.

Un serio problema interpretativo lo constituye la falta de referencia a la pena de inhabilitación perpetua. En este caso, toda vez que no se prevé una disminución de la pena, puede entenderse que no se aplica la escala penal privilegiada del art. 44, sino que se aplica la pena en la misma forma que para el delito consumado¹³⁸. Sin embargo, esta solución parece ser tan irracional como pretender que la ley exceptúa de su sistema únicamente a la pena de inhabilitación perpetua, sin explicación alguna y quebrando la unidad de su criterio en forma palmaria. De allí que creamos acertado objetar contra la tesis que entiende que la pena de inhabilitación perpetua se aplica por igual al delito tentado que al delito consumado, que no tiene el carácter de una pena accesoria, que si la inhabilitación temporal se reduce no hay razón que explique por qué no se reduce la perpetua y, por último, que altera todo el sistema del código según el cual la pena de la tentativa tiene una es-

¹³⁵ NÚÑEZ, *Manual*, 274.

¹³⁶ En igual sentido: DE LA RÚA, 600; del mismo, *La pena de la tentativa en el código penal*, en JA, 1965; VERGARA, en ARGIBAY MOLINA, I, 344, nota 1; TERÁN LOMAS, *La escala penal de la tentativa*, cit.; etc.

¹³⁷ Cfr. DE LA RÚA, 602.

¹³⁸ Así NÚÑEZ, *Manual*, 275; el mismo, II, 469.

cala reducida¹³⁹. Por ello, creemos que debe construirse una reducción por analogía, siguiendo el criterio que la misma ley aplica para las penas privativas de libertad perpetuas, haciendo seguir a la inhabilitación absoluta perpetua la misma regla que rige la pena de reclusión perpetua (quince a veinte años), por tratarse de la inhabilitación más grave¹⁴⁰. De esta manera, se salva la unidad del criterio del código, que atenúa la escala de todas las penas en función de la tentativa.

Entendemos que la regla del primer párrafo del art. 44 también debe aplicarse a los límites señalados en los arts. 20 bis y 21 bis¹⁴¹.

641. Las escalas reducidas de la complicidad. El art. 46 establece una escala penal reducida, "para los que cooperan de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo". La escala prevista es idéntica a la de la tentativa. Aquí se plantea el mismo problema interpretativo, pudiéndose sostener el criterio de que debe calcularse la pena imaginándolo autor y luego reducirla de un tercio a la mitad, según la importancia de su cooperación, lo que resultaría aún más difícil de hacer que en la tentativa. Sin embargo, la inutilidad de este procedimiento y su proscripción legal quedan claras desde que el art. 41, expresamente, menciona en su inc. 2º "la participación que haya tomado en el hecho". También aquí la pena máxima de prisión del cómplice de homicidio simple, calculada en la forma usual de disminuir la mitad del mínimo y un tercio del máximo, resulta superior a la del autor del homicidio calificado. Por consiguiente, se impone interpretar la reducción en la misma forma que la prevista para la tentativa.

El art. 47 se compone de los párrafos que tratan problemas totalmente separados. El primero prevé el caso del cómplice que quiso cooperar en un injusto menor que el cometido por el autor, en tanto que el segundo se refiere a la escala aplicable cuando el autor llega únicamente a intentar el delito diciendo: "Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa". Tal

¹³⁹ DE LA RÚA, 603.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ DE LA RÚA opina que la escala del art. 20 bis no se modifica (op. cit., p. 604).

como está redactado, el artículo carece de sentido, pues ese "artículo" no resuelve nada, siendo evidente que quiso referirse al art. 46 y al título de la tentativa y que, por un simple error material, quedó redactado aludiendo a "los preceptos de este artículo".

El error proviene del proyecto de 1906. El art. 75 del proyecto de 1891 decía: "Si el hecho al cual se ha cooperado no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a las prescripciones de este título y del de la tentativa". "Este título" era el "Título V: De las personas responsables". El art. 74 del proyecto de 1891 era el primer párrafo del vigente art. 47. El proyecto de 1906 refundió en su art. 52 los arts. 74 y 75 del proyecto de 1891 y, sin explicación alguna, puso "los preceptos de este artículo". La disposición se repitió en los proyectos de 1916 y 1917, sin ser corregida.

Con la doble reducción impuesta por el 2º párrafo del art. 47, se opera una gran aproximación entre los mínimos y los máximos de las penas¹⁴² que, en el caso de la reclusión perpetua, se traduce en la pena fija de diez años, porque el mínimo y el máximo son idénticos (dos tercios de quince años y la mitad de veinte años). La prisión perpetua en el caso de complicidad en la tentativa tendrá un mínimo de seis años y ocho meses y un máximo de siete años y seis meses (dos tercios de diez años y la mitad de quince años).

En casos de penas divisibles, la regla será que la pena para el cómplice en la tentativa se configurará con un mínimo igual a las cuatro novenas partes del mínimo de la pena del autor del delito consumado, y un máximo igual a un cuarto del máximo de la pena del mismo autor. Conforme al criterio imperante en la jurisprudencia de la Capital, el mínimo sería de un cuarto del mínimo legal y el máximo de cuatro novenas partes del máximo legal.

VII.—AGRAVACIONES PENALES DERIVADAS DEL MAYOR CONTENIDO DEL INJUSTO EN RAZÓN DEL MAYOR PELIGRO DE ALARMA SOCIAL POR CIERTAS REITERACIONES (MAGNITUD DE LA AFECTACIÓN AL ASPECTO SUBJETIVO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA)

642. Naturaleza y consecuencias. La naturaleza del aumento de pena por la reincidencia es una de las cuestiones más de-

¹⁴² Cfr. DE LA RÚA, 675.

batidas dentro del derecho penal. Se evidencia esta circunstancia porque no hay siquiera un mínimo de acuerdo entre los autores, cuya disparidad de criterios llega a ser abismal.

La reincidencia es una forma de la reiteración del delito, es decir que la reiteración es el género y la reincidencia la especie. Es reincidente el reiterante que "comete un nuevo delito después de una sentencia definitiva"¹⁴³, siendo ésta la idea general que campea en toda la legislación comparada, dejando de lado las particularidades que presenta cada sistema concreto. A lo largo de la historia, todos los pueblos han imaginado que el reincidente es más peligroso y le han aumentado la pena¹⁴⁴. Sin embargo, en los últimos años, los aumentos tienden a ser únicamente facultativos¹⁴⁵, pensándose preferentemente en la aplicación de una pena más especializada (que usualmente se llama "medida") lo que frecuentemente es también una agravación de la pena, circunstancia que depende casi exclusivamente del límite que tenga.

Analizar en abstracto la naturaleza de la reincidencia no es factible, puesto que cada legislación tiene su propio sistema, que la dogmática debe respetar. Consiguientemente, nos reduciremos a esbozar una tesis dogmática sobre las consecuencias y naturaleza de la misma en nuestra ley penal vigente. Al hacerlo, no podemos pasar por alto que nuestra ley no agrava únicamente las penas a los reincidentes, sino que también alcanza con la pena accesoria del art. 52 a algunos reiterantes que no son reincidentes: Puede afirmarse, pues, que nuestra ley penal agrava las penas a ciertos reiterantes, haciéndolo en la mayor parte de los casos a los que son reincidentes (escalas de la primera y tercera reincidencia, del primer párrafo del art. 51 y los incs. 1º a 4º del art. 52), en tanto que también alcanza a los simples reiterantes en el caso del segundo párrafo del art. 52. Las hipótesis son cuatro: *reincidencia simple* (art. 50), *tercera reincidencia* (art. 51), *multi-reincidencia calificada* (art. 52, primer párrafo) y *concurso real calificado* (art. 52, 2º párrafo).

En todas estas reiteraciones de delitos, sean o no reincidencias, la ley impone un aumento de pena. Esta consecuencia, sin embar-

¹⁴³ NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema...*, cit., p. 311.

¹⁴⁴ SACKER, J., *Der Rückfall, Eine kriminologische und dogmatische Untersuchung*, Berlín, 1892, pp. 90 y ss.

¹⁴⁵ Así es en el código italiano después de la reforma del 11 de abril de 1974 (Cfr. NUVOLONE, op. et loc. cit.).

go, no obedece a cualquier delito reiterado en esas hipótesis, sino únicamente a los penados con penas privativas de libertad. Con tales disposiciones y sin que el tribunal goce de cierto ámbito de apreciación cuantificadora, se hace sumamente estrecho el marco de las posibles consideraciones fundamentadoras, puesto que excluye desde el inicio algunas de las que se esgrimen en la doctrina extranjera.

La *rigidez de las agravaciones* —que no se puede paliar con lo dispuesto en la última parte del art. 52— revela claramente que *la ley mira más hacia el delito que hacia el autor*. Esta característica, al igual que la adopción del criterio de la *reincidencia "ficta"* (que por lo general no requiere el cumplimiento efectivo de la pena, bastando la sentencia firme) como también el de la *reincidencia "genérica"* (que no requiere identidad o similitud entre los delitos), nos inclina a ver en nuestro código a la agravación de la pena en las reiteraciones que califica especialmente (reincidencia y concurso real calificado) como *consecuencia directa de la mayor gravedad del delito cometido*.

Entendemos que es aplicable a nuestro sistema la tesis de que la reincidencia y el concurso real calificado agravan el hecho, en razón de la mayor alarma social que es capaz de provocar la conducta de quien ya ha sido advertido con una sentencia condenatoria, o la pluralidad de conductas que excede cierto límite numérico y cualitativo.

La tesis de la mayor gravedad del hecho no es nueva ni mucho menos, puesto que se remonta a los prácticos, pero en el siglo pasado fue defendida por Zanardelli en la *Relazione* de su proyecto argumentando que aumentaba el mal político causado por el delito¹⁴⁶, y receptada por Villa en la discusión del mismo¹⁴⁷, quienes se hacían eco del fundamento que para la misma había defendido Impallomeni. La reincidencia implicaba para este autor un aumento de la conmoción pública, lo que configuraba un mayor contenido dañoso del delito.

La posición contraria fue defendida en esos años por Carrara, para quien la reincidencia no hacía aumentar la "cantidad" de delito, desde que esa cantidad no podía aumentarse en razón de los delitos anteriores del sujeto, puesto que ello implicaba para Carrara la violación del *non bis in idem*, pero además —y fundamentalmente— porque Carrara afirmaba que "il giudice competente della *malvagità dell'atto*, non puo guar-

¹⁴⁶ V. CRIVELLARI, GIULIO, op. cit., IV, 362.

¹⁴⁷ Idem, 364.

dare alla *malvagità dell'uomo*, senza trascendere oltre i suoi confini" ¹⁴⁸. De esta defensa a ultranza de la igualdad del acto del primario que del reincidente Carrara deducía que el aumento de la pena de la reincidencia correspondía en virtud de la comprobación de que la pena anterior había sido insuficiente, lo que imponía una agravación para el nuevo delito ¹⁴⁹. Carrara llevaba así al autor al centro del planteamiento, pero, al par que desvinculaba a la pena del delito, subordinándola a circunstancias extrañas al mismo —como le observaba Zanardelli— esgrimía argumentos que son insostenibles en un sistema de reincidencia "ficta" como el nuestro, y más aún en el caso del concurso real calificado del segundo párrafo del art. 52.

Contemporáneamente también hay teorías que hacen de la reincidencia un problema de injusto. Para Jagusch hay una puesta en peligro mayor del derecho ¹⁵⁰. También hay una tesis que en realidad está bastante vinculada a la culpabilidad por la conducción de la vida o culpabilidad de autor: se afirma que en la reincidencia concurren las violaciones a dos normas distintas, que serían la que se le impone para conducir su vida a partir de la anterior condena y la que viola con el nuevo delito ¹⁵¹. Esta tesis es seguida en lengua castellana por Mir Puig, quien afirma que la conducta del reincidente viola la norma "correspondiente al tipo realizado y la que prohíbe especialmente la repetición tras condena" ¹⁵². Esta tesis es una ingeniosa forma de tratar de salvar la violación al principio de la legalidad que importa la culpabilidad "por la conducción de la vida".

Sin embargo, la tesis de la doble violación normativa no resulta convincente, puesto que habría que concluir que la reincidencia es una estructura típica que presupondría que, además del bien jurídico afectado por el segundo delito, también se afecta otro bien jurídico tutelado por la norma impuesta como consecuencia de la primera condena. Por otra parte, la pretensión de aplicar esta tesis a nuestro derecho fracasaría, puesto que no alcanza a explicar la calificación del concurso real previsto en el segundo párrafo del art. 52.

Oportunamente hemos dicho que la seguridad jurídica es un concepto complejo, que no sólo se configura con la efectiva tutela de los bienes jurídicos (que es su aspecto objetivo), sino también

¹⁴⁸ CARRARA, *Programa*, Firenze, 1924, II, p. 62.

¹⁴⁹ GIACOMO MATTEOTTI observa que Carrara y se refería a la insuficiencia de la primera pena, en tanto que Nypfels se refería a la de la segunda pena (*la recidiva*, *Saggio di revisione critica con dati statistici*, Torino, 1910, p. 248).

¹⁵⁰ JAGUSCH, HEINRICH, en "Leipziger Kommentar", Berlin, 1954, I, 105; en similar sentido NAGLER, JOHANNES, *Die Strafe*, Leipzig, 1918, p. 617 (hay una reimpresión en Aalen, 1970).

¹⁵¹ V. KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normen-theorie*, pp. 211 y ss.; en sentido crítico, Horn, en Rudolphi, p. 373.

¹⁵² MIR PUIG, SANTIAGO, *La reincidencia en el código penal*, Barcelona, 1974, p. 533.

con el sentimiento de seguridad jurídica, que es lo que proporciona el conocimiento y el sentimiento de que se goza de esa disponibilidad en forma efectiva, o sea, de que se ejerce una real tutela. Este aspecto subjetivo de la seguridad jurídica, es el que se lesiona cuando se causa la "alarma social". La "alarma social" es, pues, la afectación del sentimiento de seguridad jurídica, la pérdida de la certeza de la efectiva disponibilidad de los bienes jurídicos.

Cuando un sujeto delinque, afecta bienes jurídicos. Esa afectación de bienes jurídicos no puede menos que provocar cierta alarma social y, lo habitual es que entre la afectación de bienes jurídicos y la alarma social haya una relación de proporcionalidad, es decir, que entre la lesión objetiva y la subjetiva a la seguridad jurídica haya correspondencia. Sin embargo, no faltan circunstancias que hacen que la alarma social no se corresponda exactamente con la cuantía de la afectación a los bienes jurídicos, sino que alcance un grado mayor, porque hay razones especiales que concurren a dotar a la infracción de esta característica. Causa mayor alarma social la afectación de un bien público que tiene menos protección, que la de uno que se halla más protegido; causa mayor alarma social el uso de medios extraordinarios que el empleo de los medios que están al alcance de la mano; afecta más la seguridad jurídica la estafa que el hurto, el homicidio alevoso que el simple. En todos estos casos el color de la antijuridicidad de la conducta es más intenso, aunque la lesión objetiva puede ser idéntica.

Algo análogo pasaría respecto de la reincidencia: aquél que ha sido condenado y —habiendo o no habiendo cumplido la pena— vuelve a delinquir en un cierto tiempo, hace que la imagen general del derecho como medio proveedor de la seguridad jurídica quede harto maltrecha, lo que resiente la seguridad de la coexistencia en mayor medida que la conducta delictiva primaria, pese a que la afectación objetiva sea idéntica en ambos casos. Esto es lo que acontece con la reincidencia (arts. 50 y 51), con la tercera reincidencia (art. 51) y con la reincidencia calificada (art. 52 primer párrafo).

Pero también se afectaría en mayor medida el aspecto subjetivo de la seguridad jurídica cuando se debe condenar a un sujeto por más de cierto número de delitos en concurso real, es decir, cuando las infracciones llegan a conocimiento del tribunal habiendo superado cierto número y cierta gravedad. La eficacia preventiva del de-

recho sufriría en tal supuesto una seria pérdida de confianza o, al menos, introduciría el serio peligro de inferir ese detrimento.

El “daño político” de que hablaban los autores antiguos, no es otra cosa que este desmedro que sufre el derecho en cuanto a la confianza pública como proveedor de seguridad jurídica que, a medida que más se resiente, iría acercando más a la comunidad a la guerra civil. En cualquiera de los supuestos de reiteraciones que señalamos, la alarma social —en función de las condenas o delitos precedentes— no se corresponde, según este criterio, con la afectación producida, sino que se acrecienta, o al menos, da lugar a un serio peligro de que este incremento tenga lugar.

No se trata de que se lesionen dos normas, porque no se afectan dos bienes jurídicos, sino que, mediante la afectación del mismo bien jurídico y en idéntica medida, uno afectaría más que el otro a la seguridad jurídica. Es la conducta precedente del sujeto la que hace que la conducta típica resulte más antijurídica, por lo cual, esa condición no puede pasar del autor al co-autor, ni del autor al partícipe, ni del partícipe al autor: *es eminentemente personal*.

Conforme al planteo que hemos hecho con referencia al injusto, destacando su carácter eminentemente personal, que se pone de manifiesto en el inc. 7º del art. 34 (en que de dos sujetos que tienen los mismos conocimientos de los hechos, uno puede actuar legítimamente, en tanto que el otro —en razón de su anterior conducta provocativa— no puede hacerlo), es perfectamente admisible un mayor grado de injusto de carácter personal, no transmisible entre los participantes, y derivado de la mayor alarma social inherente a la conducta del sujeto, por su condición de reiterante expresamente calificada (reincidente o autor de concurso real calificado).

Debe quedar bien en claro que el injusto personal no significa aquí que se le formule un mayor reproche al autor o que se considere que la personalidad que revela es más “antijurídica” por peligrosa (ni culpabilidad de autor ni tipicidad de autor). A nuestro juicio *el planteamiento no debe hacerse en atención a la personalidad del autor, sino a su conducta*. El derecho penal debe proveer seguridad jurídica y dado que la desintegración del sentimiento de seguridad jurídica acarrea el caos, que cada acción típica afecta ese sentimiento, con la pena preventiva especial trata de fortalecerlo; resulta claro que cuando su acción preventiva especial fracasa, porque antes de cierto tiempo el condenado vuelve a incurrir en un de-

lito de cierta entidad, porque repite esa conducta pese a sucesivas condenas o, simplemente, porque esa acción preventiva llega cuando el número e importancia de los delitos es muy grande, la lesión que sufre el sentimiento de seguridad jurídica es mayor y ello tendría que reflejarse en la cuantía de injusto y, por consiguiente, de la pena, sin que para nada juzgue aquí, la personalidad del autor, sino la necesidad de una prevención especial que requiere el compromiso de mayor cantidad de bienes jurídicos del autor.

No nos pasa por alto que la naturaleza que asignamos a la reincidencia y al concurso real calificado dista de ser pacíficamente aceptada, puesto que hemos advertido al comenzar que, quizá, sea uno de los temas en que menos acuerdo reina. Hay otras posiciones que pueden clasificarse en forma sintética, diciendo que unos buscan su fundamento en la mayor peligrosidad del autor, en tanto que otros lo hacen en la mayor culpabilidad del mismo.

a) En la doctrina nacional impera el criterio de que la agravación de la pena responde a un mayor grado de peligrosidad¹⁵³. Hemos visto que la peligrosidad es, fundamentalmente, una característica que presenta una persona y que se deriva de un juicio de probabilidad acerca de su conducta futura, o sea, que resulta de un pronóstico de conducta.

Dada esta naturaleza, resulta claro que este pronóstico debe hacerse en cada caso concreto, sin que pueda venir tasado por la ley. El argumento que afirma que quien comete un delito es peligroso y, si comete dos delitos, resulta más peligroso, cae en una presunción *juris et de jure* de peligrosidad, pero ya deja la peligrosidad de responder a un juicio fáctico de probabilidad. Abrigamos nuestras serias dudas acerca de que la así obtenida "peligrosidad" pueda realmente merecer el nombre de tal.

A tal punto resulta cierto lo que afirmamos, que los mismos creadores del concepto de peligrosidad criticaron las disposiciones que ordenan taxativamente la agravación de las penas por reiteración, reincidencia y multi-reincidencia, como acontece con nuestro código penal. No podía ser de otra manera, y Ferri mismo decía que "la reiteración de los delitos y también la reincidencia indican diversos grados de peligrosidad, según que fueren, especialmente en los casos de delitos leves, el efecto de especiales circunstancias desgraciadas, o, en vez, de una obstinada tendencia a la criminalidad¹⁵⁴. Entre nosotros, el positivismo, por pluma de Gómez, afirmaba que en nuestro código la reincidencia no se hallaba fundada en una mayor peligrosidad, sino que lo incluía entre "las leyes obedientes a cánones de la escuela jurídica"¹⁵⁵.

Señalar en nuestro código a la peligrosidad como fundamento de la agravación para ciertas reiteraciones, es criterio que resulta arbitrario,

¹⁵³ Así, FONTÁN BALESTRA, III, 202; NUÑEZ, *Manual*, 373; MORENO (H), RODOLFO, III, p. 99.

¹⁵⁴ FERRI, *Principii*, p. 667.

¹⁵⁵ GÓMEZ, EUSERIO, *Tratado*, I, 520-521.

dada la tabulación inflexible de la ley. Ni siquiera la posibilidad de dejar en suspenso la pena accesoria, que "por única vez" el art. 52 concede al tribunal, vale como demostración, puesto que, pasada esa ocasión, ya no podrá el tribunal hacer otra cosa que aplicar la pena agravada con la accesoria. La menor peligrosidad opera en ese supuesto como causa personal de exclusión de la agravante, pero no fundamenta la agravante en la peligrosidad: ni la ley lo dice ni autoriza a suponerlo. Con mucha mayor razón cabe decir lo mismo en los restantes supuestos.

Tampoco tiene cabida en nuestro código penal el sutil argumento que pretende distinguir entre "aumento de la peligrosidad" y "aumento de la capacidad para delinquir", entendida ésta fuera del ámbito de la culpabilidad y que queda como descolgada dentro de la estructura analítica. Tal es el camino que ensayó Antolisei, a partir de la expresión "capacidad para delinquir", que emplea el art. 133 del código italiano, en base a la casi imperceptible afirmación de que la reincidencia daría lugar a una mayor "posibilidad", en tanto que la peligrosidad es una mayor "probabilidad"¹⁵⁶. Por caminos más o menos parecidos, ubicando esta mayor "capacidad para delinquir" fuera de la culpabilidad, en la llamada "teoría del autor", como algo distinto de la peligrosidad y que no pertenece al delito, pero se refleja en él, han circulado las opiniones de Ranieri y Cavallo¹⁵⁷. Aparte de que estas construcciones se fundan en una expresión que se halla en el Código Penal Italiano y de la que carece nuestro texto, pecan de ser gravemente asistemáticas.

β) Otras corrientes, mucho más numerosas que la anterior, han querido ver en la reincidencia un mayor grado de culpabilidad. Esta tesis fue defendida desde dos ángulos diversos, según fuese el concepto de culpabilidad dominante: según que la culpabilidad se concibiese *psicológicamente* o que se concibiese *normativamente*.

*Desde el punto de vista de la culpabilidad psicológica es muy difícil concebir un aumento de culpabilidad por la reincidencia, puesto que no se aceptan grados de culpabilidad. Así, Fontán Balestra dice, por ejemplo, que "la culpabilidad no tiene más medida que la de su contenido psicológico, apreciado según las normas del derecho que hacen del autor material el autor jurídico del hecho que se le imputa"*¹⁵⁸. Sin embargo, Battaglini, por ejemplo, sostiene desde la misma posición, que es un problema de culpabilidad¹⁵⁹. La explicación está íntimamente conectada con una antigua teoría muy desarrollada en Suiza, que veía en la reincidencia una "*mayor energía de la voluntad*".

La antigua doctrina de la "mayor energía de la voluntad" en la reincidencia, puede sintetizarse del siguiente modo: el reincidente, a "diferencia del primario, debe vencer mayores fundamentos de escrúpulos, porque en la decisión al hecho y en la comisión del mismo, debió asociar los desagradables recuerdos de la pena anterior". De allí se deduce que "la supe-

¹⁵⁶ ANTOLISEI, 513-514.

¹⁵⁷ RANIERI, SILVIO, *Manuale di Diritto Penale*, Padova, 1968, pp. 500 y ss.; CAVALLO, VINCENZO, *Diritto Penale*, Napoli, 1955, p. 888.

¹⁵⁸ FONTÁN BALESTRA, III, p. 215.

¹⁵⁹ BATTAGLINI, *Diritto Penale*, Padova, 1939, p. 499.

ración de este fundamento para la abstención demuestra una voluntad para el hecho de especial energía criminal" ¹⁶⁰.

Hegg afirma, con toda razón, que es justamente en el problema de la reincidencia donde se observa con toda claridad la problemática del juicio de culpabilidad ¹⁶¹, siendo prácticamente nulas las dudas acerca de la verdad de este aserto. La desprestigiada teoría de la mayor energía de la voluntad toma en cuenta la "voluntad criminal" como pauta de conducta del sujeto y no como la concreta voluntad para el hecho, puesto que al tomar como referencia el hecho anterior, excede el marco del hecho posterior. Por otra parte, implica siempre un reproche normativo, con lo cual también se sale de los cauces de la teoría psicológica de la culpabilidad.

De allí que ya dentro de la *teoría normativa de la culpabilidad* no falten posiciones que tengan estrechos contactos y semejanzas con ella, que es la teoría de que la reincidencia revela un *mayor grado de enemistad al derecho*, sostenida con mayor claridad por Maurach y Latagliata. Según Maurach, es el efectivo conocimiento de la antijuridicidad de la conducta lo que revela una mayor enemistad al derecho por parte del reincidente ¹⁶². Para Latagliata, ese efectivo "conocimiento del sujeto, apareja naturalmente una mayor obligación debida". "Se puede decir que el condenado se encuentra en una obligación que es, al mismo tiempo, de privilegio y de mayor responsabilidad, en cuanto, precisamente por el conocimiento del carácter nocivo de la acción, es obligado a ejercitar un control más atento sobre la propia vida impulsiva, a fin de impedir que las fuerzas de la personalidad profunda lo arrastren por segunda vez a la violación de la ley penal" ¹⁶³. En parecido sentido se pronunció también Martínez de Zamora en España ¹⁶⁴.

Esta posición parte de un concepto de culpabilidad que supone un dato óntico: se le reprocha al sujeto no haber reprimido su impulso, dejando que opere libremente lo que Latagliata llama "personalidad profunda". Hemos rechazado esta concepción de la culpabilidad fundada en Scheler y Hartmann, por entender que el delito es un fenómeno cultural, que no siempre responde a impulsos primarios no controlados. Por otra parte, resulta claro que no siempre una condena anterior —y ni siquiera el cumplimiento efectivo de una pena anterior— implica un efectivo conocimiento de la teoría de la "mayor energía de la voluntad".

¹⁶⁰ Tal la síntesis de HANS-RUDOLF HEGG, *Der Rückfall im schweizerischen Strafgesetzbuch*, Winterthur, 1959, pp. 61-62. Sobre esta teoría en Suiza: WYSS, OSKAR, *Der Rückfall in den kantonalen Strafgesetzbücher und in den Vorentwürfen zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch*, Bern, 1927; POLTÉRA, JOH, *Zur Lehre von Rückfall, mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Strafgesetz-Vorentwurfes*, Diss., Friburg (Suiza), 1904; EFFERTZ, JOSEF, *Die strafrechtliche Behandlung des Rückfalls*, Breslau, 1927; RICKENBACHER, HANS, DOMINIK, *Die strafrechtliche Behandlung des Rückfalls, Mit Berücksicht. d. kantonalen Strafgesetzbücher u.d. Entwürfe z. einem schweizerischen Strafgesetzbuch*, Zürich, 1936.

¹⁶¹ HEGG, op. cit., p. 61.

¹⁶² MAURACH, 867-8.

¹⁶³ LATAGLIATA, ÁNGEL RAFAEL, *Contribución al estudio de la reincidencia*, trad. de Carlos A. Tozzini, Bs. As., 1963, pp. 275-6.

¹⁶⁴ MARTÍNEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*, Murcia, 1971.

Desde el punto de vista de un juicio de culpabilidad realizado conforme a la *culpabilidad normativa entendida como culpabilidad por el hecho*, la reiteración y la reincidencia no pueden tener otro efecto que el de disminuir la culpabilidad, porque la reiteración crea hábito, lo que es más difícil de vencer. Hace casi dos siglos que Kleinschrod observó este fenómeno, percatándose de que la repetición puede aumentar la "imputación", pero solo hasta que se hace hábito. "Nos preguntamos —escribía Kleinschrod— si es tan temible el que comete un crimen varias veces como el que lo hace por primera vez. La naturaleza de las cosas demuestra que el primero pone de manifiesto un peso mayor contra la ley, por hacerse culpable de un dolo frecuentemente repetido. Si bien no se aumentará la libertad de una acción particular cuando se la repita frecuentemente, se aumentará con ello siempre el dolo y se agrandará la imputación. Pero si el criminal ha caído en la costumbre pecaminosa, entonces cambian los principios. Puesto que una acción se ha repetido frecuentemente, aumentará el estímulo a ella, acostumbrándose así el hombre, que no la podrá dejar y se verá arrastrado por su tendencia en contra de su voluntad. Hay allí grandes limitaciones de la libertad, que anulan notoriamente la imputación" ¹⁶⁵.

Durante la discusión legislativa alemana, fue Baumann quien se percató nuevamente de este fenómeno. Criticando el § 17 del código alemán según la ley de reformas del 25 de junio de 1969, que agravaba las penas por reincidencia, observaba que "frecuentemente los autores reincidentes son personas débiles, cuya inestabilidad se ha incrementado precisamente por la imposición anterior de una pena. En verdad, ellos debieran ser penados má levemente (menor culpabilidad)". La fórmula del § 17 del texto sancionado en 1969 empleaba el criterio de la "advertencia" ("siéndole reprochable conforme la clase y circunstancias de los hechos penales, que las anteriores condenas no le hayan servido como advertencia", decía ese texto), lo que, como bien decía Baumann, abarcaba "en la agravación por reincidencia casos de culpabilidad por la conducción de la vida", y agregaba, con certeza incuestionable, que la fórmula de la advertencia "lleva el peligro de la moralización judicial" ¹⁶⁶.

Desde el punto de vista de la culpabilidad normativa por el acto, no hay posibilidad de agravar la pena por la reincidencia, puesto que generalmente la culpabilidad del último acto será inferior a la del primero. La tentativa de solucionarlo mediante el dato óptico del efectivo conocimiento de la antijuridicidad resulta arbitraria, puesto que la condena anterior no proporciona ese dato. El único camino que queda para considerar norma-

¹⁶⁵ KLEINSCHROD, GALLUS ALONA, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, Erlangen, 1799, I, pp. 300-1 (parág. 174); en sentido análogo, TISSOT, *Le Droit Pénal étudié dans ses principes*, París, 1860, pp. 107-117.

¹⁶⁶ BAUMANN, JÜRGEN, *Strafrechtsreformgesetz, Ergänzung zum Lehrbuch*, 5. Auflage, 1968, Bielefeld, 1970, p. 58. Sobre la discusión en el curso de la reforma alemana, BREIDTHARDT, BODO, *Die Behandlung des Rückfalls und des Rückfallstäters in der Strafrechtsreform der sechziger Jahre*, Diss., Hamburg, 1971.

tivamente una mayor culpabilidad del reincidente, del multi-reincidente y del reiterante en ciertos casos, es el de la *culpabilidad normativa entendida como culpabilidad de autor*. Ya nos hemos ocupado suficientemente de criticar la culpabilidad de autor o culpabilidad "por la conducción de la vida", de modo que no repetiremos aquí las mismas consideraciones críticas. Simplemente, diremos que para los autores que la postulan¹⁶⁷ resulta totalmente lógico el aumento de la pena en función de la mayor culpabilidad que se desprende de la personalidad que le reprochan al autor, aunque lo hagan por diferentes caminos y con distintas técnicas. Entre ellas, no deja de ser curiosa —al par que gravemente alarmante por su contenido autoritario y por la mezcla descabellada que hace de datos valoritarios que redundan en un resultado fáctico— la llevada a cabo por Sauer, para quien las culpabilidades de los hechos particulares se van "condensando" hasta dar por resultado una "peligrosidad subjetiva"¹⁶⁸.

Estas posiciones pueden pasar por alto —aunque quieran disimularlo— que llevan a que el juez penal formule un juicio moral sobre el autor, en lugar de hacer un juicio jurídico sobre el acto. Resulta obvio que en cualquier culpabilidad de autor se reprocha penalmente lo que no es típico, es decir, lo que no está prohibido, por lo que resulta totalmente repugnante para nuestros artículos 1 y 19 constitucionales. Además, la circunstancia de que haya un reproche sin tipicidad lleva generalmente a que la teoría se acerque al "tipo de autor", que es su lógica consecuencia última, porque la culpabilidad de autor sólo resulta coherente en el marco de un derecho penal de autor, en que el juez pasa a cumplir el infeliz papel de custodio de la "moral oficial". Pese a que maneja un concepto de *Tätertyp* particular y lo hace en el ámbito de una nebulosa "teoría del autor", no por ello deja Calvi de considerar a la reincidencia como un "tipo de autor", lo que resulta bastante peligroso¹⁶⁹. No es válido el argumento de que aquí el tipo de autor sirve para restringir la punibilidad y no hacerla caer con más fuerza sobre cualquier "tipo de autor": no se quiere penar más a cualquiera que hurta, sino sólo al que lo hace porque es "ladrón".

El parágrafo 61 del proyecto alemán de 1962 agravaba la pena del reincidente siguiendo el criterio de la advertencia, y su fundamentación pretendía que eso no era culpabilidad de autor, puesto que la relación entre los hechos debía demostrar una inclinación, siendo la relación una característica de los hechos¹⁷⁰. Si esta relación interna es una característica de los hechos, ella no puede aumentar la reprochabilidad al autor, porque la relación no aumenta el reproche por sí misma, sino como demostración de una personalidad, lo que revela que el argumento no pasa de ser efectista. Distinta es nuestra explicación, porque so tenemos que la característica a del hecho es lo que aumenta el injusto en razón de la mayor alarma social que

¹⁶⁷ Así lo hacen BETTIOL, 624 y ss.; BELLAVISTA, G., *Il delinquente qualificato*, Milano, 1949; etc.

¹⁶⁸ SAUER, WILHELM, op. cit., p. 237.

¹⁶⁹ CALVI, ALESSANDRO ALBERTO, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, p. 318.

¹⁷⁰ *Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/650, Bonn, 1962, p. 182.*

provoca la ineficacia de las anteriores condenas o de la acción preventiva de los órganos estatales.

El enfrentamiento que a lo largo de toda la discusión acerca de la naturaleza agravante de la reincidencia se muestra presente y constante, es entre el acto y el autor. Si de alguna manera debiésemos sintetizarlo, diríamos que unos ven una mayor gravedad del delito y otros una mayor gravedad del autor. Los que ven una mayor "gravedad" en el autor deben asentarla sobre su personalidad, sea por vía de la peligrosidad, sea por la vía de la culpabilidad de autor. Los que vemos una mayor gravedad en el delito, no podemos asentarla más que en el injusto, puesto que frente a la culpabilidad de acto la reiteración, al igual que la reincidencia, nunca pueden indicar un mayor grado de reproche.

Resulta inútil escapar de este planteamiento refugiándose en un corte entre la teoría del delito y la teoría de la pena, pues ambas teorías son complementarias. El único elemento de la teoría de la pena que puede fundar la mayor gravedad de la pena en tales casos, es el correctivo que opera en ella, es decir, la peligrosidad. Sin embargo, la peligrosidad no puede serlo dentro de nuestra ley, porque es imposible que la tabule el legislador en una escala.

La tentativa de escindir al delito de la pena y aumentar la pena por razones exclusivas de su teoría, ya vimos que fue llevado a cabo por Carrara, quien sin embargo, pese a que declamaba que el delito miraba la maldad del acto y no la del autor, al explicar el aumento de la pena del reincidente, lo fundaba "en la naturaleza de ese individuo, excepcionalmente más insensible". Resulta claro que lo que rechaza airadamente en el delito lo recepta con amplitud en la pena. Se trata de una presunción *juris et de juris* de mayor insensibilidad en el autor, que —como bien lo observa Creus— fue adoptado por Soler, quien lo tabuló legislativamente en la reforma de 1968, reimplantada en 1976¹⁷¹.

Esta escisión, en definitiva, no hace más que plegarse a las posiciones que hacen fincar la cuestión en la peligrosidad, aunque pretendan hacerlo con otro nombre, pero lo cierto es que tampoco satisfacen los requisitos de esta tesis, sino que confirman, dentro de una interpretación coherente del derecho penal, en la que entre delito y pena haya una continuidad material, la afirmación de que la agravación de la pena finca en el injusto. Esto se nos ocurre de toda evidencia en un sistema de reincidencia "ficta" como es el nuestro. Muy ilustrativas a este respecto son las palabras que escribiera Impallomeni: puesto que "la agravación de la

¹⁷¹ CREUS, CARLOS, *Reincidencia*, Relato a las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Penal, Univ. Nac. de Tucumán, 1977, p. 5.

pena no depende de la insuficiencia de la pena ordinaria, sino del obstinado desprecio por la ley y la justicia, es suficiente con que preceda una condena pasada en autoridad de cosa juzgada para que se incurra en la agravante de reincidencia”¹⁷².

No han faltado impugnaciones a la agravación por la reincidencia, cuya importancia no puede minimizarse, pese a que se trata de tesis sostenidas generalmente por autores antiguos¹⁷³. Siguiendo a Latagliata, podemos decir sintéticamente que “las observaciones críticas que esta doctrina ha efectuado a la legitimidad del aumento de pena establecido por la ley para la reincidencia, son de dos órdenes: por una parte, la irrelevancia de las precedentes acciones criminales del culpable en la valoración de su conducta actual; por la otra, el valor de la preclusión del “ne bis in idem”, que debería impedir el reexamen de un episodio que ya ha constituido objeto de un juicio penal pasado a cosa juzgada con una sentencia de condena (delito precedente)”¹⁷⁴.

Las objeciones formuladas no configuran desatinos, sino que deben ser cuidadosamente tenidas en cuenta. En principio, para la tesis que ve el fundamento de la agravación en la insuficiencia de la pena del primer delito, resulta claro que la reincidencia reabre un juicio sobre un delito ya juzgado y penado; para la que entiende que la pena ordinaria del segundo delito es insuficiente como consecuencia de un también presunto carácter del autor, presunción que no surge del segundo delito, sino del anterior y del segundo considerados conjuntamente. Para la tesis de la culpabilidad de autor, no cabe duda de que el mayor reproche lo es a una personalidad de la que emergen ambas conductas. Por último, para quienes consideran que la voluntad del segundo delito se manifiesta como más intensa, es porque necesariamente remiten a la voluntad del primer delito, como término de comparación. Tan absurdas no son las críticas de estas antiguas teorías, si las vemos a la luz de los criterios más comunes de interpretación. No cabe duda que estas cuestiones debieron ser tomadas en cuenta por Kaufmann al observar que el segundo delito violaba dos normas. Dentro de los fundamentos distintos al que damos, es la única tesis que no cae dentro de las objeciones críticas, al menos en forma tan palmaria.

La tesis que sostenemos no puede ser alcanzada por estas objeciones, porque la mayor alarma social no se deriva del delito an-

¹⁷² IMPALLOMENE, *Istituzioni di Diritto Penale*, Torino, 1921, p. 158.

¹⁷³ Un enlistado completo en DELL'ANDRO, R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950, p. 50 y ss.; MATEOTTI, GIACOMO, *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici*, Torino, 1910, pp. 310 y ss.

¹⁷⁴ LATAGLIATA, op. cit., pp. 28-29.

terior, sino de la *condena anterior*, que queda intacta e inmutable, pero que pone de manifiesto la ineficacia preventiva del derecho penal, provocando el peligro de desmedro de la seguridad jurídica. El peligro radica en que los habitantes de la Nación, con motivo del nuevo delito, vuelvan la vista *hacia la anterior condena*. *El anterior delito no ejerce influencia alguna en el posterior, porque si no hubiese condena no se opera la agravación, lo que demuestra que es la condena lo que agrava al delito posterior*. Queda claro pues, que para afirmar la mayor alarma social no se vincula el segundo delito con el primero, sino el segundo delito con la anterior condena. Tampoco es necesario que la pena anterior aparezca como insuficiente, porque ni siquiera es necesario que se haya cumplido.

Para ser más claros, debe entenderse que en la reincidencia la alarma social corre riesgo de ser mayor porque el Estado ha descubierto un delito, ha realizado un proceso, ha dictado una condena imponiendo una pena preventiva y no ha prevenido nada. De eso se deriva el mayor contenido de injusto que aparece en nuestra ley, es decir, de algo que nada tiene que ver con el delito anterior (sino con la condena anterior) y que para nada toca la cosa juzgada, pues la anterior condena no se altera.

En cuanto a la agravación por el concurso real calificado (art. 52, 2º párrafo), ella surge aún con menos inconvenientes, puesto que es una consecuencia directa de haber alcanzado sin condena un número de delitos de cierta gravedad lo que pone en evidencia la ineficacia preventiva y provoca la mayor alarma social.

Cabe aclarar que esta construcción tiene carácter dogmático, como es obvio, y está fundada en que nuestra ley agrava la pena en caso de reincidencia y concurso real calificado, en que no faculta al juez para verificar su conveniencia, en que sigue el sistema de la reincidencia "ficta" como regla, etc. Es necesario agregar que no postulamos un aumento de pena para la reincidencia o multi-reincidencia ni para ciertas reiteraciones, como conveniente de *lege ferenda*. Tampoco aceptamos el reemplazo (vicariante) ni la complementación (doble vía) de la pena con una "medida de seguridad", sino que creemos que es una de las circunstancias que deben tomarse en cuenta al cuantificar la pena, como correctivo proveniente de consideraciones preventivas fundadas en el pronóstico de conducta del autor y, eventualmente, dar lugar a la aplicación de penas cuya ejecución quede a cargo de establecimientos más especializados.

Que la agravación de la pena garantice una mayor eficacia preventiva especial, porque la mayor privación de bienes que sufre el penado permite una acción más intensa y extensa en el sentido señalado, es una cuestión que se resuelve afirmativamente desde un punto de vista dogmático, pero

que en modo alguno responde a la realidad ni a las posibilidades penitenciarias argentinas.

Por otra parte, reconocemos que la construcción a que nos obliga el texto vigente de la ley argentina corre el riesgo de caer en la inconstitucionalidad, puesto que tendría que partir del supuesto de que el sistema penal tiene siempre una pareja eficacia preventiva, lo que no es cierto en la realidad. De este modo, es posible que la agravación de la pena para el concurso real calificado responda a una ineficacia del Estado y no a una mayor astucia desplegada por el infractor. Además, desde el punto de vista político-criminal, no aparecen razones claras para considerar más grave la conducta de quien comete un delito al día siguiente de serle notificada la sentencia por un delito anterior, que la de quien comete el mismo delito el día antes de la notificación. En definitiva, creemos que conviene reflexionar detenidamente sobre el fundamento de la reincidencia y, en especial, sobre su viabilidad constitucional.

643. Reincidencia y tercera reincidencia. Entrando al análisis de los particulares casos en que las reiteraciones aparejan agravación de las escalas penales en nuestro derecho positivo, comenzaremos ocupándonos de los supuestos que están contemplados en los arts. 50 y 51 del código penal, el primero de los cuales señala el concepto de reincidencia en nuestra ley, en tanto que el segundo se ocupa de sus efectos.

En el derecho penal comparado, se conocen los sistemas de reincidencia genérica y específica. Es genérica cuando los delitos cuya reiteración presupone, pueden ser de distinta especie; es específica cuando requiere que sean de la misma especie. En otro sentido, también desde el punto de vista comparatista se habla de reincidencia "real" y "ficta". La primera corresponde cuando se exige que el sujeto haya cumplido la pena anterior; la "ficta" se contenta con que haya sido condenado en firme. Dada la naturaleza de la reincidencia en nuestra ley, que es una agravante en razón del mayor peligro de alarma social provocado por el segundo delito, porque pone de manifiesto la ineficacia preventiva desplegada con motivo del anterior, *nuestra ley se contenta con la reincidencia ficta y genérica, pues esta forma de reincidencia es suficiente para generar un mayor peligro de alarma social.* Tal es el concepto de reincidencia que proporciona el primer párrafo del art. 50 del código penal: *"Habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme, a una pena privativa de libertad, dictada por cualquier tribunal del país, cometiere un nuevo delito, aunque hubiere mediado indulto o conmutación".*

El *código Tejedor* seguía el sistema de la reincidencia real y específica. El art. 179 decía: "El que después de sufrir una pena cometa nueva y voluntariamente dentro de los diez años siguientes un crimen de la misma especie, será considerado reincidente...". La reincidencia tampoco se hallaba limitada a los delitos penados con penas privativas de libertad.

El *proyecto de Villegas, Ugarriza y García* consideraba como agravante a la reincidencia específica, en tanto que la genérica lo era sólo en el caso en que el nuevo delito fuese más grave que el anterior (arts. 100, 101 y 102). Cambió el sistema de la reincidencia real por el de la reincidencia ficta. En realidad, este es el origen de la transformación del sistema de Tejedor por el vigente. Su fuente se halla en el código español de 1870, cuya regla 18ª del art. 10 considerada reincidente al que caía en reincidencia específica, conformándose con la reincidencia ficta, en tanto que la regla 17ª agravaba la pena al reincidente genérico, pero con reincidencia real y exigiendo que el segundo delito tuviese pena igual o mayor que el anterior. Como se puede observar, el proyecto de 1881 simplificó un tanto el sistema español, al adoptar para ambos casos la reincidencia ficta, pero, sustancialmente, siguió su modelo.

El art. 84 del *código de 1886* sigue sustancialmente el mismo sistema del proyecto de 1881, aunque simplificado y más ajustado al código español de 1870. El inc. 19 decía: "Haber sido el culpable castigado anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena"; el inc. 20 decía: "Ser reincidente de delitos de la misma especie". Este sistema consagraba la reincidencia real para el delito penado con pena igual o menor y la delincuencia específica y ficta para cualquier delito.

El *proyecto de 1891* es el que simplifica más el sistema y configura el actual de reincidencia genérica y ficta: "Habrà coincidencia siempre que el condenado por sentencia firme, aunque haya mediado indulto o conmutación, cometa un hecho punible de cualquier naturaleza que fuere". Es, pues, en este art. 84 del proyecto de 1891 donde se formula la aclaración —vigente en nuestra ley— de que el indulto o la conmutación no obstan a la reincidencia. En la segunda parte del mismo art. 84 se excluyen expresamente de la reincidencia los delitos amnistiados, lo que actualmente se consigna en el párrafo 3º del art. 50 vigente: "No se contará para los efectos de la reincidencia los delitos amnistiados".

El *proyecto de Segovia* consignaba una regla similar, pero agregaba la prescripción a los cinco años: "Habrà reincidencia, siempre que el condenado por sentencia firme cometa un nuevo delito dentro de los cinco años siguientes; salvo que el delito anterior haya sido amnistiado. Cuanto menor haya sido el tiempo transcurrido entre la condenación anterior y el nuevo delito, mayor será el aumento de pena que se imponga por la reincidencia" (art. 25).

En 1895 se sancionó la *ley 3.335* que disponía que los reincidentes cumpliesen su pena en los territorios del sur.

La prescripción de la reincidencia —que estaba en el código Tejedor— fue repuesta por la *ley 4.189*, la que también agregó la exclusión de los delitos políticos y militares, que también aparece en el párrafo tercero del art. 50 vigente. El art. 15 de la referida reforma de 1903 reemplazaba el inc. 20 del art. 84 por el siguiente: "Ser reincidente, no contándose las condenaciones por delito exclusivamente militar o político. Esta

agravante no podrá aplicarse si han pasado diez años de la anterior condenación". Moreno afirma que esta reforma estableció la reincidencia genérica¹⁷⁵, pero no puede afirmarse que haya simplificado el sistema en la medida de nuestro sistema vigente porque dejó subsistente el inc. 19 del art. 84, que establecía la reincidencia genérica pero real y sin término, para el delito anterior con pena igual o mayor¹⁷⁶.

El *proyecto de 1906* tomó como base al proyecto de 1891, y agregó la referencia de la ley 4.189 a los delitos militares y políticos. De esta forma el art. 55 del proyecto de 1906 reproducía en su primera parte el actual párrafo primero del art. 50 y su segunda parte el párrafo 3° del mismo artículo.

El art. 50 del *proyecto de 1917* se componía del primer párrafo del art. 50 vigente sin la limitación a la pena privativa de libertad. El art. 53 establecía que "la condena anterior no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando hubieren transcurridos los términos señalados en el art. 65".

El *código de 1921* en su sanción original, constaba del art. 50 compuesto por los tres primeros párrafos del artículo 50 vigente, es decir que, durante la sanción, se incorporó la limitación a las penas privativas de libertad, el párrafo 2°, referido a las condenas extranjeras, y el párrafo 3° con la concreta exclusión de los delitos militares o políticos —originada en la reforma de 1903— y a los amnistiados, procedente del proyecto de 1891. El art. 53 pasó casi inalterado del proyecto de 1917 al código de 1921, la ley 11.221 (fe de erratas) agregó al art. 53 las palabras "y otro tanto más, que nunca excederá de diez años". El decreto ley 20.942 de 1944 (ratificado por la ley 12.997) al ocupar el art. 53 con el régimen de libertad condicional para condenados a reclusión accesoria por tiempo indeterminado, llevó el texto original del art. 53 con el agregado de la ley 11.221 al art. 50, como 4° párrafo del mismo.

Este párrafo 4° del art. 50 (que originariamente y con la reforma introducida por la ley fe de erratas era el texto del primitivo art. 53) fue alterado por la ley 17.567, que le agregó las palabras "ni será inferior a cinco". Esta reforma perdió vigencia con la ley 20.509 y la redacción actual del referido párrafo le fue dada por la ley 21.338: "solo la primera condenación no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia, cuando hubiere transcurrido otro término igual al de aquélla que nunca excederá de diez años ni será inferior a cinco".

La exclusión expresa de los delitos militares, políticos y amnistiados, tomada nuevamente de los proyectos de 1906 y 1916, fue propuesta por el senador Rojas. La exclusión de los delitos amnistiados en forma expresa había aparecido en el proyecto de 1891; la de los delitos políticos y militares apareció en la ley 4189. El Senado rechazó otra propuesta de Rojas en el sentido de agravar la escala penal para el reincidente —que fue luego aceptada por las leyes 17.547 y 21.338— y, siguiendo la crítica de Herrera, incorporó el párrafo que se refiere a las condenas en el extranjero. Por último, agregó las palabras "a una pena privativa de libertad".

¹⁷⁵ MORENO (H), RODOLFO, III, p. 88.

¹⁷⁶ Edición oficial, Bs. As., 1903, p. 30.

Por consiguiente, el concepto fundamental de reincidencia en nuestra ley requiere que el reincidente haya sido condenado por sentencia firme antes de cometer un nuevo delito. Si bien en el derecho penal comparado hay una discusión acerca de la conveniencia de excluir los delitos culposos, nuestro código no admite esa exclusión. De *lege ferenda* —y siempre que convenga mantener la reincidencia— tampoco la consideramos conveniente, al menos con un enunciado absoluto, como el que tuvo en los proyectos de 1937 y 1960 (art. 20 inc. c y art. 77 respectivamente). Nos parece que a este respecto es más prudente la disposición del art. 63 del proyecto de 1951, que admitía la reincidencia específica en delitos culposos.

La condena anterior debe ser a pena privativa de libertad, no sirviendo de presupuesto para la reincidencia una condena a multa o a inhabilitación. Tampoco la primera condena a multa sirve de precedente, aunque se la haya convertido en prisión por incumplimiento (art. 21) ¹⁷⁷. La razón de esta limitación a las penas privativas de libertad finca en que el sistema de agravación por reincidencia se reserva únicamente a delitos de cierta entidad. La limitación fue tomada del proyecto suizo de 1916 (art. 66, primer párrafo), que pasó a formar parte del código suizo vigente (art. 67) ¹⁷⁸.

No sólo debe ser penado con pena privativa de libertad el primer delito, sino también el segundo. Si bien puede mover a confusión la expresión del primer párrafo del art. 51, cuando se refiere al “máximo de la especie de pena de que se trate”, la fijación del mínimo en un año, que el mismo párrafo hace, la referencia a “pena de privación de libertad” del segundo párrafo del art. 51 y todo el sistema del art. 52, revelan claramente que la reincidencia es una agravante del injusto sólo en delitos de cierta entidad, en que se considera que puede ser mayor la alarma social y, por consiguiente, reducida siempre al ámbito de los delitos penados con prisión o con reclusión.

La reincidencia se configura con la comisión de un nuevo delito y se declara en la condena que se impone por ese nuevo delito. Resulta bastante problemático, con la mera fórmula del art. 50, determinar si la comisión de varios delitos con posterioridad a la primera condena implica otras tantas reincidencias, o bien, si cada

¹⁷⁷ Cfr. SOLER, II, 434; NÚÑEZ, II, 477; FONTÁN BALESTRA, III, 221.

¹⁷⁸ V. SCHULTZ, II, p. 61.

reincidencia requiere una condena. Entendemos que hay toda una unidad en el título VIII del código y que la pena del art. 52 corresponde a una multi-reincidencia en su primer párrafo, quedando claro que lo que se exige son condenas y no sólo delitos. Así, la segunda condena —sea por el número de delitos que fuere— será la primera reincidencia, la tercera condena será la segunda reincidencia, etc. ¹⁷⁹.

La condena debe haber sido impuesta por sentencia firme, o sea, que la sentencia debía hallarse firme al tiempo en que el sujeto haya cometido el segundo delito. La sentencia firme es la sentencia irrecurrible, es decir, la que no es susceptible de ningún recurso ordinario. No obstante, creemos que la naturaleza de la reincidencia, que finca en el mayor contenido injusto del hecho, requiere que la sentencia irrecurrible le haya sido notificada al condenado. El condenado que no haya sido notificado de la condena y cometa un nuevo delito, caerá en una reincidencia, pero no podrá comprender la magnitud del segundo injusto que cometa, dado su desconocimiento de la condena anterior. En tal caso, no se le podrá reprochar la conducta reincidente, como tal y no se le podrá aplicar la escala agravada, puesto que no habrá tenido la posibilidad de comprender la mayor gravedad del segundo injusto. Como la pena nunca podrá exceder de la correspondiente al delito de que el sujeto es culpable, la única pena que se le podrá aplicar es la del delito en su escala de primariedad.

Como para nuestro código basta la condena, no interesa si se ha cumplido o no la pena por ella impuesta. Consiguientemente, también se debe tener por condena la que se imponga en forma condicional, siempre que no haya transcurrido el período de condicionalidad, pues después de su transcurso desaparece la condenación misma ¹⁸⁰, como lo veremos en detalle al ocuparnos de esta forma de condenación.

El sistema de la reincidencia “ficta” rige en tanto se trate de una condena por sentencia firme “dictada por cualquier tribunal del país”. La referencia a “cualquier tribunal del país” se introdujo para eliminar definitivamente cualquier posibilidad de hacer de la reincidencia una cuestión provincial o local, tal como lo señaló la

¹⁷⁹ Cfr. SOLER, II, p. 431; DE LA RÚA, 692; en general, toda la doctrina nacional, con excepción de NÚÑEZ en II, 488.

¹⁸⁰ Cfr. GONZÁLEZ ROURA, II, 124.

Comisión de la Cámara de Senadores al apoyar esta expresión del proyecto de Diputados de 1917¹⁸¹. La condena anterior, por consiguiente, debe ser una condena impuesta por delito —no por contravención— por cualquier tribunal (provincial, nacional o federal), entendiéndose por “delito” el que está como tal configurado legalmente en las leyes nacionales o en las provinciales dentro de la competencia legislativa penal reservada por las provincias, como sucede con los delitos de imprenta¹⁸². También son delitos a los efectos de la primera condena para la reincidencia, los delitos comunes juzgados por tribunales militares, criterio que no comparte, en razón de considerar administrativos a los tribunales militares, un sector de nuestra doctrina¹⁸³.

Respecto de la condena en el extranjero, el código adopta el sistema de la reincidencia real, es decir, que exige que el sujeto haya “sufrido” la condena¹⁸⁴. Esta es la situación que prevé el segundo párrafo del art. 50: “La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada en razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición”.

Contrario a la interpretación de que para la sentencia extranjera se requiere que el sujeto la haya sufrido, se manifestaba González Roura, quien consideraba que todo el sistema era de reincidencia “ficta”, incluyendo la salvedad de los menores —del 2º párrafo del art. 51—, pese a que habla claramente de “pena sufrida”¹⁸⁵. Fundaba su afirmación en que el art. 51 2º párrafo había sido tomado a la letra del proyecto sueco, sin advertir que éste seguía el régimen de la reincidencia “real”. En el mismo criterio, aunque distinguiendo entre los “condena” del art. 50 y la “pena” del art. 51, 2º párrafo, insiste ahora De la Rúa¹⁸⁶, con apoyo en los precedentes. Lo cierto es que la interpretación que González Roura hacía era extensiva en favor de los penados menores, pero en perjuicio de los adultos condenados en el extranjero. De la Rúa, por su parte, fundado en que nada expreso surge de los antecedentes, sostiene la extensión

¹⁸¹ MORENO (H), RODOLFO, III, p. 97; esta intención quedó durante muchos años como una simple expresión de deseos, dada la falta de un organismo centralizador (v. GONZÁLEZ ROURA, II, 128-9), hasta que en 1933 se sancionó la ley 11.752, que creó el Registro Nacional de Reincidentes.

¹⁸² Cfr. NÚÑEZ, II, 478.

¹⁸³ Así, se expresa en contra NÚÑEZ, loc. cit. La Corte Suprema nacional se ha pronunciado en el sentido del texto.

¹⁸⁴ Cfr. GÓMEZ, I, 525; SOLER, II, 434; NÚÑEZ, II, 486; del mismo, *Manual*, 374; FONTÁN BALESTRA, III, 219; etc.

¹⁸⁵ GONZÁLEZ ROURA, II, 134.

¹⁸⁶ DE LA RÚA, 693.

en perjuicio de los penados en el extranjero, puesto que "sufrida" da idea de referencia a las consecuencias de la condena, es decir, a la pena, más que a la condena misma.

La razón por la que el código cambia el sistema de la reincidencia ficta por la real respecto de las sentencias extranjeras, creemos que es un recaudo más que tiende a evitar la agravación de la pena del delito del reincidente, cuando no hubiese podido comprender la mayor gravedad del injusto, teniendo en cuenta que hay procedimientos extranjeros que admiten la condena en rebeldía¹⁸⁷, es decir, que admiten la posibilidad de sentencia firme sin que el reo haya tenido conocimiento de la sentencia ni del proceso.

De la Rúa afirma que este argumento no tiene fuerza puesto que la imposibilidad de tener por reincidente al condenado en rebeldía en el extranjero surge directamente del requisito de que el delito "pueda dar lugar a extradición"¹⁸⁸. La crítica no es feliz, porque lo que se requiere en la ley es que la condena haya sido pronunciada por un delito que pueda —según nuestra ley— dar lugar a extradición, es decir, que debe tratarse de un "delito" y no de una "sentencia" ni de una "condena". En otras palabras: el homicidio da lugar a la extradición, pero el problema es que el sujeto pueda ser condenado en rebeldía en el extranjero. El inc. 1° del art. 651 del código procesal exige que la sentencia tenga "la forma prescrita por la legislación respectiva", en tanto que el inc. 2° del art. 655 agrega que el juicio debe limitarse a las "formas extrínsecas" de los documentos y el 6° se limita a indicar que debe analizarse si los tribunales que condenan son los "competentes del país requeriente".

La condición de que el delito sea de los que puedan dar lugar a extradición conforme a la ley nacional, fue tomado del párrafo 2° del art. 66 del proyecto suizo de 1916, planteando un interesante problema interpretativo, puesto que hay distintas regulaciones para la extradición y no todas la admiten para los mismos delitos. Toda vez que los tratados internacionales son leyes supremas de la Nación (art. 31 constitucional) también dan lugar a regulaciones de la extradición, de modo que "en presencia de la multiplicidad de leyes argentinas, el juez debe investigar cuál de ellas es la más restrictiva en la concesión de la extradición para decidir si existe reincidencia"¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Cfr. SOLER, II, 434-5.

¹⁸⁸ DE LA RÚA, 693.

¹⁸⁹ TOMÁS JOFRÉ, *El código penal de 1922*, Bs. As., 1922, p. 122.

Sintetizando, pues, digamos que nuestro art. 50 requiere que el sujeto haya sido condenado en el país por cualquier tribunal (provincial, nacional, federal o militar —por delito común—) en virtud de sentencia irrecurrible que le haya sido notificada, o bien que haya cumplido pena en virtud de sentencia extranjera dictada por delito que diese lugar a extradición. No obstante, no es suficiente con que la pena impuesta antes del nuevo delito sea privativa de libertad y con que se cumplan los recaudos que reseñamos, para que la condena sea presupuesto de la reincidencia, puesto que *hay delitos cuya condena no puede servir de presupuesto para la reincidencia: se trata de los delitos políticos, militares y amnistiados.*

En cuanto a los delitos *políticos*, parifica los requerimientos de las condenas nacionales a los de las extranjeras. En cuanto a los delitos *amnistiados*, dada la desincriminación anómala que implica la amnistía, resulta lógica su exclusión, lo que indica claramente que —con mayor razón— deben excluirse las condenas por delitos que hubiesen sido *desincriminados*, pues la desincriminación debe eliminar cualquier efecto que pueda subsistir de la condena, aunque la pena se encuentre agotada¹⁹⁰, sin que la reincriminación del delito pueda hacer renacer los efectos de la condena eliminada. Así, la desincriminación del rufianismo por la ley 20.509, eliminó las condenas pronunciadas por ese delito, las que no pueden tomarse en cuenta para la reincidencia, pese a la nueva e idéntica tipificación hecha por la ley 21.338. Igualmente, si el sujeto había sido declarado reincidente en virtud de haber cometido otro delito con posterioridad al de rufianismo, la ley 20.509 habrá tenido por efecto hacer caer la declaración de reincidencia, desde que hizo desaparecer una de las condenas.

La exclusión de los delitos amnistiados fue correctamente fundada por la Comisión de Diputados en el proyecto de 1917, que no hacía mención expresa de los mismos por considerarla obvia, pues “basta tener en cuenta el concepto de amnistía que borra el hecho, para saber que no podría cargarse con un hecho suprimido a ningún sujeto, para hacerlo pesar como un antecedente”¹⁹¹. Los autores del proyecto de 1891, en lugar, creían que era necesario incluirla expresamente, por su carácter general y por entender que se concede únicamente por delitos políticos, pero no porque borre el delito y sus efectos, “desde que un hecho no puede su-

¹⁹⁰ Cfr. GONZÁLEZ ROURA, II, 126.

¹⁹¹ Proyecto, 1917, p. 94.

primirse”¹⁹². Es obvio que los proyectistas de 1891 confundían el hecho con el desvalor del hecho, lo óntico con lo jurídico.

La exclusión de los delitos amnistiados es perfectamente coherente con la expresa inclusión de los delitos cuyas penas hubiesen sido conmutadas o indultadas, que se hace en la última parte del primer párrafo del art. 50. Ello es lógico desde que el indulto o la conmutación “únicamente quitan, cambian o disminuyen la pena, sin borrar el delito ni destruir los efectos de la condena”¹⁹³. Creemos que el mismo significado debe tener el perdón del ofendido del art. 69 en los casos de delitos de acción privada (art. 73), después de la condena a pena privativa de libertad impuesta por sentencia firme, puesto que es una conducta que no altera para nada la condenación.

Se ha sostenido que en el caso del perdón del ofendido (art. 69) se impone la solución contraria, porque la exclusión de la conmutación y del indulto configuran una norma especial ante la que cede la general del art. 68¹⁹⁴. Esta opinión no nos convence, porque la norma del art. 68 establece que el indulto extingue la pena y los efectos de la pena, pero para nada hace referencia a la condena, que es lo que fundamenta la reincidencia dentro de nuestro sistema positivo, por lo cual, la inclusión expresa de la conmutación y el indulto en el art. 50, no puede tener otro valor que el meramente aclaratorio. La calidad de *condenado por sentencia firme, a una pena privativa de libertad*, no la hacen perder el indulto, ni la conmutación ni el perdón del ofendido.

La exclusión de los delitos *militares* resulta bastante más problemática, porque incluso se hace difícil determinar su alcance. Debe entenderse que se refiere únicamente a los “delitos y faltas esencialmente militares, considerándose como de este carácter todas las infracciones que, por afectar la existencia de la institución militar, tan sólo las leyes militares prevén y sancionan” (art. 108 inc. 1º del Código de Justicia Militar)¹⁹⁵. La extensión a los delitos comunes que se hallan previstos en la ley militar es absolutamente injustificada.

¹⁹² *Proyecto*, 1891, p. 100.

¹⁹³ GONZÁLEZ ROURA, II, p. 126.

¹⁹⁴ Así FONTÁN BALESTRA, III, 224.

¹⁹⁵ NÚÑEZ, II, 478; CREUS, CARLOS, op. cit., p. 17.

Moreno decía que “los delitos exclusivamente políticos o militares, se refieren a infracciones contra determinadas organizaciones, que deben mantenerse, pero que no suponen en el autor peligrosidad social”¹⁹⁶. En la *Exposición* del proyecto de 1917 se dice que “los delitos militares forman parte de un orden y de una jurisdicción diferentes”, y que “obedecen a conceptos, reglas y disciplinas distintas y ajenas en mucha parte al factor civil”¹⁹⁷. Para González Roura, “la razón está, por una parte, en la naturaleza de tales actos, y en el criterio que informa su penalidad y la solución del juicio, pues no afectan la moral y el interés social, sino que se relacionan con preceptos inspirados en el exclusivo interés de mantener la disciplina y el respeto a la institución, y por otra, en que el criterio de los jueces militares no es el mismo con que los jueces civiles aprecian los actos humanos y la función penal”¹⁹⁸.

Los restantes fundamentos son más o menos análogos, sin que estos muy seguros de su certeza. La interpretación limitada a los delitos estrictamente militares la propugnó ya Herrera, criticando al proyecto de 1906 por no precisar más la fórmula¹⁹⁹. En realidad, la limitación, establecida bastante descuidadamente por la ley 4189 (art. 15) al reformar inc. 20 del art. 84 del código de 1886, está tomado del código francés, pero en aquel texto aparece con mucha mayor precisión, puesto que el tercer párrafo del art. 56, conforme a la ley de abril de 1832, dice: “En cualquier caso, el individuo condenado por un tribunal militar o marítimo será, en caso de crimen o delito posterior, pasible de la pena de la reincidencia, en tanto que se haya pronunciado la primera condenación por crímenes o delitos punibles de acuerdo con las leyes penales ordinarias”.

Pese a todo, las razones que aducen los fundamentos del proyecto de 1917 y, más aún, González Roura, pretenden fundarse, aunque más no fuese parcialmente, en el especial criterio de los jueces militares. Daría la sensación de haber hecho mella en ellos el argumento de Chaveau y Hélie, según el cual debería excluirse toda condena emanada de un tribunal militar, en razón de que no ofrecen las mismas garantías que los tribunales civiles, que “las formas sumarias de los consejos de guerra dan a sus juicios un carácter particular; no tienen la misma autoridad ni imprimen la misma infamia. Se puede creer que la honorable susceptibilidad que anima los cuerpos militares ha podido influir sobre su decisión, que consideraciones extrañas a la justicia ordinaria han penetrado el espíritu de los jueces: todo juicio de consejo de guerra, incluso aquél que tenga por objeto un delito común, es siempre un juicio de disciplina militar”²⁰⁰. La tesis de estos autores está enteramente rebatida por Herrera, pero las interpretaciones que desconocen el carácter jurisdiccional de la sentencia militar entre nosotros, conducen al mismo resultado práctico propugnado por los antiguos comentadores del código francés²⁰¹.

¹⁹⁶ MORENO (H), RODOLFO, III, p. 100.

¹⁹⁷ *Proyecto*, 1917, p. 94.

¹⁹⁸ GONZÁLEZ ROURA, loc. cit.

¹⁹⁹ HERRERA, JULIO, 557-8.

²⁰⁰ CHAVEAU-HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, París, 1872, I, 328-9.

²⁰¹ Tal la tesis de NÚÑEZ, II, 478; DE LA RÚA, 693.

El párrafo cuarto del art. 50 establece que la primera condena no se tomará en cuenta para la reincidencia cuando haya transcurrido cierto período de tiempo. La redacción actual de este párrafo dice que “solo la primera condenación no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia, cuando hubiere transcurrido otro término igual al de aquélla, que nunca excederá de diez años ni será inferior a cinco”. Este plazo ha sido llamado erróneamente “prescripción de la reincidencia”, cuando en realidad, no es la reincidencia lo que prescribe, sino únicamente el antecedente penal al efecto de declarar la reincidencia²⁰². Su ubicación en el art. 50, o sea, a la cabeza del título VIII del código, que se denomina precisamente “Reincidencia”, indica exactamente lo mismo que señalaba cuando estaba ubicado el que hacía sus veces en el lugar del art. 53, o sea, que hace a la esencia del instituto y que, por tanto, rige para todos los supuestos que se encuentran regulados en el mismo título, incluyendo —por supuesto— los de los arts. 51 y 52²⁰³. Esta prescripción del efecto de la primera condenación como presupuesto de la reincidencia en caso de nuevo delito, obedece a que el transcurso del tiempo hace que la alarma social por el segundo delito corre menos peligro de verse aumentada.

Este párrafo ha tenido un destino harto triste y accidentado, llegando con la ley 21.338 a aspectar la peor de sus redacciones. Al ser sancionado como art. 53 del código de 1921, se limitaba a decir que “la condena anterior no se tendrá en cuenta a los efectos de considerar al reo como reincidente cuando hubieren transcurrido los términos señalados en el artículo 65”. El efecto prescriptivo del antecedente, que estaba en el código de Tejedor, había desaparecido con el código de 1886, fue reimplantado por la reforma de 1903 y el código de 1921 siguió idéntico criterio. No obstante, la desafortunada fórmula del art. 53 del código de 1921 fue entendida en el sentido de que el plazo igual al del art. 65, (que es el de la prescripción de la pena) se contaba desde la condena, con lo cual, prácticamente, la pena y el antecedente se agotaban juntos²⁰⁴. De allí que la ley “fe de erratas” le agregase “y otro tanto más, que nunca excederá de diez años”.

En 1944, al ser pasado como párrafo cuatro del art. 50, no sufrió ninguna alteración, pero ya hacía años que se desarrollaba una enconada polémica en torno del mismo: la misma fundamentación del proyecto de 1917 dejaba una seria duda pendiente acerca del alcance del art. 53, que hizo que la jurisprudencia de la Capital, en forma inmediata, entendiese

²⁰² Cfr. NÚÑEZ, 483.

²⁰³ *Idem*, 484.

²⁰⁴ V. GONZÁLEZ ROURA, II, p. 125.

que la reincidencia se excluía en caso de prescripción del antecedente, cuando se trataba de la primera condena únicamente, pero que luego, ya la condición de reincidente estaba adquirida y cualquiera fuese el tiempo transcurrido entre las sentencias, el antecedente no volvía a prescribir²⁰⁵. Esta jurisprudencia tuvo favorable acogida en la Capital, aunque contra ella se manifestó la mayor parte de la doctrina. La cuestión siguió vigente cuando se introdujo la reforma de la ley 17.567, puesto que se limitó a señalar un término mínimo para la prescripción del antecedente —cinco años— pero no aclaraba legalmente la solución. A nuestro juicio, la tesis correcta era la que entendía que la cadena de reincidencias se cortaba cuando entre una condena y la comisión de otro delito, habían transcurrido los términos del art. 50 párrafo 4º, lo que también mantenía plena vigencia a los efectos de los arts. 51 y 52. De cualquier manera, ya no tiene importancia, puesto que la ley 21.338 cortó la cuestión al resolver que sólo la primera condenación es la que no se tomará en cuenta cuando transcurra el plazo que señala²⁰⁶.

En realidad, el primer sistema, conforme a la interpretación que propugnamos, era más coherente, porque el peligro de una mayor alarma social disminuye en cualquier tiempo en que la cadena de reincidencias se interrumpa²⁰⁷.

La redacción del art. 50 párrafo 4º es bastante defectuosa, aparte de que consigna un criterio irracional. Conforme al referido párrafo actual, será reincidente el sujeto que haya sido condenado a una pena de un mes por hurto a los veintidós años y que haya sido condenado a dos meses por otro pequeño hurto un año después, y seguirá cargando su condición de reincidente cuando a los ochenta y dos años libre un cheque sin provisión de fondos, con lo cual, la ley entiende que hay un peligro de mayor alarma social en razón de los anteriores injustos, pese a los sesenta años transcurridos. No cabe duda que la actual redacción, que recoge el criterio tristemente rigorista que predominó en la jurisprudencia de la Capital Federal, es la peor de todas las redacciones que ha tenido este párrafo, que es una suerte de barómetro del grado de miedo del legislador, que pretende marcar a fuego a los hombres por el resto de sus días, remedando así las primitivas penas mutilantes.

De cualquier modo, tal es el criterio de nuestra ley y la discusión al respecto se encuentra cerrada, al menos hasta que nues-

²⁰⁵ Así, GONZÁLEZ ROURA, II, 137-8; sobre la discusión al respecto, NÚÑEZ, II, 483-6; *Manual*, 1972, p. 366.

²⁰⁶ DE LA RÚA, 709-711; FONTÁN BALESTRA, 224 y ss.; NÚÑEZ, *Manual*, p. 375, nota 123, p. 376.

²⁰⁷ Sobre esta disputa, GHIONE, ERNESTO V., en "Hom. a José Peco", La Plata, 1973, p. 125 y ss. (142-144).

tros legisladores recuperen la facultad de razonar sin sentir miedo y sin pretender imponerse por el mismo medio. De toda forma, aquí el legislador ha olvidado que en una república no es omnipotente, y que hay un marco de racionalidad y respeto a la persona humana, que no puede violar, so pena de inconstitucionalidad. Por consiguiente —y por las razones que ya hemos expuesto—²⁰⁸ resulta inadmisibles el señalamiento o “marca” de por vida de un habitante de la Nación Argentina, por lo cual, y pese a que el legislador diga que la condición de reincidente no se extingue jamás, la Constitución nos dice lo contrario: todos los hombres son iguales ante la ley, las penas deben ser racionales y humanas, no hay penas crueles, no hay esclavos ni ciudadanos de segunda categoría. Por ende, se impone, por vía de interpretación, encontrar un límite a la condición de reincidente en el tiempo. Ese límite creemos que debe ser el tiempo de prescripción de la pena más grave prevista constitucionalmente en el código, que es de veinte años.

El problema que se plantea también con la actual redacción es saber desde qué momento deben contarse los plazos. Dado que debe transcurrir “otro” término igual al de la primera “condenación”, debe entenderse que el plazo comienza a correr desde que haya pasado un término “igual” al de la primera “condenación”, sin perjuicio de reconocer que la “condenación” es un acto, por lo que la terminología es defectuosa, debiendo entenderse —para que sea razonable la explicación— que por “condenación” se significa el tiempo de la pena impuesta en la condenación. Por consiguiente, debe entenderse que la prescripción del antecedente tiene lugar cuando ha transcurrido el tiempo de pena y un tiempo adicional, igual al de aquella, es decir, un tiempo complementario que nunca será inferior a cinco años (o sea que, en caso de que la pena sea inferior a cinco años, el plazo que deberá transcurrir desde su cumplimiento, será igualmente de cinco años) ni superior a diez años (aún cuando la pena cumplida sea superior a ese tiempo).

Dada la terminante disposición del primer párrafo del art. 50, que excluye los efectos de la conmutación y del indulto, entendemos que para hacer el cómputo del plazo de prescripción del antecedente a los efectos de la reincidencia, no pueden tomarse en cuenta estas gracias, sino el tiempo de pena, tal como se la fija en la condenación. Ello obedece a que la reincidencia no se rige

²⁰⁸ V. supra, § 594.

por el cumplimiento sino por la condena, dado el sistema general de nuestra ley. De allí que el antecedente prescriba aunque el sujeto no haya cumplido la pena, porque la misma haya prescripto (art. 65 del código penal) siempre que además transcurra el plazo adicional antes mencionado.

Frecuentemente se ha discutido si configura la reincidencia la simple comisión de un segundo delito en las condiciones del art. 50 y la condena judicial por este delito, o si, además, es necesario que expresamente se declare reincidente al condenado en el acto de la segunda sentencia, lo que se ha planteado en términos poco claros, predominando el criterio de que la reincidencia es un "hecho" y que como tal no necesita ser judicialmente declarada²⁰⁹.

No entendemos qué se quiere decir cuando se afirma que la reincidencia es un "hecho" y con ello se quiere excluir el requerimiento de su expresa declaración judicial, porque no nos cabe duda de que es un hecho y, precisamente por serlo, debe ser declarada judicialmente e introducida oportunamente en el plenario, dando todas las oportunidades de defensa. Conforme lo venimos sosteniendo, es un "hecho" que da lugar a un injusto de mayor gravedad y, consiguientemente, debe ser probado y declarado en juicio, al igual que cualquier otra circunstancia que agrave las consecuencias jurídicas de un delito. Por otra parte, en la ley vigente resulta de total evidencia que es necesario establecer judicialmente la reincidencia para saber cuál es la escala penal que se aplica, pues de lo contrario se violaría el principio de legalidad de las penas.

Cabe advertir que, dado que consideramos que la reincidencia es una cuestión de magnitud del injusto y no de teoría de la pena únicamente, en caso en que el tribunal que primero sentencia no la haya declarado y se imponga la *unificación de penas*, la cosa juzgada del anterior delito cede hasta la pena, pero no cede en cuanto a la calificación, que queda intacta y, en consecuencia, el juez de la unificación deberá tomar en cuenta la escala penal correspondiente al delito de la sentencia anterior tal como el mismo ha sido calificado, es decir, sin la agravación de la reincidencia.

Creemos que así como la señalada solución para el caso de falta de una declaración expresa de reincidencia en la anterior sentencia, se deduce de la naturaleza jurídica que hemos asignado a la agravación por reincidencia, también de esa misma naturaleza

²⁰⁹ V. por ej., NÚÑEZ, *Manual*, 376; DE LA RÚA, 701.

jurídica debe deducirse cuál es la ley aplicable en caso de sucesión de leyes penales: *la reincidencia debe juzgarse siempre conforme a la ley vigente al tiempo de comisión del hecho, cualquiera fuese la ley vigente al tiempo del hecho que motivó la anterior o anteriores sentencias*. Ello obedece a que la anterior o anteriores sentencias condenatorias aumentan el contenido injusto como cualquier otra circunstancia perteneciente al injusto. La anterior o anteriores condenas surten el mismo efecto que cualquier requerimiento objetivo: a nadie se le ocurre que si el legislador incluyese mañana al hermano en la calificación del parricidio, la calificación no pueda aplicarse a quienes eran ya hermanos al momento de calificarse la conducta, sino que únicamente quedarán fuera de la calificación quienes hayan matado al hermano antes de esa reforma. De igual modo, si la ley actual hace surtir efectos de mayor injusto a quien registra una condena anterior o cierto número de condenas anteriores cuando cometa un delito, lo que importa es que existan esas condenas y la ley que establece sus efectos, al tiempo en que se cometa el nuevo delito. Inversamente, si los efectos son menos graves, también decidirá la ley vigente al tiempo de la comisión del último delito.

Creus llega prácticamente a las mismas conclusiones que nosotros, pero no sin dificultades, puesto que hace de la reincidencia un problema de pena. Así, cuando hay una declaración de reincidencia que no corresponde ser tenida por tal por la ley posterior, entiende que debe estarse a la ley posterior, pero no puede dejar de observar que esta solución parece lesionar el principio de que una ley no puede afectar una pena ya cumplida. La misma solución de la ley vigente al tiempo del delito subsiguiente postula para el caso de mayor gravedad de las consecuencias, aunque, siguiendo al Superior Tribunal de Córdoba, considera que no corresponde aplicar la ley vigente al tiempo de la anterior condena, por implicar una violación el principio de que la ley más benigna debe aplicarse en totalidad ²¹⁰.

Las consecuencias de la reincidencia se establecen en el art. 51, que dispone que *“en caso de reincidencia, la escala penal se agravará en un tercio del mínimo y del máximo”*. Esta consecuencia se mantiene también para el caso de una segunda reincidencia, es decir, de una tercera condena por delito cometido después de la segunda condena. La referencia a las reincidencias, contenida en

²¹⁰ CREUS, CARLOS, op. cit., p. 23; sobre la doctrina cordobesa, DE LA RÚA, 696.

el art. 41, deberá tomarse en cuenta dentro de esta escala, que es común a la primera y segunda reincidencia.

Las consecuencias cambian a partir de la tercera reincidencia, en que *“la escala penal se compondrá del doble del mínimo, que en ningún caso será inferior a un año, y de la mitad más del máximo”*. Esto implica que la cuarta y quinta condena doblarán el mínimo y aumentarán en la mitad su máximo, lo que también se mantendrá incluso hasta la séptima condena, pese a que en ésta también deberá agravarse la pena mediante la pena accesoria prevista en el art. 52, que necesariamente a la séptima condena debe ser impuesta en forma efectiva, aunque las penas de cada una de ellas sean de prisión de tres años o menos (inc. 4º del primer párrafo del art. 52).

En síntesis, hay una escala agravada dentro de cuyos límites debe determinarse la pena para la primera y segunda reincidencias (segunda y tercera condena); hay otra escala más agravada a partir de la tercera reincidencia (cuarta condena) hasta la séptima condena (sexta reincidencia), que es el supuesto del art. 52 en que mayor número de condenas pueden haberse dictado sin aplicar la reclusión accesoria.

El origen de esta agravación se remonta a la ley 3335 de 1895, que establecía que los reincidentes por segunda vez cumplirían sus penas en los territorios del sur. Esta disposición fue incorporada al proyecto de 1906, cuyo art. 56 disponía: “los reincidentes por segunda vez, condenadas a pena restrictiva de libertad que excediera de un año, cumplirán su condena en un paraje de los territorios del Sud”. En la Exposición se decía lo siguiente: “La eficacia de la ejecución de la pena, en esta forma, es un hecho bien establecido porque la observación ha comprobado que los delinquentes ven con verdadero temor la aplicación de esta ley”²¹¹. Esta forma de ejecución penal en el sur, que se cumplía en el tristemente célebre penal de Ushuaia, cobró el nombre de “relegación” en el proyecto de 1917²¹², cuyo art. 51 disponía que la condena se cumpliría “con relegación en un paraje de los territorios del Sud”, pero, a diferencia del proyecto de 1906, exigía que la “pena restrictiva de libertad” excediera de dos años. La Comisión del Senado cambió la palabra “relegación” por “reclusión” e introdujo la disposición concerniente a menores, tomada del anteproyecto sueco de 1916²¹³.

De este modo, el código de 1921 fue sancionado con el siguiente texto: *“El reincidente por segunda vez, condenado a pena privativa de libertad que excediera de dos años, cumplirá su condena con reclusión en un paraje de los territorios del sud”*. *“La pena de privación de libertad que el pro-*

²¹¹ Proyecto, 1906, p. XXVI.

²¹² Proyecto, 1917, p. 95.

²¹³ MORENO (H), RODOLFO, III, 103-4.

cesado sufrió antes de haber cumplido veintiún años, no podrá computársele para la agravación de la pena".

La ley "fe de erratas" (11.221) reformó el segundo párrafo, intercalando entre "sufrió" y "antes", las palabras "por delito cometido", que es el texto del párrafo que aún se mantiene vigente.

El párrafo primero, en lugar, fue sustituido por la ley 17.567 por uno análogo al vigente. En su exposición se decía que acordaba "en este punto marcado influjo al criterio preventivo, al poner en relación suficientemente directa al delito con la persona que lo comete", agregando que "de esta manera las escalas penales se van corrigiendo automáticamente, por decirlo así, en la medida en que se han mostrado inoperantes frente a determinado sujeto"²¹⁴. El criterio adoptado por la ley 17.567 era el que había propuesto el Senador Rojas y aceptado la Comisión del Senado, pero que fue rechazado por la Comisión de Diputados, que dijo: "Conviene dejar margen al criterio de los jueces para apreciar las circunstancias del primer delito y los antecedentes y carácter del reo, recorriendo toda la escala penal, sin sujetarse en el caso de la reincidencia por primera vez a una norma fija de agravación de la pena. Aceptar el criterio señalado en el informe de referencia, importaría volver al sistema tradicional, rechazado hoy por la ciencia penal y en abierta oposición con las orientaciones del proyecto de la Honorable Cámara de Diputados"²¹⁵.

En el texto original del código, el art. 38 disponía que "El menor que no ha cumplido diez y ocho años, no puede ser declarado reincidente". Este texto quedó suprimido por la ley 14.394, cuyo texto se ocupaba de la reincidencia en relación con la minoridad en su art. 10, cuya redacción no era nada clara, creando un sistema poco equilibrado, que contribuyó a desequilibrar aún más la ley 21.338, al disminuir el límite de edad a los diez y seis años, error corregido en parte por la ley 22.278, que reproduce en su art. 5º el art. 10 de la derogada ley 14.394. El primer párrafo del art. 5º de la ley 22.278 establece que "las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los diez y ocho años de edad".

El segundo párrafo del mismo artículo dispone que "si fuere juzgado por delito cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos podrán ser tenidas en cuenta, o no, a efectos de considerarlo reincidente". Este párrafo es harto oscuro, puesto que de la impresión de que "aquellos hechos" implica una referencia a los cometidos antes de cumplir los diez y ocho años²¹⁶.

²¹⁴ Boletín Oficial, separata nº 4/68, p. 28.

²¹⁵ MORENO (H), RODOLFO, III, 102-103.

²¹⁶ Cfr. CREUS, CARLOS, p. 26.

Junto a estas dos disposiciones de la ley 14.394, opera una tercera disposición, que es el párrafo 2º del art. 51 del código: "La pena de privación de libertad que el procesado sufrió por delito cometido antes de haber cumplido veintiún años; no podrá computársele para la agravación de la pena". Este texto no ha sido derogado en ningún momento.

Dadas estas tres disposiciones, entendemos que pueden presentarse las siguientes hipótesis:

α) Que todos los delitos se hayan cometido antes de los diez y ocho años, en cuyo caso no habrá reincidencia.

β) Que un delito sea cometido antes de los diez y ocho años y, después de condenado por éste, cometa un nuevo delito ya alcanzada esa edad. En este supuesto el tribunal podrá o no considerarlo reincidente. Entendemos que ello dependerá siempre de la alarma social que puede provocar el hecho, atendiendo a la edad de la víctima, lo que el tribunal deberá valorar en cada caso, pero de toda forma, esa declaración no podrá agravarle la pena fuera de los límites del art. 41.

γ) Que ambos delitos sean cometidos cuando ya el sujeto tiene diez y ocho años y menos de veintiún años, caso en el que, sin duda es reincidente, aunque no pueda agravársele la pena fuera de los límites del art. 41.

δ) Con mayor razón aún cuando es condenado por delito cometido antes de los veintiún años y comete luego otro delito.

En el supuesto β (en que el tribunal considere que debe declararse reincidente), en el γ y en el δ, la declaración de reincidencia no podrá tener por efecto la agravación de la pena, pero siempre y cuando se trate de reincidencia real, es decir, cuando el sujeto haya cumplido la pena. Esto se desprende del 2º párrafo del art. 51 del código penal.

Por consiguiente, la declaración de reincidencia producirá el efecto de agravar la pena cuando la primera condena hubiese sido impuesta condicionalmente y el sujeto reincidiese antes de cumplirse la condicionalidad, cuando el segundo delito se cometiese mientras se está ejecutando la pena del primero o cuando la misma no haya terminado de ejecutarse o no se haya ejecutado por quebrantamiento. En caso contrario, puede ser que la condena se tenga como no pronunciada si lo fue condicionalmente y transcurrió el término de condicionalidad, en cuyo caso, como en cualquiera de los casos en que esto acontece, desaparece cualquier posibilidad de

reincidencia²¹⁷. Pero también es posible que haya sido ejecutada la pena privativa de libertad en su totalidad, en caso de haberse impuesto la condena en forma efectiva, supuesto en el cual el sujeto reincidente no podrá sufrir ninguna agravación de pena en virtud de la condena anterior, en función del art. 51.

Teniendo en cuenta que el segundo párrafo del art. 51 estaba vigente cuando el código no contenía escala agravada de pena para la reincidencia, no puede entenderse que la prohibición de agravar las penas se limite a no poder aplicar el primer párrafo de ese artículo en su redacción actual²¹⁸, sino que debe entenderse como abarcando todas las agravaciones específicas que se desprendan de la reincidencia, es decir que no se tomará en cuenta para la primera o tercera reincidencia, ni tampoco para la aplicación del art. 52 ni para impedir la libertad condicional. El único efecto práctico de esta declaración de reincidencia será dentro del marco del art. 41, no obstante el reiterado criterio jurisprudencial en sentido contrario.

Núñez afirma que después de la ley 21.338 cabe distinguir entre "agravación de la pena" y "reclusión accesoria", por lo que cree que la disposición del segundo párrafo del art. 51 no tiene vigencia respecto de la reclusión del art. 52²¹⁹. Si estamos a los antecedentes —proyecto sueco de 1916— no la había tenido nunca, habiendo sido su alcance únicamente el de operar a los efectos del art. 41. Sin embargo, creemos que no es así, sino que la "agravación de la pena" es el mayor gravamen o "peso" de pena que recibe el autor, en el cual no podemos menos que computar la reclusión accesoria del art. 52.

Con buen criterio se ha sostenido recientemente que "la agravación de la pena" del art. 51 "in fine" no puede entenderse como limitada a la primera parte del mismo artículo, ni por razones históricas ni por razones gramaticales, sino que debe ser materia de una interpretación amplia, lo que encuentra su explicación político-criminal en la característica preventivo-especial y tutelar del derecho del menor²²⁰. Por tal vía, creemos que es correcta la interpretación según la cual la condenación condicional impuesta a

²¹⁷ En sentido contrario la jurisprudencia de la Capital Federal (así, plenario de la CCCC, *Fallos*, III, 396).

²¹⁸ Cfr. SOLER, II, 436, nota 17.

²¹⁹ NÚÑEZ, Manual, 379.

²²⁰ Cfr. ROTMAN, EDGARDO, *Dogmática y política criminal en la interpretación del art. 51 "in fine" del Código Penal*, en LL, 16-X-81.

quien aún ha cumplido veintiún años, no impide la imposición de una segunda condenación condicional aunque no hayan transcurrido los plazos del art. 27 (ocho o doce años) ²²¹.

644. La multi-reincidencia calificada. Ciertos supuestos de multi-reincidencia resultan particularmente calificados en el primer párrafo del art. 52 del código penal, que los enumera en cuatro incisos, estableciendo como consecuencia la imposición de la pena de reclusión accesoria por tiempo indeterminado.

Los supuestos de multi-reincidencia calificada tienen lugar cuando “*mediaren las siguientes circunstancias: 1º) Dos condenas a reclusión o una a reclusión y otra a prisión por más de tres años; 2º) Tres condenas a prisión por más de tres años o una de reclusión por más de tres años y dos de prisión de tres años o menos; 3º) Cuatro condenas a prisión, siendo una de ellas mayor de tres años; 4º) Cinco condenas a prisión de tres años o menores*”. Esta pena de reclusión accesoria se aplica sin perjuicio de la escala penal agravada de la reincidencia en los casos del inc. 1º y de la tercera reincidencia en los casos de los tres incisos restantes.

Para que proceda la reclusión accesoria de la última condena, antes de ella deben mediar las situaciones de multi-reincidencia del art. 52 primer párrafo, es decir que no debe contarse la sentencia condenatoria que se dicta, sino que la multi-reincidencia debe preexistir al tiempo en que se dicta la sentencia que lleva como consecuencia la accesoria. Con toda claridad dice Núñez que “para que proceda la reclusión por tiempo indeterminado, en el momento de la *última condena*, esto es, la que está dictando el juez, debe *mediar*, vale decir, preexistir, una situación de reincidencia “en alguna de las cuatro circunstancias señaladas” ²²².

Esta posición, según la cual no se debe computar la sentencia que se dicta, era la interpretación de Rodolfo Moreno (h), que para el caso del inc. 1º presuponía las dos condenas al momento de imponérsele una tercera con la accesoria ²²³. Creemos que la interpretación gramatical hecha por Moreno y Núñez es la correcta, puesto que la otra tesis violenta la letra de la ley.

De la Rúa, al rebatir esta tesis, pasa por alto la expresión “*mediaren*”, la que no le pasa por alto a Creus, aunque pretende que, debido

²²¹ Cfr. ROTMAN, op. cit.; también la discusión en el fallo que motiva de la Cámara en lo Penal Económico, que motiva la nota.

²²² NÚÑEZ, Manual, 379.

²²³ MORENO (H), RODOLFO, III, 112-113; sobre ambas corrientes jurisprudenciales, FONTÁN BALESTRA, III, 426.

a ello, el nuevo hecho no integra la estructura que presupone la pena accesoria, por lo que entiende que el art. 52 no tiene nada que ver con el régimen de la reincidencia ²²⁴.

La tesis correcta ha entendido siempre a esta disposición como un caso de multi-reincidencia, es decir, un supuesto en el cual, entre condena y condena, no debía haberse producido la prescripción del antecedente ²²⁵. Lamentablemente, a poco andar surgieron las interpretaciones arbitrarias, particularmente en Buenos Aires ²²⁶, que dieron lugar a tesis altamente represivas que insistieron en escindir la "reincidencia" y un supuesto concepto de "habitualidad", que nuestro código no menciona para nada, pero según el cual basta con el número de condenas legalmente establecidas en el art. 52 para que se aplique la pena accesoria, sin que sea menester que estén unidas por una relación de reincidencia, criterio que se fue imponiendo en la jurisprudencia de la Capital hasta ser plenaria ²²⁷ y que contó con serio apoyo doctrinario, de corte francamente peligrosista ²²⁸. Por último, la tesis porteña ganó terreno en todo el país, contra la opinión de un gran sector doctrinario y de buena parte de la jurisprudencia, con la redacción dada al último párrafo del art. 50, que sólo admite la prescripción de la primera condenación. De cualquier manera, queda en pie la duda acerca de si debe tomarse en cuenta, a los efectos del art. 52, la primera sentencia condenatoria, cuando la misma ha prescripto como antecedente para la reincidencia conforme al art. 50.

La vieja disputa acerca de si el art. 52 configura un sistema de la "habitualidad" independiente de la reincidencia, con el mal entendido rigorismo de cuño incuestionablemente porteño —porque es bien claro que sigue la línea jurisprudencial represiva que es tradicional en la Capital— que se plasmó en la ley 21.338, se reduce, pues, en la práctica, a determinar si corresponde o no computar

²²⁴ CREUS, CARLOS, ap. cit., p. 28.

²²⁵ Así, SOLER, II, 431; NÚÑEZ, II, 484; DE LA RÚA, 710; es la posición del propio MORENO (H), III, 114 y 120.

²²⁶ Sin ninguna explicación y como cuestión obvia la lanza GONZÁLEZ ROURA, II, 136.

²²⁷ V. la jurisprudencia plenaria del 27-VII-1965 en JA, 1965-V-164; LL, 10-VIII-1965; ED, 12-266. La jurisprudencia provincial en contra en GHIONE, ERNESTO V., *El último párrafo del art. 50 y el régimen del art. 52 del código penal*, en "Hom. a JOSÉ PECO", La Plata, 1973; 131 y ss. (p. 133, nota 3).

²²⁸ Así, fue seguido por GÓMEZ, *Tratado*, I, 531; del mismo, *Leyes*, I, 325; RAMOS, JUAN P., III, 351.

para el art. 52 la primera condena prescripta conforme al último párrafo del art. 50.

Por nuestra parte, consideramos que no hay en nuestra ley ningún fundamento que permita hablar de "habitualidad", y menos aún en la redacción vigente de la ley penal argentina. De ser viable la construcción dogmática del concepto de "habitualidad", resultaría que para nuestra ley sería un delincuente "habitual" un anciano de ochenta años que hubiese sido penado cada diez años, desde los veinte, por la comisión de un delito de mínima gravedad, pero penado con prisión. Semejante idea de la "habitualidad" es absurda, pues desemboca en una "ficción de la habitualidad", toda vez que nadie puede afirmar juiciosamente que tal sujeto sea un delincuente "habitual". El derecho no puede distorsionar la naturaleza de las cosas hasta hacer "habitual" lo que nada tiene de tal.

Por otra parte, si los arts. 52 y 53 del código estuviesen exclusivamente referidos a un concepto de "habitualidad" que pretendiese ser unitario, sería sumamente heterogéneo, puesto que, por un lado, se configuraría con un número de condenas pronunciadas en cualquier tiempo y, por otro, con un concurso real de delitos, cuyas acciones, naturalmente, no pueden estar prescriptas. Estas y otras razones nos impulsan a afirmar rotundamente no sólo que el art. 52 se encuentra en una necesaria dependencia conceptual con los arts. 50 y 51, sino también a considerar que ni siquiera puede motejarse de "habitualidad" a los supuestos que están previstos en ellos.

Soler afirma que hay dos formas de caracterizar a la habitualidad, siendo una subjetiva y otra "objetiva", habiendo seguido nuestra ley el segundo camino²²⁹. Esta supuesta habitualidad "objetiva", en el mejor de los casos no pasaría de ser una presunción *juris et de jure* y, en el peor, una verdadera ficción de habitualidad. Fontán Balestra pretende salvar esta objeción, afirmando una tesis aún más grave que la de Soler, apelando a la circunstancia de que la ley permite en caso de menor peligrosidad y por una única vez, dejar en suspenso la pena accesoria²³⁰. Por nuestra parte, creemos que aquí —al igual que en la tentativa inidónea— la menor peligrosidad no es más que una causa personal de exclusión de pena, pero, cualquiera sea la naturaleza que quiera asignársele a la misma, lo cierto es que no logra destruir la presunción *juris et de jure* o la ficción jurídica, dado que, pasada esa única vez, la ficción rige sin limitación alguna.

²²⁹ Así, SOLER, II, 436.

²³⁰ Así, FONTÁN BALESTRA, III, 232.

Los autores que interpretan que hay una dualidad entre reincidencia y habitualidad dentro del título VIII, suelen argumentar que las consecuencias de los arts. 50 y 51 son penas, en tanto que la del art. 52 es una "medida"²³¹, lo que pretende asentarse en que la agravación tiene por fundamento la peligrosidad y que, de aceptarse que hay un único sistema en el título VIII, ello importaría la posibilidad de que los sujetos evadan en breves plazos la medida²³², argumento que tenía particular fuerza, según los autores que así opinan, ante la anterior redacción del último párrafo del art. 50. Lo cierto es que si la supuesta "habitualidad" se fundamentase en una peligrosidad revelada por la reiteración de delitos o por la mera sucesión de condenas, se aplicaría una pena por el hecho cuando ya la causa ha sido juzgada y se ha ejecutado la pena. Esto resultaría palmariamente contrario al principio "non bis in idem" y, por consiguiente, sería inconstitucional la reclusión del art. 52, como lo sostiene Donna²³³.

Cabe recordar que doctrinariamente es cierto que reincidencia y habitualidad son conceptos diferentes, pero ello no significa en modo alguno que nuestro código haya receptado esas diferencias y haya elaborado dos sistemas separados. Radbruch sostuvo que la reincidencia era un concepto que debía desaparecer, para dar lugar a la habitualidad²³⁴, tesis que también era sostenida por M. E. Mayer, en tanto que Karl Stoos pretendía introducir el concepto de habitualidad y mantener también el de reincidencia²³⁵. No obstante, todo esto es insuficiente para formular una demostración de que en nuestro código hay una "habitualidad" que no es multi-reincidencia, porque no se trata de argumentar con tesis político-criminales alemanas o suizas, sino que se debe demostrar y probar con argumentos dogmáticos obtenidos de nuestra ley. Por otra parte, y ya en el mero terreno de la política penal, hacer una dicotomía entre delincuente habitual y reincidente peligroso es harto discutible, porque, como bien observa Sveri, el calificativo de delincuente "habitual" nos lleva a la imagen del delincuente sexual, en tanto que el de "reincidente peligroso" evoca la del delincuente violento, cuando en realidad, las investigaciones empíricas muestran que en primerísimo plano, tanto en la reincidencia como en la multi-reincidencia, aparece el delincuente contra la propiedad²³⁶, que es el verdadero "carne de presidio", objeto de todas estas penas agravadas.

²³¹ Así, CAMPOS, ALBERTO A., *Reincidencia*, en "Enc. Jurídica Omeba", XXIV, 550 (551).

²³² Así, GONZÁLEZ ROURA, II, 137; CCC en la jurisprudencia plenaria citada; CREUS, CARLOS, op., p. 28.

²³³ DONNA, EDGARDO ALBERTO, op. cit., pp. 90-93.

²³⁴ RADBRUCH, GUSTAV, *Die gesetzliche Strafänderung*, en VDA, pp. 189 y ss. (214); en igual sentido, DÖRRBECKER, HERWIG, *Die Strafschärfung nach § 20 a StGB und die Strafe bei den Rückfalltaten*, Diss., München, 1961.

²³⁵ Así, STOOS, KARL, *Motive zum Vorentwurf eines schweizerisches Strafgesetzbuches, Allg. Teil*, Basel u. Genf, 1893, p. 57; sobre todo ello, HÄRTEL, REINHARD, *Zur Rückfallstrafe nach § 17 StGB. Eine dogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, Freiburg i. Br., Diss., 1973, pp. 16 y ss.

²³⁶ SVERI, KNUT, *Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher in den nordischen Ländern*, en ZStW, 80 (1968), pp. 176 a 188.

El estudio más inteligente que conocemos acerca de este tema es el de Ghione, quien parte del firme argumento dogmático de que el título VIII° se ocupa de "reincidencia" y abarca los arts. 50 a 53²³⁷, contra lo que no cabe alzar el argumento de que el art. 52 también contiene un caso de concurso real, porque su ubicación en ese lugar obedece a que se imponía darle una ubicación arbitraria, puesto que si se lo hubiese ubicado al tratar del concurso, quedaría fuera de la regulación completa de la pena accesoria, en tanto que su ubicación en el artículo 52 queda fuera de las consecuencias completas del concurso. En cualquiera de ambos supuestos estaría mal colocado, pero lo lógico es pensar que no siendo materia de tanta importancia ni extensión como para dedicarle un título propio, el legislador lo ubicó en el art. 52, sin que ello justifique la pretensión de que tampoco el primer párrafo del art. 52 tenga nada que ver con la reincidencia²³⁸. Si tomamos al segundo párrafo del art. 52 como una excepción, eso tiene cierto sentido, pero si creemos que todo el art. 52 y el art. 53 responden a algo que no es reincidencia, la ley parece perder racionalidad, porque llamaría "reincidencia" al título en que trataría en dos artículos supuestos de reincidencia y en otros dos regularía los que no son de reincidencia²³⁹.

La circunstancia de que en el art. 80 también haga aplicable la pena de reclusión accesoria no puede ser fundamento para sostener que el art. 52 es una "habitualidad" independiente de la reincidencia, como lo pretende Creus²⁴⁰, sino por el contrario, es una demostración de que aplica la misma pena en casos distintos (multi-reincidencia y concurso real calificados y homicidio calificado). Por otra parte, no basta con ese argumento cuando no hay ninguna razón sistemática que permita explicar racionalmente por qué el tiempo hace prescribir los efectos de la primera condena en el art. 50 y no lo hace en el art. 52²⁴¹, sin contar con que, ante la falta de esa razón sistemática, en lugar de elegir la interpretación más restrictiva de punibilidad, se elige la más ampliatoria de la misma.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe consignar que si la ley concibiese un concepto de reincidencia en el art. 50 y otro de "habitualidad" en el art. 52, que operasen en forma independiente, no habría razón alguna para limitar la independencia a que para el segundo no regiría la regla del último párrafo del art. 50, sino que habría que entenderlo directamente desvinculado del art. 50, lo que llevaría a consecuencias absurdas: no regiría respecto del art. 52 la inclusión de las penas indultadas, como tampoco la de las condenas sufridas en el extranjero, ni tampoco la exclusión de los delitos políticos, militares y amnistiados²⁴² o, al menos, habría que extraerlas de otros principios, frente a los cuales se haría muy difícil la exclusión de los delitos políticos y militares.

Suele argumentarse también esgrimiendo la cuestión de los delitos culposos, puesto que hay autores que sostienen que no deben tomarse en

237 GHIONE, ERNESTO V., en "Hom. a JOSÉ PECO", cit., p. 134.

238 GHIONE, 135-136.

239 Cfr., GHIONE, 136.

240 Así, CREUS, p. 28.

241 Cfr., GHIONE, 139.

242 Idem, 137.

cuenta a los efectos del art. 52, como por ejemplo Soler o Terán Lomas. De allí se quiere deducir que el art. 52 crea un sistema independiente, pues lo que de lo contrario no se podría aplicar la agravación por reincidencia en delitos dolosos y prescindir de la misma en los delitos culposos²⁴³. En rigor de verdad, no creemos que los delitos culposos se hallen excluidos de la disposición del art. 52, puesto que quien registra seis condenas por homicidios culposos, estimo que se hace tan acreedor a la pena accesoria del art. 52 como quien registra seis condenas por hurto simple. Lo que acontece es otro fenómeno, consistente en que eventualmente la pena accesoria del art. 52 resulte a todas luces aberrante frente a la cuantía de un injusto culposo, en cuyo caso no se aplicaría, pero no porque el régimen fuese distinto del que debe imponerse en la reincidencia, sino porque resultaría violatoria del principio de racionalidad de la pena, consagrado en el art. 18 constitucional, puesto que en el caso, tal pena configuraría una crueldad, excedería la medida impuesta por las necesidades de seguridad y se erigiría en un castigo y en una "medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija".

Aparte de los señalados argumentos dogmáticos, lo cierto es que *en modo alguno la interpretación de Fontán Balestra, González Roura y la Cámara de la Capital encuentra confirmación alguna en los antecedentes históricos de esta agravación mediante pena accesoria*. El antecedente directo de esta pena es la *deportación*, que introduce el art. 86 del proyecto de 1891, con redacción análoga al sancionado en 1921, y en su Exposición se decía con claridad que "esta pena está destinada a combatir la reincidencia; por eso se impondrá siempre a los reincidentes y no a otros"²⁴⁴. La segregación de los reincidentes mediante esta pena, según los autores del proyecto, tenía por objeto erradicar prácticas ilegales como la "gira"²⁴⁵. "Consiste la *gira* —explicaban—, usada contra los ladrones en la ciudad de Buenos Aires, en tomar a los ladrones o rateros conocidos, hayan cometido o no un nuevo delito, y tenerlos por varios días en algunas comisarías de la ciudad, a fin de que sean conocidos por los agentes de la autoridad. Hecho esto se les pone en libertad dándose orden a los agentes de prenderlos nuevamente así que los hallaren. El ladrón queda de ese modo condenado a esquivar constantemente a los agentes de policía"²⁴⁶. El proyecto de 1891, por otra parte, citaba como único antecedente de su disposición del art. 86, la ley francesa del 27 de mayo de 1885, que llevaba por título "ley sobre los reincidentes" y cuyo artículo 4 decía expresamente: "Serán relegados los reincidentes...".

Es curioso anotar que con motivo de la ley de 1885, se suscitó también en Francia una discusión acerca de si el concepto de reincidencia de esa ley era el mismo que el de los arts. 56, 57 y 58 del código penal, pues hubo opiniones de autores que pretendieron que esa ley podía aplicarse a casos de concurrencia real. Justamente el proyecto de la ley francesa decía: "Serán relegados los reincidentes y malhechores habituales", pero en la sanción se suprimió "y" quedando la referencia a "mal-

²⁴³ Así, CREUS, CARLOS, p. 28.

²⁴⁴ Proyecto, 1891, p. 101.

²⁴⁵ Idem, p. 29.

²⁴⁶ Proyecto, 1891, p. 30, nota 1.

hechores habituales" como aclaratoria, lo que dio lugar a que la Corte de Casación resolviese claramente en 1889 que la pena presuponia el estado de reincidencia del código²⁴⁷. Nuestros proyectistas de 1891 no podían desconocer estos problemas interpretativos, por lo que pusieron este artículo 86 dentro del título VII° ("De la reincidencia"), para que no quedase ninguna duda.

El art. 26 del proyecto de Segovia, para evitar aún más esta aviesa interpretación decía: "El reincidente sufrirá la pena correspondiente y será además deportado, cuando se encuentre en uno de los casos siguientes...".

La reforma de 1903 agregó entre los artss. 70 y 71 del código de 1886 la pena de deportación, "como accesoria de la última condena cuando concurren las condenaciones siguientes..."²⁴⁸. Pese a que la redacción y ubicación daba lugar a los mismos o quizá aún a mayores problemas que la vigente, parece que a ninguno de los autores de la época se le ocurrió pensar que podía aplicarse a quien no fuera reincidente²⁴⁹.

El proyecto de 1906, que fue el que introdujo el párrafo sobre concurso real calificado, en ningún momento pareció entender que el concepto que establecía en el art. 57 primer párrafo, se diferenciare del concepto general de reincidencia. A tal punto, es ello evidente para sus autores que expresaban que la pena de deportación la mantenían "como medio de combatir la reincidencia"²⁵⁰. Criticando el proyecto de 1906, tampoco le pasó por su mente a Julio Herrera que el artículo 57 era una pena para quienes no fuesen reincidentes, pese a que criticaba esa pena y la inclusión del segundo párrafo referido al concurso real²⁵¹. Finalmente, en la *Exposición* del proyecto de 1917 se decía que "para los demás reincidentes a que se refiere el art. 52 del proyecto, la relegación es una reclusión por tiempo indeterminado, que se impone como accesoria"²⁵².

En el curso de la sanción, el Senado —por sugerencia de González Roura recogida por el senador Rojas— sancionó el segundo párrafo del art. 52 en artículo aparte, pero la Cámara de Diputados no aprobó la reforma, quedando con su ubicación actual²⁵³. Si el mismo González Roura sostuvo la conveniencia de separarlo de la multi-reincidencia, resulta poco coherente que luego le atribuyere una naturaleza distinta a todo el art. 52.

Realmente, a la luz de todos los antecedentes y de los argumentos dogmáticos que operan en contra de la tesis de la "habitualidad" como fenómeno independiente de la reincidencia, creemos que ha sido menester un esfuerzo imaginativo enorme puesto al servicio del afán represivo, para inventar y sostener esa tesis.

²⁴⁷ V. TEISSEIRE, EDOUARD, *La transportation pénale et la relégation d'après les Lois des 30 mai 1854 et 27 mai 1885*, Paris, 1893, pp. 172 y ss.

²⁴⁸ Edición Oficial, Bs. As., 1903, p. 22.

²⁴⁹ PIÑERO, O., *Derecho Penal*, Bs. As., 1909, p. 309; RIVAROLA, RODOLFO, *Derecho Penal Argentino*, Madrid, 1910, pp. 365 y 515.

²⁵⁰ Proyecto, 1906, p. XXV.

²⁵¹ HERRERA, JULIO, pp. 560 a 564; igualmente lo interpretó PECO, *La reforma penal argentina de 1917-1920*, Bs. As., 1921, p. 452.

²⁵² Proyecto, 1917, p. 95.

²⁵³ MORENO (H), RODOLFO, III, 108.

La forma drástica en que se hallaba legislada la pena accesoria del art. 52 fue motivo de severas críticas²⁵⁴, que dieron lugar a la reforma de 1944, que dio a los arts. 52 y 53 su redacción actual. Se pretendió ver en la disminución de la dureza implicada por el art. 53 un argumento en favor de que se trata de un supuesto distinto al de reincidencia, como también al incluir en el art. 52 el último párrafo²⁵⁵. Con toda razón dice Ghione a este respecto que esto no cambia para nada la cuestión, no sólo porque la gravedad de la sanción se mantiene, sino también porque "no hay relación lógica entre el supuesto argumento y la tesis a demostrar"²⁵⁶.

Por otra parte, pocas dudas pueden haber acerca de que el concepto de "habitualidad" criminal, en aquellos países en que la ley lo contempla, es sumamente confuso y problemático. Así, para mencionar algunos ejemplos, basta recordar en Italia la opinión de Allegra quien, siguiendo a Rosmini, entiende por habitualidad "un permanente consentimiento al acto"²⁵⁷, criterio opuesto al que sostiene ahora Sanick en Brasil, para quien la delincuencia habitual requiere una repetición de acciones, lo que la diferencia de la delincuencia "por tendencia"²⁵⁸, la cual para Oliveira es una cuestión de mera peligrosidad²⁵⁹. No vemos qué necesidad hay de "comprar" un problema que es por completo ajeno a nuestra ley.

Como consecuencia de nuestra posición, queda para nosotros claramente establecido en el código penal que la previsión del primer párrafo del art. 52 se refiere a la multi-reincidencia y que, por consiguiente, el párrafo 4º del art. 50 es aplicable al primer párrafo del art. 52, por tratarse de un elemento del instituto básico del que la multi-reincidencia depende conceptualmente²⁶⁰.

Habiendo quedado descartada la tesis correcta, que interpretaba al último párrafo del art. 50 como vigente para cualquiera de las condenas necesarias para configurar reincidencia (puesto que la discusión doctrinaria se cerró con la reforma de la ley en el sentido porteño), carece de objeto la disputa suscitada en torno de la forma de contar la prescripción del antecedente, en que para Soler se sumaban los plazos²⁶¹ y para Núñez se operaba la prescripción paralela²⁶².

²⁵⁴ Como pena perpetua la entendía HERRERA (p. 81) y como sentencia indeterminada IRURETA GOYENA (cit. por PECO, JOSÉ, p. 454).

²⁵⁵ Así, en el referido fallo plenario de la Cámara de la Capital.

²⁵⁶ GHIONE, op. cit., p. 148.

²⁵⁷ ALLEGRA, GIULIANO, *Dell'abitudine criminosa*, Milano, 1928, p. 166.

²⁵⁸ SZMICK, VALDIR, *Delito habitual*, São Paulo, 1980, p. 46.

²⁵⁹ OLIVEIRA, EDMUNDO, *O delinqüente por tendencia*, Rio de Janeiro, 1980, p. 39.

²⁶⁰ Cfr. NÚÑEZ, II, 485; SOLER, II, 440; DE LA RÚA, 710.

²⁶¹ SOLER, II, 441.

²⁶² NÚÑEZ, II, 486.

La *consecuencia* necesaria de la multi-reincidencia calificada es la reclusión accesoria. Sin embargo, la reforma de 1944 ha introducido una variante, con el último párrafo del art. 52: "*Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, en los casos de menor peligrosidad en el condenado*". Conforme a la letra de la ley, daría la sensación de que la menor peligrosidad del penado autoriza su aplicación en suspenso, la que se haría efectiva recién en caso de nueva condena.

El problema que esta disposición plantea es que si consideramos que el nuevo delito da lugar a la aplicación de la pena suspendida en la anterior condena, ésta no resulta accesoria de la última condena, sino de la penúltima, sin que quede espacio alguno para que el condenado cumpla la pena del último delito ²⁶³, puesto que deberá cumplir antes la pena accesoria de la penúltima condena. La única posibilidad lógica de que el condenado cumpla con la pena de la última condena y luego con la reclusión accesoria es considerar que la reclusión es accesoria de la última condena, y que "lo que la fórmula legal quiere decir no es que el juez debe imponer la accesoria y suspender su ejecución, sino que la primera vez que concurra el número de condenas exigido por el art. 52 para que proceda la imposición de la accesoria, los tribunales pueden apreciar la peligrosidad del condenado y no aplicar la medida si éste tiene menor peligrosidad" ²⁶⁴.

La aclaración de que lo que hace el tribunal que prescinde de la pena no es aplicar en suspenso la pena accesoria, sino no aplicarla en función de una causa personal fundada en la menor peligrosidad, por lo que la reclusión siempre será accesoria de la última condena y no de la penúltima, es sumamente importante por sus consecuencias. En principio, es el único sistema interpretativo que permite que el condenado cumpla la pena de la última condena y luego la reclusión accesoria. En segundo término —y dada la gran diferencia de opiniones que reina en cuanto a criterios para la aplicación de esta pena—, da lugar a que, en caso de que el tribunal que condene en último lugar entienda que la prescindencia de pena por menor peligrosidad no era procedente en el caso de la anterior condena, pueda prescindir también de la aplicación de la pena accesoria, puesto que con ello no afecta la cosa juzgada, lo que sucedería en caso de considerar que la pena es accesoria de la penúl-

²⁶³ Cfr. NÚÑEZ, II, 500.

²⁶⁴ *Ibidem*.

tima condena, supuesto en el cual el último tribunal no podría dejar de aplicarla sin afectar la cosa juzgada, es decir, la aplicación en suspenso por el anterior.

645. El concurso real calificado. El segundo párrafo del art. 52 del código penal dispone que "Se aplicará la reclusión como accesoria de la condena en los casos de concurso de delitos, siempre que los delitos juzgados hubiesen sido cinco por lo menos y que dos de ellos tuviesen fijada pena mayor de tres años de prisión".

Claramente, como la misma ley lo dice, se trata de un supuesto que no es de multireincidencia, sino una calificación del concurso real. Pese a que quienes sostienen que todo el art. 52 configura un sistema que llaman "habitualidad", pretenden reforzar su argumento en base a la presencia de esta hipótesis, a nuestro juicio —como ya lo hemos dicho— se hace claro que la misma no resulta coherente, puesto que la pretendida "habitualidad", sería un concepto carente de toda unidad. Según esa tesis, sería "habitual" el que, en un período de tiempo que no puede exceder el de las prescripciones de las respectivas acciones, comete cinco delitos, tanto como el que registra seis condenas, aunque cada una de ellas responda a un período distinto de su vida.

Correspondiendo, pues, rechazar esta solución, cabe entender que se trata de un supuesto distinto de la multireincidencia, que se ubicó en el art. 52 sólo porque acarrea la misma consecuencia que aquélla.

De toda forma, el fundamento de la agravación de la pena con la accesoria, es parcialmente el mismo que el de la multireincidencia calificada, es decir, el mayor contenido de injusto derivado del mayor peligro de alarma social. Como consecuencia de tener el mismo fundamento agravante —al menos parcialmente— entendemos que a su respecto también cabe excluir los delitos militares, políticos y amnistiados, tal como lo establece el párrafo 3º del art. 50, no pudiendo tampoco computarse los delitos cometidos antes de los veintiún años de edad, conforme al 2º párrafo del art. 51. queda claro que también a su respecto rige la causa personal de exclusión de la penalidad del último párrafo del art. 52.

Al equiparar los efectos del concurso real calificado a la multireincidencia, el legislador le agrega una pena accesoria a un supuesto que usualmente no es susceptible de la misma, como tampoco de agravación alguna. Dado el carácter excepcional de la agravación, no resultaría admisible incluir los delitos que se excluyen

de la reincidencia, puesto que, en tal caso, este supuesto de excepción sería tratado con mayor rigor que el caso ordinario de agravación de la pena.

El párrafo 2º del art. 52 aparece en el proyecto de 1906 sin que medie explicación alguna. Daría la sensación de que la fuente más cercana fuese el código noruego de 1902, cuyo art. 65 —que fue derogado por la ley del 22 de enero de 1929— decía: “Cuando alguien se haya hecho culpable de varios crímenes o tentativas criminales penadas por los arts. . . ., el tribunal puede proponer a los jurados la pregunta acerca de si el autor de esos actos, en razón de la naturaleza de esos crímenes, de los móviles que lo hayan determinado, de los instintos revelados, debe ser considerado como especialmente peligroso para la sociedad o para la vida, la salud o los bienes de los particulares”. “En caso de respuesta afirmativa, la sentencia podrá resolver que el acusado sea mantenido en estado de arresto. Esta detención suplementaria comenzará a correr desde el día en que la pena termine, durante todo el tiempo que fuese necesario, pero no podrá exceder el triple de la duración de la pena ni superar los quince años”.

Con buen criterio en Noruega se derogó este artículo, en tanto que nuestros codificadores de 1906 lo “objetivaron”, con la pretensión de captar tabuladamente una magnitud de peligrosidad. Herrera criticó duramente este párrafo del proyecto de 1906, desde el punto de vista de la presunción de peligrosidad, afirmando que “en el caso del concurso la justicia no ha hablado, no ha hecho ninguna advertencia al culpable y nada prueba que una condenación severa no lo reforme”²⁶⁵. Idéntica opinión daba Peco, quien agregaba que la equiparación del concurso real a la multireincidencia “resulta más chocante si se recuerda que pueden caer bajo el imperio de la regla anterior autores de delitos leves”²⁶⁶. Las críticas de Herrera fueron receptadas en la discusión parlamentaria por el Senador Rojas²⁶⁷, pero en la sanción original del código no triunfó la tesis crítica y, en lugar de “reclusión como accesoria”, decía “relegación como accesoria”, palabra que fue posteriormente reemplazada por la ley “fe de erratas”.

La exigencia de que dos de los delitos tengan fijadas penas mayores de tres años de prisión da lugar a serias dudas, puesto que algunos autores entienden que se trata de las penas concretamente fijadas por el tribunal²⁶⁸. Así lo entendió la Cámara de la Capital en su jurisprudencia plenaria, sentando la doctrina de que el alcance que debe acordarse a la frase referida “es el de no tomar en cuenta la sanción que en abstracto estatuye el código penal para cada uno de los delitos, sino la que hubiera debido fijarse en el caso concreto para cada uno de ellos, aisladamente considera-

²⁶⁵ HERRERA, JULIO, p. 563.

²⁶⁶ PECO, JOSÉ, op. cit., p. 453.

²⁶⁷ V. MORENO (H), RODOLFO, III, 107.

²⁶⁸ ASÍ, GONZÁLEZ ROURA, II, 134-5; MALAGARRIGA, I, 364; SOLER, II, 439.

dos”²⁶⁰. Es materialmente imposible, conforme a las reglas del concurso, que la sentencia establezca la pena que corresponde a cada uno de los delitos en concurso real, dado que la ley consagra un sistema de “pena total”. La misma jurisprudencia plenaria de la Capital es contradictoria, al admitir que no es necesario que la sentencia individualice la pena que corresponde al hecho o a los hechos de que conoce en caso de unificación²⁷⁰.

Creemos —con Núñez— que el principio de la pena total impone como “única interpretación susceptible de lograr los fines de la ley, la que requiere que por lo menos a dos de los delitos juzgados les corresponda una pena cuyo mínimo legal sea superior a ese monto de prisión o una reclusión equivalente, según la regla de conversión del art. 24”²⁷¹. No obstante, parece adivinarse en el criterio jurisprudencial de Buenos Aires la clara tentativa de limitar el supuesto del concurso real calificado, ante los casos de evidente irracionalidad de la pena, aunque puede llegarse a la misma solución con argumentos más técnicos, como puede ser la inconstitucionalidad de la pena *en concreto*, cuando la misma resulte cruel o irracional. En general, hay una clara tendencia jurisprudencial a limitar la aplicación de la pena del art. 52, la que se evidencia en las múltiples exigencias de que se lo va rodeando, siendo de destacarse el reciente criterio de la Corte Suprema que impide su imposición en cualquier instancia, sin la oportuna petición fiscal.

646. Escalas penales alteradas por la culpabilidad. Por regla general, las escalas penales que se fijan en el Libro Segundo del código penal, atienden de preferencia a la cuantía del injusto, en el entendimiento de que cada injusto se corresponde con la culpabilidad pertinente. Sin embargo, en forma excepcional, la escala penal se altera en razón de la mayor o menor culpabilidad²⁷².

Para detectar todos estos supuestos, sería menester realizar una muy particularizada investigación de la parte especial en procura de los mismos. Sin perjuicio de que al cabo de una investigación semejante puedan rectificarse las conclusiones a que de momento llegamos en cuanto al número de ellas, podemos mencionar una serie de supuestos que nos parecen claros.

²⁶⁰ Plenario del 7 de julio de 1964 (JA, 26-IX-64).

²⁷⁰ Plenario del 28 de abril de 1967 (LL, 17-V-67).

²⁷¹ NÚÑEZ, II, 498; en igual sentido la Suprema Corte de la Prov. de Buenos Aires, 10-XI-1970, en JA, 9 de junio de 1971; DE LA RÚA, 713.

²⁷² Cfr. BAIGÚN, DAVID, op. cit., p. 46.

En principio, ya advertimos al ocuparnos de los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, que había que distinguirlos de las referencias a la culpabilidad, aclarando que cualquier mención de la motivación era una señalización que pertenecía a la culpabilidad y no a la tipicidad. Pues bien, en la parte especial del código hallamos frecuentes referencias a la motivación del autor, que dan lugar a modificaciones de la escala penal.

Entre las hipótesis de *escalas penales aumentadas* por la motivación pueden señalarse homicidios calificados, como los cometidos por precio o promesa remuneratoria (inc. 3º del art. 80), por placer, codicia, odio racial o religioso (art. 80, inc. 4º), por no haber logrado el fin propuesto (art. 80, inc. 3º), el motivado en la función pública de la víctima (art. 80 bis, inc. 1º), el que se motiva en la función de integrante de las fuerzas armadas o de seguridad de la víctima (art. 80 bis, inc. 2º), casos todos en que la culpabilidad eleva la pena a privación de libertad perpetua.

Hemos visto que la motivación subversiva agrava la penalidad, dando lugar a una pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua (art. 19 bis), disposición que aparece consignada en la parte general. La motivación subversiva —de cuyo concepto ya nos ocupamos— también opera como agravante de las escalas penales en la usurpación calificada del art. 181 bis y en la apología del crimen del art. 213. En la privación de libertad calificada, parece que hubiese un elemento subjetivo del tipo cuando su inc. 1º se refiere a “fines religiosos, raciales o de venganza”, pero creemos que la referencia a “fines” importa un error de redacción, porque no pueden ser otra cosa que móviles, puesto que la venganza, el odio racial y las razones religiosas siempre son móviles, “causas psíquicas”, pero no pueden ser fines. Así, resulta claro que *por* venganza, *por* odio racial o *por* razones religiosas, bien pueden perseguirse fines de lucro, fines políticos, etc., aunque la motivación siga siendo cualquiera de ellas. El art. 275 califica el delito de falso testimonio cuando se comete mediante soborno, lo que implica la motivación del testigo falso en la paga o precio de su conducta.

En el art. 279, donde opera una clara causa de inculpabilidad, en favor del que comete el delito de encubrimiento en beneficio de un allegado, vemos que esta inculpabilidad se excluye cuando el sujeto actúa por precio, puesto que aparece esta motivación como incompatible con la que da base a la culpabilidad en ese artículo.

Si bien todos los casos que hemos mencionado se refieren a circunstancias que dan lugar a una culpabilidad —y, por consiguiente, a una pena— más grave, también el código contiene *escalas penales que aparecen reducidas en función de la menor culpabilidad del autor*. Como tales, cabe mencionar, ante todo, el párrafo último del art. 80, que se refiere a las circunstancias extraordinarias de atenuación en el parricidio, que neutralizan el efecto de la calificación por el vínculo. Hay allí una referencia bien clara a la motivación, como puede ser el supuesto del homicidio piadoso, aunque también caben otros supuestos en que se estrecha la autodeterminación del sujeto.

Una importantísima alteración de la escala penal en función de la menor culpabilidad la configura la emoción violenta excusable del art. 81, inc. 1º, que es un particular caso de imputabilidad disminuída²⁷³. En el infanticidio (art. 81, inc. 2º), depende de cuál sea la posición doctrinaria que se sostenga al respecto, pero lo cierto es que una corriente interpretativa ve en él, además del elemento subjetivo del tipo, un estrechamiento de la autodeterminación. En el cohecho, cuando falta el elemento subjetivo del tipo requerido en la figura básica, apareciendo como motivación la sola consideración al oficio del funcionario, la conducta da lugar a una pena privilegiada, que es la del cohecho menor (art. 259).

Aparte de estos ejemplos, en que específicamente el código en su parte especial altera las escalas penales en función de la culpabilidad, cabe considerar los casos de *errores invencibles sobre circunstancias atenuantes* o que, en general, dan lugar a que se crea que el injusto realizado es menor. Hemos dicho que a cada injusto corresponde una culpabilidad, pero hay circunstancias especiales que determinan errores tales como la falsa suposición de atenuantes, o la falsa convicción de que se coopera en un injusto ajeno cuando en realidad se tiene el dominio del hecho. En estos supuestos no podemos hablar de una ausencia de dolo, porque el sujeto conoce los elementos del tipo objetivo básico y quiere realizarlos, pero supone que a esos elementos se añaden otros que dan lugar a un injusto menor. Se trata —como en su oportunidad hemos dicho— de un error de tipo que no tiene relevancia a nivel de la tipicidad, porque el dolo del tipo básico no se afecta para nada. Sin embargo, la falsa suposición de circunstancias que hacen que haya un injusto

²⁷³ V. ZAFFARONI, *Notas sobre emoción violenta*, en "Doctrina Jurídica", La Plata; I-XII-1972, y la bib. allí indicada.

menor, cuando proviene de un error *invencible*, da lugar a que al sujeto no se le pueda reprochar el injusto más grave, como oportunamente lo hiciéramos notar.

Resulta clara en el caso —y racionalmente se impone— una aplicación analógica de la regla sobre el error del inc. 1º del art. 34: si quien no pudo comprender la antijuricidad de su conducta no puede ser reprochado (es inculpable), el que únicamente tuvo la posibilidad de comprender la antijuricidad de un injusto menor, sólo puede ser penado conforme a la culpabilidad correspondiente al injusto que creía cometer. Por supuesto que, para que operen las reducciones de las escalas penales a las penas que corresponden a los injustos menores, es necesario que el error sea invencible, puesto que, siendo vencible, únicamente podrán ser tenidos en cuenta dentro de los límites del art. 41.

Todas estas consideraciones son harto suficientes como para poner en evidencia que nuestra ley penal no se contenta con cuantificar las escalas por la magnitud del injusto, sino que muy frecuentemente da lugar a escalas especiales que toman en cuenta la culpabilidad del autor, lo que debe hacernos pensar seriamente en la importancia que la intensidad de este carácter del delito tiene en la cuantificación de la pena. Dadas las características más sutiles con que debe cuantificarse la culpabilidad, es mucho más difícil para el legislador identificarlas en las escalas penales, por lo que en general no lo hace, pero ello obedece a la esencia del fenómeno y no a que el legislador renuncie a hacerlo como regla. Lo cierto es que el esfuerzo hecho en todos estos casos, pone de manifiesto el interés que la ley tiene en que la culpabilidad señale un grado de cuantificación penal, siendo eso lo que fundamentalmente no puede perderse de vista dentro de nuestra ley.

647. El principio de unidad de la reacción penal. La coerción penal es la reacción estatal derivada del delito, que procura la resocialización del sujeto. La privación de bienes jurídicos, es decir, el contenido *penoso* de esta reacción es una consecuencia necesaria de la misma, cuyos límites son materia de vital importancia para nuestra ciencia. De cualquier manera, no pueden confundirse los límites de la pena con el contenido de la misma. El fin de la pena (la seguridad jurídica) le da un límite al medio de que se vale (la resocialización) para proveer a ese fin, pero la acción preventiva especial siempre la ejerce sobre un sujeto, sobre un hombre, que se muestra necesitado de resocialización en razón de

las conductas antijurídicas y culpables que comete, frente a las que el orden jurídico estima insuficientes las sanciones retributivas (reparadoras) de carácter preventivo general (no penal, eso es, civiles, administrativas, etc.).

Siendo la pena fundamentalmente resocializadora, es decir, preventiva especial por la resocialización, no puede justificarse que en el mismo sujeto converjan en forma independiente y simultánea varias penas. Las sanciones reparadoras pueden caer sobre él en el mismo número y cantidad que el de infracciones que las demanden, pero las penas resocializadoras no pueden multiplicarse con independencia. La pena tiene un carácter —por decirlo de algún modo— particularmente “pedagógico”, lo que demandará siempre que sea un *accionar unitario*, por múltiple que sea el número de infracciones (delitos) que se hayan cometido.

Hemos visto que en el concurso ideal hay un delito y, por consiguiente, una única pena que absorbe a las de las otras tipicidades menos graves en que incurre el autor. Allí funciona el llamado *principio de la absorción*, sin que haya ningún problema especial de cuantificación, como no sea el de reparar suficientemente en el grado del injusto, a los efectos del art. 41. Pero el caso no es el mismo cuando se presenta una *pluralidad de conductas* que son típicas y a cada una de ellas corresponde una pena diferente. En tales casos nos encontraríamos con una pluralidad de reacciones penales que la política penal más elemental exige que se aúnen en forma coherente y única. Ante ese supuesto, pensar en una mera *suma o acumulación* de las penas, es una reacción totalmente primaria e irracional, que pasa por alto que la acumulación o suma puede exceder notoriamente los requerimientos de la prevención especial y también los de la tolerancia por parte de la seguridad jurídica. Esto se hace sumamente evidente en el caso en que se debe juzgar por varios delitos a un mismo sujeto, es decir, cuando un sujeto ha cometido varios delitos y llegan todos juntos a conocimiento del tribunal. Tal es el caso del *concurso real*, que fue respecto del cual se ensayaron las distintas soluciones penales.

Puestos a resolver este problema, puede observarse que la comisión de varios delitos no tiene por qué denotar necesariamente que la demanda de prevención especial se multiplique por el número de delitos, puesto que bien puede mostrar una única inclinación o la mayor inclinación hacia conductas determinadas, ya puesta de manifiesto con el primer delito. En modo alguno se trata

de una cuestión matemática. Por otra parte, tampoco es cierto que la suma de penas se convierta en una simple suma del contenido "penoso" de las mismas. La suma conduce a "cargar el dolor de la segunda pena a un reo ya afectado por la primera; los dolores de su añadidura multiplican de intensidad hasta hacerse intolerables"²⁷⁴ y este aumento de "penosidad" llega a exceder el límite de lo que tolera el sentimiento de seguridad jurídica. Era esta tesis sostenida por Mittermaier, según el cual, mientras las penas se suman aritméticamente, el dolor aumenta geoméricamente²⁷⁵.

Pero tampoco puede admitirse el *principio de la absorción* cuando se trata de una pluralidad de conductas delictivas, puesto que no hay razón para que el autor de varios delitos se beneficie como si hubiese cometido uno sólo de ellos. Ambos principios llevan a consecuencias inaceptables: uno, por su iniquidad manifiesta; el otro, por su lenidad gratuita. Ambos se hallaron también históricamente en pugna: el principio de la suma o acumulación fue sostenido por el derecho romano —o así lo entendieron al menos los glosadores y los post-glosadores— y dominó a la jurisprudencia francesa del *anciéne régime*, contra la que reaccionó violentamente el código de 1791, estableciendo el principio de la absorción para la pluralidad de crímenes, que luego fue extendido a los delitos por el código de instrucción criminal de 1808²⁷⁶.

Frente a ambos principios, inadecuados para resolver la cuestión, surgió una tercera posibilidad, consistente en cuantificar aisladamente cada pena y sumarlas luego, aunque sin exceder cierto límite. Se trata de un *principio de acumulación limitado* o de una acumulación atenuada, que toma fundamentalmente en cuenta la mayor intensidad penosa devenida de la acumulación, pero que no tiene presente en absoluto la necesidad preventiva especial única.

Este era el sistema que consagraba nuestro código Tejedor (art. 177), que seguía al de Baviera (art. 109), siendo continuado por el código de 1886 (art. 85) y por el proyecto de 1891, cuyo art. 80 decía claramente: "Cuando concurren varios hechos independientes, reprimidos con una misma especie de pena, se aplicará una pena igual a la suma de las penas correspondientes a los diversos hechos", estableciendo luego la limitación.

Esta limitación a la acumulación, por cierto que es superior al sistema de la acumulación ilimitada, pero tiene el inconveniente de

²⁷⁴ CARRARA, *Programa*, 1924, II, 151.

²⁷⁵ Sobre ello, CRIVELLARI, IV, 258.

²⁷⁶ Cfr. NYPPELS, I, 212-219.

no consultar para nada las necesidades de prevención especial y de obligar a aplicar la suma en todos los casos en que no pase el límite indicado, obligando al tribunal a cuantificar la pena para cada delito como si la impusiese aisladamente, sumándolas luego hasta cierto punto, que era el del límite máximo tolerable.

No cabe duda que con este procedimiento no se salía del sistema de la acumulación y, pese a que “el concurso material de delitos determina un concurso de penas”²⁷⁷, no puede ser el mero procedimiento de la suma —limitada o no— lo que responda a una racional y adecuada prevención especial. Surge entonces el sistema que hoy se llama de la *aspersión*, tomado del código holandés y, secundariamente, italiano, pero que también consagraba el código alemán imperial. Tal es el sistema adoptado por nuestro código, que consiste en seleccionar entre las escalas penales correspondientes a cada uno de los delitos, la que tenga el mínimo mayor y luego “asperjarla” —es decir, rociarla o hisopearla— hasta agravarla adecuadamente. “Asperjar” significa, como hemos dicho, “hisopear” o “rociar”, y es eso, justamente, lo que se hace con la pluralidad de penas: se toma una de ellas y se la asperja con las restantes, eligiendo, como es natural, la que tiene mínimo mayor, puesto que no puede concebirse que el sujeto cumpla una pena menor que el mínimo más alto de las penas que concurren. Esta es la exacta descripción del sistema que adopta nuestro código penal vigente, es decir, nuestra ley positiva, sistema que Blei llama también “principio de agravación”, “conforme al cual las diferentes consecuencias jurídico-penales no se suman simplemente, sino que experimenta la más grave pena impuesta una adecuada agravación. Se construye así una *pena total* y de allí que pueda hablarse también del principio de la *pena total*”²⁷⁸.

Este sistema que responde al *principio de la aspersión, de la pena total o de la pena agravada* ha sido llamado siempre por nuestra doctrina “principio de la acumulación jurídica”, siguiendo a la doctrina italiana, denominación que puede dar lugar a confusiones.

Nuestra doctrina siguió a la italiana, que distinguía entre la acumulación “material” o “matemática” y la acumulación “jurídica”²⁷⁹, que

²⁷⁷ VANNINI, OTTORINO, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Firenze, 1954, p. 316.

²⁷⁸ BLEI, 300; SAMSON, en Rudolphi, *StGB*, 342.

²⁷⁹ Así, GONZÁLEZ ROURA, II, 144; DÍAZ, EMILIO C., op. cit., 1928, p. 122; GÓMEZ, I, 512; RAMOS, JUAN P., II, 122; SOLEA, II, 316; NÚÑEZ, II,

se señaló en Italia como intermedia entre la acumulación material (romana) y la absorción (francesa). La doctrina italiana siempre explicó que la acumulación jurídica "no se aplica en el sentido de hacer sufrir al condenado, en su variedad, todas las penas en que haya incurrido para cada uno de los delitos, operando sobre cada una de ellas, una reducción en atención al concurso con las otras ni (como habitualmente se dice) en atención a la mayor aflicción que lleva una pena cumplida inmediatamente después de otra ²⁸⁰, es decir, que no se trata de acumular todas las penas y hacer una "rebaja", sino de dictar una única pena formada en la manera cuyo mínimo y máximo señala. De la Rúa extrae incluso de aquí otro argumento más, reforzador de que nuestro código no puede aceptar el sistema de la consumación hipotética en la penalidad de la tentativa ²⁸¹.

La terminología italiana de "acumulación jurídica" ha hecho incurrir en error muy frecuente a nuestra jurisprudencia, puesto que "acumulación" significa amontonamiento o unión y, en verdad, las penas no se amontonan cuando se aplican en la forma descripta. Por otra parte, acumulación es un concepto óptico, que no corresponde alterar aplicando una idea jurídica, que no resulta clara y que obstaculiza toda la cuantificación de la pena del concurso real con la idea de que se aplican varias penas, que no puede menos que ser traída a la mente en razón de la imprecisa terminología empleada.

La fórmula inspiradora de nuestro sistema se halla en el art. 57 del código penal holandés, que decía: "El *máximum* de esta pena será la suma de las penas más elevadas establecidas para estos hechos, pero sin que se eleve a más de un tercio sobre el máximo de la mayor". Nuestros proyectistas de 1891 citaban este artículo ²⁸², pero, como vimos, seguían el sistema de acumulación.

El proyecto de 1906 fue el que percibió la diferencia entre la acumulación con límite y la aspersion, llegando así a una redacción casi idéntica a la vigente, con una única pena fundada en la de mínimo mayor. Captó mejor el sistema holandés y así quedó en el proyecto de 1916, pasó al de 1917 y fue sancionado.

Este accionar mediante una *pena total frente* a una pluralidad de delitos se reducía en casi todos los sistemas al caso en que en un mismo proceso había que juzgar a un autor único de varios delitos, es decir, la hipótesis que se conoce con el nombre de *concurso real o material*. Sin embargo, nuestro código va mucho más lejos y consagra como regla el principio general de la pena total, no sólo para el caso del concurso real (arts. 55, 56 y 57), sino que *exige que siempre haya una pena total y un único juez de ella, aún cuan-*

510; FONTÁN BALESTRA, III, 100 y 30; DE LA RÚA, 755; ZAFFARONI, *Teoría*, 715.

²⁸⁰ MAJNO, LUIGI, op. cit., 1924, I, 234.

²⁸¹ DE LA RÚA, 755.

²⁸² *Proyecto*, 1891, p. 282.

do los delitos hayan sido ya juzgados con anterioridad por otros tribunales, siendo irrelevante si el sujeto cometió el delito por el que se le juzga después de la sentencia o de las sentencias firmes anteriores, con anterioridad a éstas pero después del delito de que se conoce o antes del mismo. Lo que el principio demanda es la *unidad de la ingerencia de la pena estatal, mediante una pena total con la que se sancionen todos los delitos cometidos por el sujeto.* Dicho en otras palabras, en cualquier caso, mientras haya otra pena vigente y se deba penar nuevamente al sujeto, se le aplicará una *pena total* por un único tribunal (art. 58).

En el caso del único tribunal que entiende en varios delitos, no hay problema alguno de naturaleza procesal, pero cuando media una sentencia firme, la aplicación del principio de la pena total importa una *revisión de la sentencia firme en cuanto a la penalidad impuesta en la misma y la consiguiente aplicación de una nueva penalidad.* No es del caso que nos ocupemos aquí del problema procesal que esto implica, pero es bueno señalarlo, porque su naturaleza revisora no puede ocultarse.

El art. 63 del código penal holandés, el art. 83 del proyecto de 1891 que pretendía seguirle y el más fiel del proyecto de 1906 (art. 62), disponían que la regla de la pena total sólo se aplicaba al caso en que hubiese que juzgar a un sujeto, después de condenado por sentencia firme, por un hecho cometido con anterioridad. El art. 58 del proyecto de 1917 fue el que suprimió esta limitación y extendió el principio de la pena total a cualquier pluralidad de infracciones, siempre que diere lugar a una coexistencia de penas. Los antecedentes holandés y argentino se limitaban a establecer que el principio de la pena total se aplicaba a todos los casos de concurso real, es decir, a delitos que debían haberse juzgado por un único tribunal, puesto que eran todos anteriores a la primera condena, pero que no lo hubiesen sido por razones procesales, sea por no permitirlo la competencia judicial o los distintos estados de las causas. En definitiva eran disposiciones que no hacían más que asegurarse de que el principio de la pena total para el concurso real no se afectase por razones procesales.

Conforme a lo dicho, resulta claro que la regla general de nuestro código es que, conforme al principio de la pena total, *no pueden coexistir penas impuestas en forma independiente.* Este principio rige para cualquiera de las hipótesis que pueden tener lugar:

a) Para el caso en que un sujeto haya cometido varios delitos, sin que haya sido condenado en firme por ninguno (*concurso real*)

en cuyo caso la pena total la construye el tribunal que conoce de todos los delitos o el que conoce del último de ellos, en el supuesto de ser tribunales distintos.

β) Para el caso en que un sujeto cometa un delito después de la sentencia firme que le impuso una pena que está cumpliendo (*unificación de penas*).

Nuestra doctrina suele llamar “unificación de penas” a todos los supuestos en que debe condenarse por un delito después de una condena por la que el sujeto cumple pena. Es verdad que en todos estos casos, que son los contemplados en el art. 58 se produce una unificación de penas, construyéndose una pena total, pero en el caso de que la unificación de penas tenga lugar porque hay un concurso real, cuya única particularidad es que fueron distintos los tribunales que conocieron de los distintos hechos, la unificación de penas es una consecuencia de la *unificación de condenaciones*: así como en el concurso real de los arts. 55, 56 y 57 hay una única condenación, también la debe haber en los casos en que hayan sido dos o más las sentencias condenatorias recaídas todas sobre delitos cometidos antes de la primera. En otras palabras: *en el concurso real se aplica una pena total por una única condena (arts. 55, 56, 57) o por una condena unificada (una hipótesis del art. 58); en las restantes hipótesis permanecen todas las condenaciones, unificándose únicamente la pena en una pena total (otra hipótesis del art. 58)*²⁸³. Cuando por cualquier causa no se hayan unificado las condenas o las penas —según corresponda— el art. 58 consagra también una regla, conforme a la cual corresponde hacerlo a pedido de parte, al tribunal que haya aplicado la pena mayor (caso de unificación de condenas o de unificación de penas, que se conoce como “unificación de sentencias”).

²⁸³ Era muy clara a este respecto la posición de PEZO, para quien la prueba de que en el concurso real no hay pluralidad de condenas surge del art. 26: “En primer lugar —dice— en el concurso de delitos no hay condena anterior: son acciones independientes que se atraen entre sí. En segundo lugar, en el concurso de delitos, ningún delito deja de ser tenido en cuenta a los efectos de la pena”. (PEZO, José, en “Rev. Penal Argentina”, año I, p. 230).

El principio de la pena total opera, pues, en nuestro código, de la siguiente manera:

1. Cuando se juzgan delitos que se han cometido antes del pronunciamiento de una condena (reiteraciones o concurso real):

a) Pueden ser todos penados por el tribunal que conoce de todos en una *condena única* pronunciada en una sentencia única (art. 55). { La pena total resulta de la condena única pronunciada en la sentencia única.

b) Pueden ser penados por diferentes tribunales que conocen de cada uno de los delitos. Corresponde pronunciar una *condena única por vía de unificación de las condenas* (artículo 58, 1ª regla). { La pena total resulta de la condena única que unifica las condenas de los diferentes tribunales*.

2. Cuando se juzga un delito cometido después de la primera condena:

Se mantiene la *pluralidad de condenas* impuestas en las diferentes sentencias. { c) La pena total resulta de una mera unificación de penas (art. 58, segunda hipótesis contenida también en la 1ª regla)*.

En ambos casos, es decir, en la unificación de condenas y en la unificación de penas, la pena total la impone el tribunal que condena en último término. En caso de no hacerlo, debe proceder a la unificación —de condenas o de penas, según corresponda—, a pedido de parte, el tribunal que impuso la pena mayor, en función de una mera *unificación de sentencias*, prevista en la regla 2ª, del art. 58.

Las reglas para la construcción de la pena total las consagra el código en sus arts. 55, 56 y 57, que son los que se refieren al concurso real resuelto en una única condena, siendo el art. 58 el que extiende esas reglas (generalizando así el principio) a las restantes hipótesis, es decir, a los casos en que la unificación de condenas conduce a una pena total o en los que la pena total se impone como consecuencia de una pura unificación de penas. Siguiendo la sistemática del código, nos ocuparemos de las reglas para construir la pena total en el concurso real por única condena, sea que se trate de penas de igual (art. 55) o de diferente naturaleza (arts. 56 y 57), para tratar luego la extensión de la regla a los casos de unificación de condenas y de penas (art. 58, 1ra. regla), tratando por último los supuestos en que, por cualquier causa, se haya violado el principio de la pena única (art. 58, 2da. regla).

648. La pena total y el concurso real resuelto en una única condena. Las reglas generales para la construcción de la pena total están consagradas en nuestro código al referirse al concurso real o material resuelto en una única condena, es decir, en su artículo 55, que dice: "Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate".

El *límite mínimo* de la pena aplicable es el "mínimo mayor", expresión aclaratoria que fue introducida por la ley 21.338, en reemplazo de "mínimo de la pena mayor", que era la versión original del código de 1921, y que había dado lugar a confusiones, puesto que el mínimo de la pena mayor no necesariamente era el mínimo mayor. Con la reforma la discusión ha quedado cerrada y la ley se ha hecho eco de lo que consideramos la doctrina correcta ²⁸⁴.

El *máximo* de la escala penal resulta de la acumulación o suma de los máximos de las penas conminadas, que tiene por límite el "máximo legal de la especie de pena de que se trate". Cabe observar que se trata del máximo de la especie de pena y no del máximo establecido para cada delito o para cualquiera de ellos en particu-

²⁸⁴ Sobre esta cuestión, SOLER, II, 312; NÚÑEZ, II, 510; FONTÁN BALESTRA, III, 101-102; DE LA RÚA, 756.

lar. Las “especies de penas” son las que señala el art. 5º, esto es, reclusión, prisión, multa e inhabilitación. Sabido es que nuestro código no establece los máximos legales de estas penas en su parte general, pues sabemos que en el curso de la gestación legislativa fueron suprimidos. Como consecuencia de esa supresión un tanto inconsulta, los máximos legales a que puede llegar la suma de los máximos de todas las penas son los que se extraen de las previsiones de la parte especial, en la forma en que lo hemos hecho para cada pena en el capítulo anterior, prescindiendo de las penas perpetuas: veinticinco años para las penas de reclusión y de prisión.

La escala para la pena del concurso real del art. 55, es la más amplia facultad cuantificadora de pena que nuestra ley le concede a los jueces, cuya amplitud, por inusitada, es fuente de desorientación, contradicciones y arbitrariedades. Una “mechera” de tiendas, convicta de nueve pequeños hurtos simples, está sometida a una escala penal que va de un mes hasta veinticinco años de prisión. Un ámbito semejante para la determinación penal no lo concede nuestro código ni siquiera en el homicidio simple. De allí que, al elaborar dentro de nuestra doctrina penal una teoría de la determinación penal, sea un capítulo fundamental y que nadie puede dejar de lado, la adecuada consideración de la cuantificación de la pena total.

Este límite tan inusitado se fue gestando casi inconscientemente en el proceso legislativo. El límite del máximo de la especie de pena se hallaba en el código de 1886 y se adoptó en el proyecto de 1891, puesto que —como sabemos— ambos textos regulaban la cuestión por el principio de la acumulación limitada. El proyecto de 1906 rechazó ese sistema y adoptó el de la aspersión, del art. 57 del código holandés. Sin embargo, no receptó de ese texto la limitación al aumento de la pena en más de un tercio del máximo de la pena mayor, sino que permitió que la aspersión pudiera llegar hasta la acumulación de los máximos, con el único límite del máximo de la especie de pena que fuese. Sin embargo, en el proyecto de 1891 el máximo de la prisión temporal era de quince años y el de la multa no podía exceder del cuádruplo. El proyecto de 1906 se mostró imprudente al suprimir la referencia al cuádruplo de la multa, pero mantuvo el límite máximo de la prisión en quince años (art. 14). El proyecto de 1917, al mismo tiempo que generalizó el sistema de la pena total, hizo desaparecer el límite de la prisión. De esta forma llegó a nuestro texto una fórmula de amplitud tan enorme que, carente de un criterio rector claro, ha dado lugar a que nuestros tribunales la apliquen a veces casi como consagrada del principio de acumulación material, al punto de que la jurisprudencia plenaria se vio obligada a aclarar que “aunque pueda arribarse a la suma de las penas por el método compositivo cuando las modalidades

concretas de los hechos originarios lo autoricen, ello no significa su parificación con una mera operación aritmética”²⁸⁵.

Se ha propuesto distinguir entre concurso real y “concurso procesal”, llamando del último modo al que tiene lugar cuando entre los hechos no aparece otra conexión que pertenecer a un mismo autor y ser penados en un mismo proceso o sentencia²⁸⁶. Esta distinción no encuentra fundamento legal en el código penal argentino, pero lo cierto es que responde a una realidad óptica: hay hechos más independientes que otros; hay hechos que se encuentran en una relación de medio a fin; hay otros que se relacionan porque la ocasión es común o porque es idéntica; hay hechos que se vinculan por ser similares y señalar cierta inclinación del autor; hay otros cuya única vinculación es que pertenecen al mismo autor. Esta realidad óptica tiene que ser captada y encuadrada jurídicamente por el tribunal, conforme a los preceptos del art. 41, si se desea hacer una racional aplicación de la escala penal del concurso real.

El concurso real nos enfrenta con un problema que obliga a aplicar en concreto los criterios de cuantificación que estudiamos, pero no sólo en forma general, sino de la manera especial que adoptan en la particular óptica de la pena total construída por aspersion o agravación. No se trata únicamente de una pena que se aumenta por el contenido injusto del hecho, sino que a la alteración de la escala penal por ese contenido se le suman consideraciones político-penales por un lado, y otras que hacen a la culpabilidad y a la peligrosidad por el otro. De allí que no podamos considerar a la pena total como una cuestión de mero aumento o agravación de la escala penal por el contenido injusto del hecho, sino tomarla en cuenta, como un fenómeno aparte y con características propias.

En principio, al cuantificar las penas en relación con el contenido injusto del hecho, hemos visto que no puede pasar por alto que el cumplimiento de dos penas aisladamente no provoca el mismo sufrimiento que la ejecución de ambas en forma continuada, que es un fenómeno que aumenta el contenido penoso de las penas aisladas. En general, este fenómeno suele darse en las penas privativas de libertad, debiendo valorarlo el tribunal en cada caso, conforme a las condiciones personales del procesado.

²⁸⁵ CCCC, plenario “Filipini”, 14-9-1965 (LL, 18-11-1965).

²⁸⁶ NUVOLONE, PIETRO, *El sistema del Diritto Penale*, Padova, 1975, p. 358.

Al margen de este fenómeno, que es casi el normal, cabe consignar que en la determinación del grado de culpabilidad, podemos hallarnos con delitos que tienen lugar en una *unidad de ocasión* (el que mientras ejerce violencia para robar, aprovecha la misma violencia para cometer un abuso deshonesto) en el que no puede reprobarse dos veces la fuerza que es característica común a ambos tipos y que en realidad ejerció una única vez. Por otra parte, cuando entre dos delitos se da una *relación de medio a fin*, el reproche no puede ser el mismo que para los delitos aislados, puesto que, en definitiva, se le está reprochando una empresa que abarca dos conductas típicas y la culpabilidad de una no puede desvincularse del todo de la culpabilidad de la otra. Tampoco puede multiplicarse o sumarse la reprochabilidad de conductas que tienen lugar en *identidad de ocasiones*. En casos tales como el del empleado que sustrae en las mismas circunstancias varias sumas, de la mujer que cae en adulterio varias veces —como en el ejemplo de Welzel—, no justifican un delito continuado en función de la culpabilidad unitaria²⁸⁷, pero no cabe duda que la reprochabilidad es menor, puesto que quien se dejó seducir una vez por las circunstancias, deberá hacer cada vez un mayor esfuerzo por evitar la tentación en futuras ocasiones idénticas. En estos casos no puede haber unidad delictiva porque hay una pluralidad típica, pero hay una única culpabilidad decreciente, puesto que la dependencia interna de la voluntad de una exteriorización con las restantes tiene por efecto reducir la culpabilidad²⁸⁸. De allí que no pueda caerse en una pura suma de reproches jurídicos.

Por último, la peligrosidad del autor, fungiendo como correctivo, tampoco se aumenta en razón directa con el número de infracciones cometidas, sino que incluso la unidad de ocasión o la relación de medio a fin pueden no indicar otra cosa que exactamente el mismo grado de peligrosidad. De allí que la necesidad preventiva especial tampoco se multiplique y, por consiguiente, tampoco en forma necesaria lleve a un aumento de la penalidad.

En síntesis, en la cuantificación de la pena para un concurso real, el tribunal debe aplicar la de mínimo mayor, aplicando la agravación de las restantes si corresponde y en la medida en que corres-

²⁸⁷ Así lo pretende WELZEL, 229.

²⁸⁸ HONIG, RICHARD, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform*, Mannheim, Berlín, u. Leipzig, 1925, p. 113.

ponda, tomando en cuenta que usualmente las penas acumuladas incrementan el poder aflictivo que tienen aisladamente, como también que los hechos pueden conectarse sin perder su independencia, presentado características comunes o revelando una misma necesidad preventiva especial, lo que en cualquier caso impide proceder por la vía de una acumulación matemática, que únicamente es admisible en casos aislados, en que los hechos independientes sean de máxima gravedad, no presenten ningún tipo de contacto entre sí y revelen una grave necesidad de prevención especial referida a facetas distintas de la personalidad del autor.

649. La pena del concurso real en las hipótesis del art. 56 del código penal. Los párrafos primero y segundo del art. 56 se refieren a los casos en que se forma la pena total por concurrencia de penas de prisión y de reclusión. En el texto original del código, el párrafo primero abarcaba también la multa, puesto que se refería a la concurrencia de “penas de distinta naturaleza” y, como el texto del párrafo tercero excluía del régimen a la inhabilitación, quedaba claro que se ocupaba de la reclusión, la prisión y la multa. La reforma introducida por la ley 17.567 consagró el texto que ahora rige, sustrayendo a la multa del régimen establecido en los párrafos primero y segundo. El texto vigente fue reintroducido por la ley 21.338, puesto que su anterior vigencia con la ley 17.567 había quedado sin efecto en virtud de la ley 20.509.

El primer párrafo del artículo 56 se refiere a la hipótesis en que concurren hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión, en tanto que el párrafo segundo regula las hipótesis en que una de las penas aplicables fuese indivisible o perpetua.

En la primera hipótesis, es decir, resultando ambas penas divisibles la ley dice que “*se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor*”. La “pena más grave” es la de naturaleza más grave, es decir, la pena de reclusión. El problema más complejo lo suscitó la expresión “teniendo en cuenta”, que fue entendida por los primeros intérpretes de nuestro código como consagratoria del principio de la absorción²⁸⁹. En realidad, la expresión “teniendo en cuenta” es bastante incierta y, la verdad es que si se la considera aisladamente, por el principio orientador de la

²⁸⁹ Así, MALACARRIGA, I, 386; DÍAZ, EMILIO C., op. cit., 1928, p. 123; GÓMEZ, *Tratado*, I, 513 (también nosotros, *Teoría*, 715).

interpretación restrictiva, habría que interpretarla en el sentido antiguo.

Sin embargo, aquí yace uno de los casos en que por aplicación del principio republicano de gobierno debemos entenderla en el sentido de que también consagra el principio de la aspersion, porque falta cualquier explicación lógica que permita entenderla de otra manera. En el sentido que hemos dado a la aspersion, vimos que cuando concurren varias penas —que es lo que sucede en el concurso real—, se debe aplicar una única pena, que se forma con la de mínimo mayor asperjado con las restantes. La expresión “teniendo en cuenta”, al mero nivel del análisis exegético, puede entenderse como indicadora del procedimiento de aspersion o como indicadora del sistema de absorción. Sin embargo, si la entendemos en este último sentido, resultaría que cuando un sujeto comete varios delitos penados con penas de igual naturaleza, queda sometido al régimen más gravoso de la aspersion, pero si los delitos que comete están penados con penas de igual naturaleza, se beneficiaría, siendo penado como si sólo hubiese cometido un delito²⁹⁰. Por otra parte, si el párrafo primero del art. 56 consagrarse el sistema de la absorción, queda claro que el párrafo segundo adopta el de la aspersion y el tercero —como veremos— sigue el de la combinación. Esto implicaría que el código consagra el sistema más riguroso de la aspersion para las penas de igual naturaleza, para las de distinta naturaleza cuando una o ambas son perpetuas y también el más riguroso de la combinación cuando con penas privativas de libertad concurren las de multa o inhabilitación, en tanto que adopta el de menor rigorismo, esto es, el de la absorción, únicamente cuando las penas concurrentes son de distinta naturaleza y divisibles. No hay razón lógica alguna que permita hallar una satisfactoria explicación para tal inconsecuencia.

Por otra parte, la inconsecuencia resulta más grave de lo que así planteada parece, puesto que el concurso ideal importa un delito y una pena, en tanto que el concurso real importa varios delitos y varias penas. El principio de la aspersion construye con todas las penas una “pena total”, asperjando la de mínimo mayor con las restantes, pero si se aplicase al concurso real el principio de la absorción, ello implicaría que *los restantes delitos, es decir, los de*

²⁹⁰ Cfr., FONTÁN BALESTRA, III, 103.

pena menor, quedarían impunes, sin que esa impunidad pueda ser explicada a la luz de la razón.

Además, se podría dar el caso de que quedase impune el delito más grave, como cuando concurrieren materialmente conductas típicas del art. 143 (penada con prisión o reclusión de uno a tres años) y del art. 172 (cuya prisión puede alcanzar hasta ocho años), en que la pena de reclusión de hasta tres años desplazaría la de prisión hasta ocho años, por ser la pena más grave, conforme lo señala expresamente el art. 57. Esta consecuencia raya abiertamente en lo absurdo.

Por estas razones, creemos que el primer párrafo del art. 56 no hace otra cosa que consagrar el principio de la aspersión del art. 55 también para el caso en que concurrieren penas privativas de libertad divisibles, pero de naturaleza distinta. Para ese caso dispone que la pena de reclusión sea la que se tome como base, adecuadamente asperjada con la pena (o eventualmente las penas) de prisión correspondientes al otro (u otros) delitos concurrentes, reducidas a reclusión conforme a la regla del art. 24.

El texto no prevé el caso en que concurrieran dos o más penas de reclusión con una o más penas de prisión, pero lo adecuado es pensar que se selecciona la pena de reclusión de mínimo mayor—conforme a la regla de las penas de igual naturaleza del art. 55—y se asperja con las restantes penas de reclusión y prisión, reducidas las de prisión a reclusión conforme a la regla del art. 24.

En general, hay coincidencia doctrinaria en cuanto a que el sistema del primer párrafo del art. 56 es el de la aspersión, pese a que son frecuentes las diferencias en cuanto a la denominación del mismo, toda vez que algunos autores hablan de “absorción relativa”²⁹¹ y otros de “acumulación”, hablándose también de “conversión relativa”²⁹². En rigor de verdad, lleva razón la tesis que sostiene que el sistema que se designa de tan diferente manera es el que los alemanes llaman “aspersión” y que es le que consagra el código²⁹³. El sistema de la absorción, que algunos llaman “absoluta”, y que era el que los autores antiguos creían que se consagraba en el art. 56, ha sido descartado en la interpretación de esa

²⁹¹ Así NÚÑEZ, II, 512; parece seguir en esto a GONZÁLEZ ROURA, II, 145.

²⁹² Así, SOLER, II, 317.

²⁹³ Cfr. FONTÁN BALESTRA, III, 104.

disposición por la generalidad de la doctrina contemporánea²⁹⁴, con argumentos similares a los aquí señalados.

A las consideraciones dogmáticas señaladas se suman argumentos de carácter histórico, que confirman la interpretación que ahora postulamos, en consonancia con la opinión dominante. El origen del texto vigente se halla en el art. 81 del proyecto de 1891, cuya redacción pese a adoptar el sistema acumulativo, era mucho más clara que la original del código y que la actual: "Cuando concurren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de diferente naturaleza, se impondrá cada una de éstas, reducidas a la especie de la más grave, según las proporciones del art. 45, siempre que la suma resultante no exceda del maximum legal de aquella especie de pena". Sin embargo, este texto consagraba claramente el principio de la acumulación o de la suma, al igual que su art. 80 para las penas de igual naturaleza; lo que sucedía era que el modelo tomado era inconsecuente: cuando las penas eran de igual naturaleza, el código holandés adoptaba la aspersion (art. 57), pero con penas de naturaleza diferente prefería la reanudación, aunque también la limitaba, puesto que todas acumuladas no podían exceder más de un tercio de la más fuerte (art. 58).

En realidad, nuestro proyectista de 1906, así como tomando directamente la base holandesa reelaboró el art. 55, hizo lo propio con el art. 56, pero lo mejoró, concorporándolo al sistema de la aspersion, sólo que con terminología defectuosa. Pese a que la obra fue en general buena, no quedó clara y no se ha destacado suficientemente la importancia de esa reelaboración que nuestros proyectistas de 1906 realizaron. La tan enfática referencia a la pena más grave, justamente tiene por objeto reaccionar contra el sistema del art. 58 holandés, que decía que "se impondrán todas esas penas". La reacción tan fuerte contra la aplicación de todas las penas les llevó a usar una fórmula que dio margen literal para ser interpretado como consagradoria de la absorción. Lamentablemente, los autores del proyecto de 1906 no comentaron la importante modificación que introducían. La *Exposición* se limitó a decir: "El concurso de delitos legislado en el código en el título de la agravación de las penas, es objeto de un título especial en nuestro proyecto, y las modificaciones que hemos introducido, tienen por objeto llegar, lo más aproximadamente posible, a la justa proporcionalidad del castigo"²⁹⁵. No obstante lo dicho, la expresión "teniendo en cuenta" la tomaron también del código holandés, que la usa en el art. 63 para indicar que queda sometida la pena por delito anterior al régimen de la pena total ("il lui est tenu compte de la première peine")²⁹⁶.

Conforme al sistema vigente, la prisión se convierte en reclusión de acuerdo con la regla del art. 24, procediéndose luego a la

²⁹⁴ V. además, DE LA RÚA, 758; parece sostener la opinión contraria CREUS, 145.

²⁹⁵ *Proyecto*, 1906, p. XLVII.

²⁹⁶ MARC ANCEL-IVONNE MARX, *Les Codes Pénaux Européens*, III, p. 1395.

aspersión, como si se tratase de las penas iguales del art. 55 ^{296 bis}. Si bien el art. 56 no consagra como límite máximo el de la especie de pena de que se trate, resulta claro que remite al sistema del art. 55. Sin embargo, aquí hay una cuestión interpretativa muy delicada: el código holandés prohíbe que la pena exceda “en más de un tercio la duración de la pena más fuerte” (art. 58); el art. 81 del proyecto de 1891 prohibía que excediera el máximo legal de la pena más grave; el art. 60 del proyecto de 1906 y el art. 56 original y vigente no dicen nada al respecto. Una opinión sostiene que puede asperjarse hasta el máximo de la pena de reclusión ²⁹⁷, en tanto que otra entiende que es hasta el máximo de la pena de que se trate ²⁹⁸.

¿Pueden las penas menores, es decir, de prisión, agravar la pena de reclusión, reducida a ésta conforme a la regla del art. 24, hasta alcanzar el máximo de la reclusión? Nos parece que no es admisible, sino que creemos que *la pena de reclusión puede ser asperjada con las de prisión reducidas a reclusión hasta un máximo de doce años y seis meses de reclusión.*

Si el código considera que dos días de prisión equivalen a uno de reclusión, las penas que agravan la reclusión no pueden sumar más que veinticinco años de prisión, es decir, doce años y seis meses de reclusión. No parece admisible que cuando un sujeto caiga en un concurso real en que un hecho sea, por ejemplo, un incendio de peligro común, penado con reclusión o prisión de tres a diez años, esa pena pueda ser agravada hasta con treinta años de prisión sumados por las penas máximas de otros delitos, puesto que no hay ninguna pena de treinta años de prisión. En el art. 143 concurrendo con quince hurtos simples podría llegar a ser agravada la pena máxima de reclusión (tres años) con cuarenta y cuatro años de prisión (que conforme al art. 24 son veintidós años de reclusión). Creemos más adecuado que las penas de prisión que agravan a la de reclusión no puedan superar juntas el máximo legal de los veinticinco años de prisión, esto es, los doce años y seis meses de reclusión.

^{296 bis} Tratándose de penas militares, la prisión mayor y menor equivale a prisión y la reclusión determinada e indeterminada a reclusión. La regla de la imputación de la prisión preventiva militar (art. 589) no es aplicable, por las especiales características de esta prisión preventiva (Cfr. ZAFFARONI-CAVALLERO, op. cit., p. 571).

²⁹⁷ Así, NÚÑEZ, *Manual*, 317.

²⁹⁸ Así, FONTÁN BALESTRA, III, 104.

Núñez argumenta que el máximo está dado por la pena de reclusión en función de que el texto sancionado eliminó el límite puesto en el art. 81 del proyecto de 1891. Justamente, como lo eliminó, creemos que corresponde considerar que el límite no es el máximo de la pena más grave, como decía aquel texto.

El texto vigente, siguiendo al art. 61 del código holandés, establece en su art. 57: "A los efectos del artículo anterior, la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan en el artículo 5º". En realidad, toda vez que el art. 56 se limita a la distinta gravedad entre la reclusión y la prisión, la terminología del art. 57 y su remisión señalizante de un orden jerárquico entre las cuatro penas, carece hoy de sentido.

El párrafo 2º del art. 56 establece que "si alguna de las penas no fuese divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua". Las penas no divisibles no son otras que las penas perpetuas, de modo que la primera hipótesis ("si alguna de las penas no fuese divisible") se limita al caso en que la reclusión perpetua concurre con prisión temporal. En la segunda hipótesis, es decir, en el caso de concurrencia de prisión perpetua y reclusión temporal, la pena de reclusión temporal asperja a la de prisión perpetua, llevándola a reclusión perpetua. La agravación resulta irracional, porque una prisión perpetua y otra prisión perpetua no pueden convertirse en reclusión perpetua, en tanto que cualquier pena de reclusión, aunque sea mínima, agrava la prisión perpetua convirtiéndola en reclusión perpetua. De cualquier manera, la hipótesis no parece hallarse en el texto vigente, donde la prisión perpetua se conmina alternativamente con reclusión perpetua.

Otro de los sistemas que se conocen en la legislación comparada para regular la pena del concurso real es el *principio de combinación*²⁹⁹. Según este principio, las penas de diferente naturaleza no se reducen a una misma naturaleza sino que se combinan, es decir, que se aplican en forma conjunta. Este es el principio que siempre rigió en nuestro código cuando la inhabilitación concurría con una pena de otra naturaleza, y la ley 17.567 (y luego la 21.338) agregaron también la multa al sistema de la combinación, de modo que este sistema rige actualmente para ambas penas, que quedan excluidas del principio de la aspersión. Ello está claramente deter-

²⁹⁹ V. SAMSON, en Rudolphi, StGB, p. 342.

minado en el tercer párrafo del art. 56, que dispone que “la inhabilitación y la multa se aplicarán siempre sin sujeción a lo dispuesto por el párrafo primero”.

650. La pena total en la unificación de condenas. La primera regla señalada por el art. 58 del código penal es la que extiende el principio de la pena total a cualquier hipótesis de coexistencia de penas independientes: “Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme, se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto”.

El texto tiene su origen en el art. 83 del proyecto de 1891, que fue reproducido como art. 62 del proyecto de 1906: aplicaba las reglas del concurso cuando “después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona por otro hecho cometido antes de dicha condenación”. El texto reproduce fielmente la idea del art. 63 del código holandés: “Si alguien, después de haber sido condenado a una pena, es todavía declarado culpable de un delito o de una contravención cometidos antes de esta condenación, se tomará en cuenta la primera pena, con aplicación de las disposiciones del presente título para el caso de juzgamiento simultáneo”.

Como puede verse, estos antecedentes aplican la pena total a los delitos que debían ser juzgados *simultáneamente* y que, si no se lo había hecho, sólo sería por razones procesales. La gran reforma, que extendió la pena total a todos los casos de coexistencia de penas, la introdujo el proyecto de 1917, puesto que la Comisión consultó a Tomás Jofré, quien propuso el texto vigente en la forma en que está redactado, con ínfimas diferencias de detalle³⁰⁰. El texto proyectado por Jofré le fue sugerido por éste a Rodolfo Moreno (h) en carta del 20 de abril de 1917³⁰¹. Jofré no da ninguna explicación, sino que simplemente dice en su carta: “El art. 60 reemplázelo por este”, proponiendo a continuación el texto vigente³⁰². La consulta a Jofré —el gran procesalista sanluiseño— fue motivada por las observaciones hechas por el eminente penalista catamarqueño Julio Herrera, quien se quejaba de que el proyecto de 1906 no hubiese aceptado el sistema del art. 76 del código italiano, afirmando que la reincidencia para nada obsta a la unificación de las penas, puesto que la acumulación es “injusta” en cualquier caso³⁰³. En realidad, la explicación

³⁰⁰ Al final del primer párrafo agregó comas después de las palabras “dictar” y “parte” y, seguidamente, donde dice “su única sentencia”, Jofré había escrito “una única sentencia”.

³⁰¹ La Exposición consigna la consulta a TOMÁS JOFRÉ (*Proyecto*, 1917, p. 97) y en las respuestas a la encuesta aparece el texto vigente propuesto por Jofré en la p. 277.

³⁰² Tampoco da explicación alguna cuando comenta el art. 58 sancionado (JOFRÉ, TOMÁS, *El Código Penal de 1922*, Buenos Aires, 1922, p. 133).

³⁰³ HERRERA, JULIO, *La reforma penal*, arts. 592-593.

de la fórmula de Jofré es esa crítica de Herrera, la que pone de manifiesto que la fuente del art. 58, en cuanto extiende la pena total a los delitos cometidos después de la primera condena, es el art. 76 del *Codice Zanardelli*.

La Exposición del proyecto de 1917 no pareció percatarse de la importancia del principio que consagraba, pues se extiende en consideraciones sobre otros aspectos de este artículo, sin mencionar la modificación que introduce. Peco, por el contrario, se da cuenta de su sentido, cuando comenta que "la disposición tiende a evitar la acumulación material de las penas, cuando el delincuente está cumpliendo la condena"³⁰⁴.

Esta hipótesis, al suprimir la limitación de su antecedente, que exigía que la segunda sentencia debiese corresponder a un hecho cometido antes de la primera sentencia, abarca las penas por hechos anteriores o posteriores a la sentencia condenatoria que aún se esté cumpliendo. De allí que corresponda la unificación tratándose de concursos reales en que hayan entendido distintos tribunales o en que hayan recaído dos o más condenaciones pronunciadas por un único tribunal, pero que también corresponda proceder a la unificación en casos de reincidencia³⁰⁵, con la diferencia de que cuando se unifican penas en supuestos de reincidencia, la pena total se produce como consecuencia de una mera *unificación de penas*, pero las condenas siguen conservando su pluralidad. Este fenómeno obedece a que el principio de la cosa juzgada cede en la medida necesaria para dar unidad a la acción preventiva, lo que configura un principio elemental del derecho penal, pero en modo alguno se trata de hacer desaparecer la condenación anterior, puesto que ésta, por ser anterior al segundo delito, no podría jamás haberlo contemplado (porque la sentencia sólo abarca hechos pasados), a diferencia de lo que sucede en el concurso real, donde de no obstar las razones procesales, la condena debía ser única.

Como consecuencia de que en los casos de *unificación de penas* (es decir, de construcción de la pena total en virtud de delitos cometidos después de la primera sentencia firme condenatoria) permanece la pluralidad de condenas, nada obsta a que permanezca intocado el número de condenas a los efectos de la reincidencia y de la multireincidencia, debiendo hacerse la salvedad, en los casos señalados, de que las penas que se toman en cuenta para

³⁰⁴ PECO, JOSÉ, *La reforma penal argentina*, Bs. As., 1921, p. 471.

³⁰⁵ Cfr. GÓMEZ, Tratado, I, 515; FONTÁN BALESTRA, III, 104; NÚÑEZ, II, 514; MASI, *Las normas jurisdiccionales del art. 58 y la unidad penal*, LL, 35-1052.

construir la pena total abarcan la del último delito conforme a la escala agravada de reincidencia que corresponda, como que también, la pena de reclusión accesoria por multireincidencia permanece siempre independiente, no unificándose en la pena total, puesto que es una agravación fija que conlleva la pena del último delito. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que no todos los supuestos de mera unificación de penas tienen lugar en casos de reincidencia, pues *los hay que son simples reiteraciones, que son todos los casos en que las penas no son privativas de libertad.*

No faltan algunas opiniones, francamente minoritarias, que entienden que el principio de la pena total no se aplica a los reincidentes. Así, González Roura ignoraba totalmente la significación del reemplazo del sistema holandés por el italiano y consideraba que la disposición del art. 27, que establece que en evidentes casos de reincidencia se aplique la pena total, es un reemplazo excepcional del sistema de la acumulación, que consideraba la regla para los reincidentes, por el sistema adoptado para la reiteración³⁰⁶. Mendaña recientemente rescita estos antiguos argumentos, aunque sin fuerza convincente. Los antecedentes que analiza son incompletos, porque no toma en cuenta la crítica de Herrera, que seguramente fue la que primó sobre Jofré. Por otra parte, su tesis, según la cual el art. 27 impone la acumulación de las penas y conforme a la cual la remisión a los arts. 55, 56 y 57, no tendría otro efecto que el de limitar el máximo conforme a la regla del art. 55, también carece de sentido, porque de no entenderse que el art. 58 abarca también a los reincidentes, no vemos de dónde se extrae la regla de que la acumulación de penas para los casos de reincidencia no puede exceder de veinticinco años³⁰⁷.

Resulta claro que nuestro legislador ha ensayado —no con muy buena fortuna— la unificación sintética del sistema del Codice Zanardelli, en forma tal que, para desentrañar lo que quiere decir la primera regla del art. 58 no nos queda otro remedio que acudir a la fuente. Herrera recomendó el sistema del art. 76 italiano y Jofré lo adoptó al suprimir el requisito de que la segunda sentencia fuese por delito anterior a la primera, sólo que trató ambas hipótesis en una misma regla —que es la primera regla del art. 58— pese a su distinta naturaleza jurídica. Esta unificación legislativa es un exceso de síntesis que ha desorientado a toda nuestra doctrina, dando lugar a las soluciones más dispares y, enventualmente, más incoherentes.

³⁰⁶ Así, GONZÁLEZ ROURA, II, 123.

³⁰⁷ MENAÑA, RICARDO J., *Unificación de penas*, en LL del 19-VI-78.

Sin embargo, el análisis de la naturaleza jurídica de cada hipótesis nos lleva directamente a la solución de los problemas. En el caso del concurso real se impone una *única condenación*, es decir, un único acto jurisdiccional por el que se condena al sujeto como autor de todos los delitos. Aquí la cosa juzgada cede hasta el punto de que lo que resta en pie de la primera sentencia es únicamente la declaración de los hechos probados y su calificación legal, desapareciendo no sólo la pena, sino la condenación misma. Aquí la cosa juzgada cae hasta ese grado, no sólo porque sea necesario salvar la unidad de la acción preventiva penal, sino que se impone salvar el principio constitucional de igualdad ante la ley, que impide que la pena se agrave por meras cuestiones procesales que imposibiliten que un tribunal dicte una única sentencia. Un impedimento procesal haría que unos autores queden sometidos al principio de la aspersion o agravación, en tanto que otros vayan a dar al de la acumulación, máxime si se considera que la pluralidad de sentencias se computa como número de condenas a los efectos del art. 52, lo que resulta absurdo, porque la ley procesal no puede hacer que un concurso real deje de ser tal³⁰⁸.

El art. 76 del código italiano decía: "Las normas contenidas en los precedentes artículos se aplican también en el caso en que, después de una sentencia condenatoria, se deba juzgar a la misma persona por otro hecho cometido antes de la condena".

"Las normas antedichas se aplican también en el caso de un delito cometido después de la condena a una pena temporaria restrictiva de la libertad personal y antes de que esté cumplida o mientras se cumple; pero el aumento de pena según los artículos precedentes es respectivamente de dos tercios, de la mitad o de un tercio, en lugar de la mitad, de un tercio o de un sexto. Para determinar tal aumento se toma en cuenta sólo la parte de pena que queda por cumplir al momento en que se pronuncia la condena, después de haber computado, cuando correspondiese, la agravante de la reincidencia. Pero si se ha cumplido la pena o extinguido la condena antes que sea exigible la nueva condena, la pena para el nuevo delito se aplica por entero".

³⁰⁸ Pese a que esto está indiscutido en la doctrina y en todos los antecedentes legislativos, la Sala 4ta. de la CCCC, en junio de 1978, anuló una sentencia por entender que correspondía la aplicación del art. 52 en virtud de pluralidad de sentencias unificadas por configurar concursos reales y sin que mediara requisitoria fiscal.

No puede pasar a nadie inadvertido que si Jofré suprimió esta pormenorizada referencia, fue porque quiso simplificar la fórmula y le pareció obvia la solución italiana, puesto que no podía tener "in mente" otra distinta, desde que adoptaba el sistema que había reclamado Herrera en su famosa obra y que es, como vimos, la verdadera exposición de motivos de la supresión de la referencia al "hecho cometido antes de la condena". Como puede verse, en el texto italiano estaban perfectamente separadas las dos hipótesis, ocupándose el primer párrafo de la unificación de condenas y el segundo de la unificación de penas. A Jofré le pareció factible simplificar la redacción con una genérica referencia al "hecho distinto" y con la agregación en forma genérica del requisito de que esté cumpliendo pena, que en el código italiano regía únicamente para la unificación de penas, pero no para la de condenas. Las tres reglas italianas que regulan la pena total en el caso de la unificación de penas, corrieron suerte diferente en el texto argentino, porque en tanto que a la tercera se la incorporó como norma general que abarcaría también unificaciones de condenas, la primera carece de sentido en el proyecto de 1906 —dado el límite inusitado del máximo de la especie de pena— por lo que se la suprimió y la segunda parece haberse considerado obvia, por lo que siguió idéntico destino.

Lo cierto es que esa simplificación dificulta hasta nuestros días una interpretación clara del art. 58, por lo que dividiremos su tratamiento, a partir de la naturaleza jurídica de las dos hipótesis contempladas, pasando a ocuparnos de la *unificación de condenas*, es decir, del concurso real resuelto en pluralidad de sentencias.

En estos casos, el tribunal que dicta la pena total puede aplicar su propio criterio dentro de la escala penal que se indica para la pena total en los arts. 55, 56 y 57, sin quedar obligado por la cuantificación hecha en la anterior sentencia. De allí que no sea verdad que la pena total deba tener para el caso como mínimo el de la pena impuesta por la sentencia anterior³⁰⁹, sino que puede incluso aplicar una pena inferior a aquélla³¹⁰. Tengamos en cuenta que la pena se establece operando como correctivo la peligrosidad en función de la necesidad de prevención especial expresada por el delito, pero esa necesidad debe juzgarse en el momento en que tiene lugar la sentencia condenatoria, y bien puede suceder, que

³⁰⁹ Así limitada la entiende FONTÁN BALESTRA, III, 111.

³¹⁰ Cfr. DE LA RÚA, 773; CCCC, Fallos, II, 310.

al momento de dictarse la segunda sentencia y unificar la condena, la peligrosidad revelada en el hecho resulte muy reducida en relación a la que presentara el autor al tiempo de la condena que cae con ese acto.

Así como el tribunal que sentencia un concurso real elabora la pena total sin necesidad de cuantificar previamente las penas para cada uno de los delitos, tampoco el tribunal que unifica las condenas y aplica la pena única en el caso del concurso real con pluralidad de sentencias, tiene por qué cuantificar previamente la pena del delito del que conoce en esa sentencia. Es correcta pues, la jurisprudencia de la Capital "no es nula la sentencia que se limita fijar pena única en el supuesto del art. 58 primera parte del código penal, sin especificación de la pena que corresponde en la causa por el hecho o hechos que motivan la sentencia"³¹¹.

No hay razón para excluir los delitos militares de la acción preventiva unitaria. La única limitación que al respecto establece el Código de Justicia Militar (art. 585) es la prohibición de unificar las penas por delitos *específicamente* militares con las de delitos comunes, "juzgados alguno o algunos de ellos por los tribunales de la justicia ordinaria". El mismo artículo prevé la unificación en caso de delitos comunes juzgados por tribunales militares y ordinarios, regida por reglas análogas a la del art. 55 CP. No prevé las reglas para los restantes casos: delitos militarizados y comunes, juzgados por tribunales ordinarios; delitos específicamente militares y comunes juzgados por tribunales militares. Cabe pensar que rigen supletoriamente las reglas del Código penal.

Tampoco hay razón para excluir de la unificación a los delitos políticos³¹², aunque sí a los amnistiados³¹³, puesto que desapareciendo el delito no hay condena que unificar.

Según el texto legal parece imposible unificar una pena que ya se cumplió, pues no tendría aplicación el principio de la pena total como expresión de la necesaria unidad de la acción preventiva penal³¹⁴. No obstante lo contundente de la expresión legal, cabe entender que la misma no puede interpretarse en forma que sea

³¹¹ CCC, Plenario "Ramírez", en LL, 17-V-1967.

³¹² Cfr. GONZÁLEZ ROURA, II, 147.

³¹³ Cfr. DE LA RÚA, 767.

³¹⁴ Cfr. NÚÑEZ, II, 514; MASI, op. cit., II, 1097.

lesiva del principio de igualdad ante la ley, ni tampoco pasar por alto el sentido de la disposición del art. 58.

Resultaría abiertamente lesivo al art. 16 constitucional, que un sujeto que cometiese dos delitos, uno en la Capital Federal y el otro en una provincia, en caso de ser condenado por la justicia de la Capital a una pena de prisión que se diese por compurgada con el tiempo de prisión preventiva sufrido, se viese privado de que esa pena se le unifique con la que la respectiva justicia provincial imponga por el segundo hecho. Obviamente, la situación sería notoriamente más gravosa para él, que para otro sujeto que hubiese cometido exactamente los mismos delitos, sólo que ambos en el ámbito territorial de una misma administración de justicia. Además, semejante entendimiento se podría agravar si se sostuviese que cabe en el caso computar como dobles las condenaciones a los efectos del art. 52, lo que dista de ser una sana comprensión del texto. Semejante solución contraviene las reglas más elementales de la igualdad ante la ley, que no puede afectarse por una simple diferencia del lugar de comisión ni por una cuestión de competencia territorial. La ley quiere que en todos estos casos haya una única condena, por lo que la cosa juzgada no puede esgrimirse contra el procesado y a costa del principio de igualdad, so pretexto de una expresión legal limitadora, que aparece en la ley cuando se incorporan a la fórmula los casos que no son de concurso, pasándose por alto esta distinción.

Únicamente apelando a la naturaleza jurídica de las dos hipótesis que sintetiza esa regla del art. 58 puede salvarse la constitucionalidad de este precepto, reduciéndolo a la unificación de penas. En el concurso real, la condena única es obligatoria en cualquier caso, porque *hay concurso real desde que se comete el segundo delito y no desde que se pronuncia la segunda sentencia*³¹⁵. Desde el momento del segundo delito “debe juzgarse” por concurso real, de modo que si no se lo ha hecho, porque por cualquier razón no se condenó por todos los delitos en una única sentencia, nunca puede tener el sujeto la pena cumplida cuando comete el segundo hecho, puesto que esa es la hipótesis que por definición, queda fuera del concurso real. Por consiguiente, cuando la ley se está refiriendo a la exigencia de que el autor esté cumpliendo pena,

³¹⁵ Esta es la solución de NÚÑEZ en Manual (p. 318, nota 28); otra era su opinión en II, 514, nota 595, donde afirmaba que lo que decidía era el cumplimiento al tiempo de la segunda sentencia.

no puede referirse nunca a la hipótesis del concurso³¹⁶, porque el deber de juzgar surge en el concurso real desde que se comete el segundo delito, lo que hace que corresponda entender que la exigencia de cumplimiento actual de pena está estrictamente limitada al caso de unificación de penas, que es donde tiene sentido, puesto que se funda en la necesidad de unificación del operar preventivo sobre el autor y, en tanto que no esté agotado, no existe bifurcación de ese operar y, por consiguiente, tampoco necesidad alguna de unificación.

Dado que al unificar las condenas desaparece la anterior condenación para convertirse en una única condenación para ambos delitos, que lo único que debe respetar son las declaraciones de hechos y calificaciones jurídicas de la anterior sentencia, es lógico efecto de la unificación de condenas, que desaparezca con la anterior también la forma en que fue impuesta y la modalidad con que se ejecutaba la pena que de ella se derivaba. Consiguientemente, corresponde que cese la condenación condicional y también la libertad condicional, sin perjuicio de que puedan imponerse o concederse nuevamente, siempre que lo permita la condenación única.

Resulta evidente que la condenación condicional no se revoca por incumplimiento de la condición (no cometer nuevos delitos) ni la libertad condicional se revoca por violación alguna a las reglas de la condicionalidad, sino que *cesan por aniquilamiento de la condenación misma*³¹⁷. Es obvio que el juez que las hace cesar es quien debe pronunciar la condenación única, porque su cesación no es más que el efecto necesario de la unificación³¹⁸. Tan evidente es que la cesación no puede considerarse revocación, hasta el punto de que el tiempo durante el cual el condenado ha estado gozando de libertad condicional se le debe computar como cumplimiento de pena en tales condiciones para los efectos de la pena total que surja de la nueva condenación.

Por otra parte, como la condenación única revisa las anteriores, se trata de una primera condenación y, por consiguiente, puede haber una condenación condicional, aún en el caso en que la condena que desaparece hubiese sido impuesta en forma efectiva, puesto que desapareciendo la condenación respectiva en virtud de

³¹⁶ Cfr. DE LA RÚA, 768; ALMEYRA-KENT, *Reiteración delictual y unificación de penas*, JA, 1966-VI, p. 139; BERGERO, E. B. D., *Unificación de penas y condena cumplida*, en LL, 122-1089.

³¹⁷ Cfr. DE LA RÚA, 772.

³¹⁸ Cfr. NÚÑEZ, II, 515.

la unificación de condenas, se tratará de una primera condena ³¹⁹. De igual modo, como el cese de la libertad condicional es una consecuencia de la caída de la condenación, no se trata de ninguna causa de revocación del beneficio y, puesto que el condenado tampoco es reincidente, nada impide que pueda concedérsele por segunda vez el beneficio.

651. **La pena total y la unificación de penas.** Cuando no se trata más que de una unificación de penas, pero subsisten todas las condenaciones, el caso presenta similitudes generales con la hipótesis que acabamos de ver, pero, pese a estar regulado en la misma regla primera del art. 58, tiene peculiaridades que le son muy propias.

Uno de los problemas particulares de la unificación de penas, que presenta una singular gravedad, es el de la cuantificación de la pena. La regla del art. 58 remite a los principios para la construcción de la pena total que se señalan en los arts. 55, 56 y 57, es decir, que remite a toda la regulación de la pena del concurso real, donde aparece como límite máximo el de la especie de pena de que se trate. De esta manera, surge una situación que puede entenderse absurdamente, pues parecería dar lugar a que si alguien, condenado a una pena de veinticinco años de prisión cometiese un delito poco antes de expirar su pena, la pena única importaría una pena total que no podría exceder de veinticinco años de prisión, con lo que el último delito —siempre que no fuese penado con pena privativa de libertad perpetua— quedaría prácticamente impune ³²⁰.

Esta absurda consecuencia no puede admitirse, sino que es resultado aparente de una fórmula legal que Jofré quiso simplificar en demasía y, en realidad, resultaría cierta, de no ser necesaria la introducción de distinciones provenientes de la naturaleza jurídica del instituto.

La cuestión planteada ha llevado a la doctrina nacional al máximo de su desorientación, llegándose a ensayar las soluciones más dispares: α) una tesis pretende computar el límite de la pena total a partir del momento de comisión del nuevo delito ³²¹; β) otra pretende que siempre corresponde computar la pena única desde la segunda sentencia firme ³²²; γ) para otra

³¹⁹ Cfr. VERA BARROS, OSCAR, *Condenación condicional. Significado doctrinario y jurisprudencia actual*, en "Cuadernos de los Institutos, Córdoba, 1960.

³²⁰ Sobre ello, DE LA RÚA, 770; MENDAÑA, RICARDO J., op. cit.

³²¹ Así, SOLER, II, 320.

³²² Así, FONTÁN BALESTRA, III, 111-112.

de las posiciones, el límite máximo de la especie de pena tiene vigencia respecto de la pena de los concursos reales, pero no para los delitos cometidos después de la sentencia firme anterior³²³; §) finalmente, no falta alguna voz aislada que pretende que esta inconsecuencia demuestra que el principio de la pena total no se aplica a los reincidentes³²⁴. Este último argumento carece de peso, porque el problema seguiría en pie, aún admitiendo que la tesis fuese correcta, pues en tal caso la regla no regiría para los casos de reincidencia, pero restaría la misma conclusión absurda para los delitos cuya comisión posterior a la sentencia no diese lugar a reincidencia, como cuando los delitos no están penados con privación de libertad o uno o todos son políticos o militares.

Hemos visto que nuestro legislador adoptó el sistema italiano, pero prescindiendo de la especificación de las reglas que ese sistema contenía en su art. 76. Una de ellas (la que requiere que la pena no esté extinguida) la incorporó como regla general, pero vimos que es sólo un requisito que opera para la unificación de penas y que no se extiende a la unificación de condenas, porque lesionaría al art. 16 constitucional. Otra de las reglas italianas, que aumentaba el máximo aplicable, también vimos que nuestro código no la receptó, puesto que tiene un máximo inusitadamente alto. La tercera regla del art. 76 del código Zanardelli parece haberla omitido nuestro legislador por considerarla elemental u obvia. Esta regla decía: "Per determinare tale aumento si tien conto soltanto della parte di pena che rimane da scontare al momento in cui é pronunziata la condanna, dopo aver computato, nella pena per il nuovo reato, ove occorra, l'aggravante della recidiva". Esta fórmula resuelve claramente toda la cuestión: *las penas que se unifican son la del nuevo delito con lo que resta por cumplir del primer delito; la pena así compuesta es la que no puede superar el máximo legal y se computa desde el momento de la sentencia firme que las unifica; para la pena total debe tomarse en cuenta la pena del segundo delito agravada conforme a la escala de la reincidencia, cuando el segundo delito importe reincidencia.*

Creemos que éstas son las soluciones que corresponde sostener en nuestro código y, en general, parece ser el criterio sostenido en nuestra doctrina por Núñez, pese a que este autor da la sensación de afirmar que en cualquier caso hay que computar la pena desde el momento del segundo hecho. Dejando de lado esto, que creemos equivocado, nos parece que su fórmula es la correcta: "Si el hecho

³²³ Así, NÚÑEZ, II, 517.

³²⁴ Así, MENDAÑA, RICARDO J., op. cit.

determinante del nuevo juzgamiento es posterior a la sentencia definitiva, a los efectos del límite mencionado, sólo debe computarse la pena a ejecutar, porque ese hecho y el comprendido en la sentencia no concurren materialmente, según lo requiere el art. 55³²⁵.

Esta interpretación está avalada por la precisa regla del art. 76 del código Zanardelli, pero nos parece que Núñez no extrae de ella todas sus consecuencias y, además, se hace necesario darle un fundamento dogmático en nuestra ley. El fundamento dogmático es, a nuestro juicio, de carácter procesal: el art. 55 impone que cuando concurren hechos independientes se aplique directamente *una pena*, es decir, que haya un único acto jurisdiccional condenatorio (*condenación única*). El principio se lleva hasta el fin para no afectar la igualdad ante la ley, puesto que el respeto por la cosa juzgada perjudica al reo en estos casos, ya que lo somete al principio de la acumulación, rechazado por nuestro código penal. A tal fin, la cosa juzgada cede hasta hacer caer la condenación, lo que se pone claramente en evidencia por la circunstancia de que la nueva condena no infringe la condicionalidad del art. 26, que únicamente se viola al cometer un nuevo delito (art. 27); como tampoco es causal de revocación de la libertad condicional, donde no opera como tal la condena por otro delito, sino únicamente la comisión de un nuevo delito (art. 15, párrafo 1º).

Tratándose únicamente de *unificación de penas*, es decir, de delitos cometidos después de la primera sentencia firme, la condena no desaparece, porque no hay razón alguna para que caiga. Lo que se quiere evitar es una desviación de la acción preventiva especial en diferentes direcciones y también se quiere eludir la caída en una iniquidad manifiesta, al aumentar inusitadamente el contenido penoso por acumulación, pero lo cierto es que la condena primera no viola ninguna regla que exija condena única, puesto que en su momento el acto jurisdiccional condenó por el único delito que se había cometido. En este caso no fueron razones procesales las que dieron lugar a una duplicación de condenaciones, sino la elemental razón material de que había un solo delito cometido al sentenciar. Siendo ello así, la cosa juzgada no puede ceder hasta hacer caer la condena primera, porque implicaría beneficiar al que comete un hecho después de una condena, lo que, según todo el sistema del código (especialmente los art. 41 y 51) nunca puede ser motivo para un beneficio, porque volvería

³²⁵ NÚÑEZ, II, 517.

ilusorio todo el sistema de mayor rigor para los reincidentes, en función de la mayor alarma social causada por la reincidencia, e incluso para los no reincidentes, pero cuyos antecedentes penales pasan en la cuantificación penal conforme al art. 41, haciéndolo fracasar precisamente en los casos en que la reincidencia es más grave, por darse en períodos más cortos. *Al quedar en pie la condenación, tampoco puede caer la pena, que se mantiene vigente hasta la sentencia firme que pronuncia la condenación por segundo delito.* Lo único que hace la ley en estos casos es impedir que en razón de la segunda condenación se bifurque la acción preventiva ejercida sobre un mismo sujeto, cuyo contenido pedagógico demanda unidad, al tiempo que quiere evitar que lo que le resta por cumplir de la pena se acumule a la nueva pena, por configurar una iniquidad, pero no revisa la condenación que se pronunció sin violar ninguna regla, ni la pena que en función de la misma se cumplió correctamente.

De ello se desprende que lo que debe tomarse en cuenta es la pena del primer delito que no fue cumplida (o en la parte en que aún no fue cumplida) y la pena del segundo delito.

De la demostración de que la primera condenación no cae, se siguen las consecuencias que nos llevan a resolver los restantes problemas en forma coherente.

En principio, como la declaración de la comisión del segundo delito importa una segunda condena, se produce la revocación de la libertad condicional, con las consecuencias legales previstas en el art. 15, que corresponde declararla al juez del segundo delito, puesto que es su sentencia la que acredita procesalmente la violación de la condicionalidad. Tratándose de una revocación de la libertad condicional por violación de las condiciones, corresponde que no se compute el tiempo de libertad como cumplimiento de pena, según expresa disposición del art. 15, a diferencia de lo que sucede en la hipótesis del concurso, en que desaparecía toda la pena, por desaparecer la primera condenación. Por otra parte, tratándose de una revocación, la libertad condicional no podrá ser obtenida nuevamente en ese caso.

En segundo término algo análogo pasa con la condenación condicional: en el concurso cae la condenación misma, en tanto que en el delito cometido después de la sentencia firme cae únicamente la condicionalidad de la condenación, puesto que se ha violado precisamente la condición de no cometer nuevos delitos. De allí que

se apliquen las reglas de la pena total, según expresa disposición del art. 27.

El momento decisivo para averiguar si procede o no la caída de las condenaciones en el concurso real, es el momento de la comisión del último delito anterior a la sentencia firme primera, puesto que la comisión del último delito es la que cierra el número de hechos concurrentes. La pena que se le impone al sujeto por *todos* los hechos no puede exceder el máximo de la especie, a partir del momento en que es privado de libertad por cualquiera de los delitos. Como consecuencia de ello, el tiempo de detención y de prisión preventiva que hubiera sufrido por cualquiera de los delitos, incluso antes de la comisión del segundo o del último, conforme a la regla del art. 24, debe computarse a la pena impuesta en la única condenación. Ello obedece a que hay una única condenación a una pena total y toda prisión preventiva sufrida con motivo de esos hechos es parte del proceso que llevó a esa condenación y que debió ser único. Si un sujeto comete un segundo delito el día antes de quedar firme la sentencia que lo condena por el primero, impone la ley de fondo que se le condene por ambos hechos conjuntamente, es decir, que esa sentencia del día siguiente debería condenar a una única pena por ambos hechos, puesto que al exigirse una única condenación no se justifica la pluralidad de procesos. Por supuesto que eso es procesalmente irrealizable, por lo que se prevé el caso en forma particular, haciéndose evidente que todos los actos conducentes a las comprobaciones de hechos y calificaciones jurídicas de los mismos, son parte de un proceso que va a desembocar en la condenación única del juez que impone la pena total. De igual modo, en el caso del concurso debe computarse como cumplimiento de la pena única el tiempo durante el cual el sujeto haya estado sometido a pena por cualquiera de los delitos, porque al caer la condenación parcial en virtud de la condenación unificada, la pena arrastrada por la caída de la condenación pasa a ser abarcada en la pena total.

En cuanto a los delitos cometidos después de la primera sentencia firme, lo que resulta decisivo es el momento en que queda firme la segunda condenación, porque recién en ese momento tiene lugar la bifurcación de la acción preventiva y la acumulación de las penas, que es lo que la ley quiere evitar en cualquier caso. Aquí la cosa juzgada cede únicamente en cuanto a la pena que resta cumplir. El juez no tiene aquí la libertad de que gozaba en el caso

del concurso, puesto que aquí quedó firme la condenación y la parte cumplida lo fue sin que se violara regla alguna. El juez de la segunda condenación no puede reelaborar una condena en la parte que ya se cumplió, porque debe respetar el pasado, como un infranqueable límite metafísico de todo hombre. Únicamente puede disponer para el futuro. No es la ley la que le impide hacer que lo que fue no haya sido: se trata de una limitación humana, no legal. De allí que las penas que tenga que unificar sean la del delito, del que conoce con lo que le resta cumplir de la pena del delito que fue materia de la anterior condenación.

Por supuesto que corresponderá que unifique esas penas siempre que, en caso contrario, deba cumplir ambas, siendo aquí de rigor para la unificación el requisito de que "esté cumpliendo pena". Si la pena se hallase agotada, no sería posible unificarlas, porque no habría nada que unificar, sino sólo hacer cumplir la pena del segundo delito. Dado que la pena debe estarse cumpliendo —lo que también sucede cuando el sujeto se halla en libertad condicional— en el momento de la segunda sentencia lo que el juez unifica es la parte de pena que al condenado le resta aún por cumplir como consecuencia de la primera condena, con la pena que le impone en su segunda condenación.

Aquí el juez no goza de la amplia libertad de determinación que tiene en el caso del concurso, puesto que la pena total que elabore no puede tener un mínimo inferior al resto de la pena que le quede por cumplir al penado³²⁶. Esta limitación no la impone la ley, sino que surge del límite al que nos referimos hace un momento: el juez de la segunda condenación no puede hacer que lo que pasó no haya sido. Tiene detrás de sí una condenación que queda en pie y una pena de la que ya se cumplió una parte. La parte cumplida de la pena lo ha sido conforme a derecho (y no por meras razones de necesidad procesal, sino por razones de derecho penal material), de modo que no está autorizado a revisar esa pena ya parcialmente ejecutada, pasando por debajo del límite de lo que resta por cumplir, porque ello implicaría declarar la iniquidad de la pena que se está cumpliendo. Esto significaría un recurso de revisión extraordinario interpuesto por la vía de la comisión de un delito posterior y de la consiguiente segunda condenación. Di-

³²⁶ A este respecto lleva razón FONTÁN BALESTRA (III, 111), pero no en cuanto entiende que el mismo principio vale para el concurso real o unificación de condenas.

cho de otro modo: la segunda condenación no puede importar una declaración de la iniquidad de la pena que se está cumpliendo, es decir, que se ha ejecutado parcialmente.

Desde el momento en que una pena comienza a ejecutarse sólo puede ser revisada por las vías procesales extraordinarias que dan lugar a la revisión de la condenación misma.. Lo que sucede en el concurso real, es que cae la condenación arrastrando tras de sí toda la pena, pero no sucede lo mismo en los casos en que la condenación permanece y la pena se cumple, caso en el cual el Estado no puede permitir que uno de sus tribunales revise por inícuca la pena que se está cumpliendo por sentencia firme de otro de sus tribunales de igual jerarquía y cuya condenación queda vigente.

De aquí surge que la escala penal para la pena total, en caso de delitos cometidos después de una sentencia condenatoria firme y que sean sentenciados mientras aún se cumple la pena impuesta, debe integrarse con un mínimo consistente en el mínimo de la escala del delito que corresponda o en la parte de la pena que aún le resta por cumplir al condenado (según cuál sea mayor) y un máximo formado por la suma de lo que le resta por cumplir al penado y el máximo de la escala que corresponda al segundo delito. Así, si un sujeto al que le restan por cumplir dos años de pena comete un hurto (penado con prisión de un mes a tres años), la escala para la pena total de la unificación será de dos a cinco años; en lugar, si cometiese un robo en despoblado (penado con prisión de tres a diez años), la escala de la pena total sería de tres a doce años.

Esto implica que si es mayor el resto de pena que debe cumplir que el mínimo de la escala del delito cometido después de la condenación, la pena total se elaborará tomando el resto de la pena anterior y asperjándolo con la pena del nuevo delito. Inversamente, si el mínimo de la escala del nuevo delito es mayor que el resto de la pena que le queda al sujeto por cumplir, se toma la pena del nuevo delito y se la asperja o agrava con la pena incumplida del anterior.

Hay un supuesto particular en que la pena no se está cumpliendo cuando se comete el nuevo delito y, sin embargo, se dispone la unificación de las penas: es el caso de la condenación condicional por el delito anterior. Expresamente resuelve este caso el art. 27, por lo que siempre se ha entendido que corresponde aplicar las reglas de la pena total, aunque erróneamente se haya creído que el supuesto está abarcado por la expresión "cumpliendo pena" del art.

58³²⁷. En este caso, la segunda condenación elimina la condicionalidad de la primera, pero, como ya lo dijimos, deja subsistente la condenación, de modo que únicamente se opera una unificación de las penas, con la particularidad de que, por expresa disposición de la ley, la primera no podía ejecutarse hasta el advenimiento de la segunda condenación. Esta misma característica, que hace que el derecho impida la ejecución de la pena, en razón de la condicionalidad de la condenación, tiene por efecto cambiar totalmente la cuestión respecto de la escala de la pena total, puesto que ese impedimento jurídico hace que el poder público sólo pueda poner mano penalmente sobre el sujeto después de la segunda condenación, lo que deja una mayor libertad de apreciación al tribunal que dicta la segunda condenación que en el caso en que la pena de la primera condenación se esté ejecutando. En este caso, no hay impedimento alguno en que el tribunal del segundo delito pueda estar incluso por debajo de la pena impuesta por el primero, puesto que la existencia del impedimento jurídico para la ejecución de la primera pena —impuesta condicionalmente— da lugar a que el segundo tribunal reciba al condenado penalmente ileso, lo que le permite aplicar con amplitud su propio criterio, dado que nunca implicará declarar la iniquidad de una pena que se está ejecutando, que es lo intolerable en el otro caso, puesto que el Estado no puede tolerar que un tribunal declare la iniquidad de la pena impuesta por sentencia firme por otro y ejecutada (aunque fuera parcialmente).

Dado que en estos casos no hay más que una unificación de las consecuencias de dos condenas —que se impone en la medida en que esas consecuencias coexistan (puesto que de lo contrario no tiene sentido la unificación)— persisten todos los efectos de la pluralidad de condenas, especialmente los referentes a la reincidencia y multireincidencia, en los casos en que la configure. Esto puede traer algunas dificultades interpretativas cuando en la sentencia en que se impone la pena total no se especifica la cuantía de la pena correspondiente al nuevo delito, lo que no es requisito necesario ni mucho menos, puesto que el código no impone al tribunal ese procedimiento, sino que proporciona directamente la escala. Sin embargo, cuando a los efectos del art. 52 haya que cuantificar la pena de la segunda condena, será siempre necesario valerse de un medio interpretativo, porque no puede considerarse que la segunda con-

³²⁷ Así parecen entenderlo MALAGARRIGA, I, 393; GÓMEZ, en lugar, reconoce que no es un caso de cumplimiento (I, 517).

dena lo es por la pena total, puesto que ésta porta en sí parte o toda la primera.

Entendemos que, al sólo efecto señalado, cabe interpretar que cuando se resta a la pena total la cuantía del resto de la pena que le faltaba cumplir al penado o la pena impuesta condicionalmente, resultando una cantidad de pena superior al mínimo de la escala del nuevo delito, se debe entender que esa es la cuantía de la condena; en caso que resulte superior o igual al mínimo de la escala del nuevo delito, deberá entenderse que la segunda condena importa el mínimo de la escala del nuevo delito.

652. Competencia para la unificación de condenas, de penas y de sentencias. La unificación de las condenas y de las penas debe hacerla el tribunal que pronuncia la última sentencia, correspondiendo que lo haga de oficio³²⁸. Tal es la correcta interpretación de la Corte Suprema: "Cuando a raíz de un hecho distinto deba juzgarse a una persona que ya está cumpliendo pena por sentencia firme, corresponde al juez que pronuncie el último fallo dictar la sentencia única que establece el art. 58 del código penal, aunque para ello tenga que revocar la libertad condicional acordada por el primero"³²⁹. Se ha entendido que la unificación debe hacerse de oficio "en la etapa del proceso en que se encuentre", es decir, incluso en la segunda instancia y sin pedido fiscal³³⁰.

Leyendo superficialmente el art. 58 daría la sensación de que no es el tribunal que entiende en último término el que unifica las condenas o las penas. Ello obedece a que hay una inconsecuencia en la puntuación del texto, puesto que la primera parte del art. 58 contiene dos reglas, separadas por un punto y coma y, seguidamente, después de un punto, señala una regla de competencia. La impresión que da esta puntuación es que la regla de competencia se refiere a las dos hipótesis del primer párrafo, pero en realidad, corresponde únicamente a la segunda.

La segunda regla del art. 58 dice: "*o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas*". Algunos autores entienden que "dichas reglas" son las del concurso real en única condena (arts. 55, 56, 57), en tanto que otros creen que también se refieren a la primera parte del mismo art. 58, es decir, al caso en que se viole la unificación impuesta por esa pri-

³²⁸ NÚÑEZ, II, 515; FONTÁN BARRERA, III, 109-110.

³²⁹ Fallos, 212, pp. 403-404

³³⁰ Así CCCC, plenario "Dictado", en LL, 2-II-78.

mera regla. Creemos que cabe plegarse a la segunda tesis, porque da mayor amplitud al sistema, lo que parece ser el sentido generalizador de la disposición. Los supuestos que abarcan estas reglas son los de varias sentencias firmes sin unificar. Se trata de casos en que por error o información insuficiente, no pueden unificarse las condenas o las penas en la última sentencia. Mientras uno sólo de los tribunales permanezca en ejercicio de su jurisdicción, conociendo de uno cualquiera de los hechos, pese a estar en todos los restantes condenado por sentencia firme, corresponderá a ese último tribunal la unificación.

No obstante, puede haber casos en que todos los delitos hayan sido juzgados y haya recaído sentencia firme condenatoria en cada uno de ellos. *Para este supuesto es que el art. 58 establece la competencia del juez que aplicó la pena mayor.* Se explica que la regla de la competencia del juez de la pena mayor rija sólo en este último caso, es decir, en el de violación de las reglas del concurso o de la primera regla del art. 58, porque la primera parte es imperativa y para nada tiene en cuenta si la pena es o no mayor que en la segunda sentencia.

Este supuesto de unificación de penas o de condenas implica una *unificación de sentencias* que se han dictado en forma independiente y que dan lugar a la violación de las reglas del concurso o a la coexistencia de penas. La *unificación de sentencias* se resuelve por el tribunal que dictó la pena mayor, expresión respecto de la cual se produce también un debate similar al que tiene lugar respecto de la pena del concurso ideal, en el que unos creen que es la pena más grave conforme al orden del art. 5º³³¹ y otros que es la pena de más larga duración³³². Al igual que en el caso del concurso ideal, creemos que es menester aplicar el criterio combinado que allí explicitamos³³³. El código no resuelve la situación que se plantea cuando tienen lugar casos combinados, en que se han dictado sentencias sucesivas sin proceder a la unificación, es decir, violando las reglas de los arts. 55 y 58 primera parte, pero entendemos que en esos casos, se trate de la unificación de condenas o de penas, corresponde siempre que sea el juez que conoce en último término el que fije la pena total, puesto que así lo aconsejan razones de eco-

³³¹ NÚÑEZ, II, 507; DE LA RÚA, 775.

³³² FONTÁN BALESTRA, III, 108.

³³³ *Supra*.

nomía procesal³³⁴. Tampoco resuelve el código qué tribunal es competente en caso de penas iguales, pero es prácticamente unánime que lo es aquél ante el cual se haya formulado el pedido.

Conforme lo dispone el código, esta unificación de sentencias no puede hacerse de oficio, sino a pedido de parte, a diferencia de lo que sucede con la unificación de penas o de condenas hecha ordinariamente y de conformidad con la primera regla del art. 58³³⁵. Por "parte", no sólo debe entenderse al defensor y al procesado, sino también al Ministerio Público, como control de legalidad³³⁶.

En definitiva, la regla 2ª de la primera parte del art. 5º establece un criterio de competencia, para el supuesto en que se hayan violado las reglas anteriores pronunciándose dos o más sentencias firmes, sin que haya juez conociendo de otra causa. Se trata de una clara cláusula de garantía, para que no se frustre el sistema de la pena total ni siquiera en función de fallas o defectos procesales. Esta hipótesis, conocida como *unificación de sentencias*, abarca tanto casos de unificación de condenas (concurso real) como de unificación de penas (delitos cometidos después de sentencia firme y mientras se cumple la pena). De allí que resulte correcta la jurisprudencia de la Capital al sostener "que conforme a lo que dispone el art. 58 (primer párrafo, 2ª regla) corresponde a pedido de parte dictar sentencia única cuando se hubieren pronunciado dos o más sentencias firmes sin observar lo dispuesto en los arts. 55, 56, 57 y 58 (párrafo 1º regla 1ª) o 27 (párrafos 1º y 2º)", resultando también cierto que esto corresponde "aunque una, varias y excepcionalmente todas las penas se encuentren agotadas o extinguidas, siempre que exista interés legítimo en la unificación o ésta sea necesaria"³³⁷, pero creemos que con la advertencia de que semejante amplitud únicamente puede admitirse tratándose de supuestos de unificación de condenas, pero no en casos de pura unificación de penas, donde no puede tener mucho sentido unificar penas que ya no existen, cuando pese a la unificación, quedarán en pie todos los efectos de la pluralidad de condenas.

En general, toda la disposición del art. 58 tiene por objeto sentar la regla de la pena total, es decir, excluir en cualquier caso la acumulación material y evitar, al mismo tiempo, que cuestiones

³³⁴ Cfr. DE LA RÚA, 774.

³³⁵ Cfr. GONZÁLEZ ROURA, II, 147.

³³⁶ CCC, Plenario "Negrette", 1-VII-1949, en JA, 1949-III-608.

³³⁷ Cfr. CCC, Plenario "Palacios", 29-XII-1970, en LL, 142-285.

meramente procesales, derivadas particularmente de la organización federal de la República y de la misma división de los turnos judiciales, diesen por resultado el fracaso del sistema. Este es el sentido que se trasunta a lo largo de toda su gestación y que deslumbró como problema a nuestros codificadores; hasta casi obnubilarles, no permitiéndoles comprender fácilmente el alcance que daban a las reglas de fondo.

Cabe afirmar, pues, que es juez natural de la unificación de condenas —o sólo de penas— aquél que entiende en segundo lugar; que en caso de ser varias las condenas dictadas sin que se proceda a la unificación de ellas o sólo de sus penas, y habiendo un juez que esté entendiendo aún de un delito cometido por el mismo autor y a quien corresponda condenarle en último término (situación mixta entre las dos reglas del primer párrafo del art. 58), es juez natural de la unificación el que condena en último término; y, por último, que siendo varias las condenas, se hayan dictado sin unificarse ellas o sus penas —según correspondi— será juez natural el que haya impuesto la pena mayor. Parecería que todos los problemas quedan de este modo solucionados. Sin embargo, queda en pie una importante cuestión de trascendencia constitucional, que el código no resuelve totalmente. Se trata de ver si no resultan comprometidos principios constitucionales, tales como el del juez natural o el de los poderes no delegados por las provincias.

El problema y la preocupación que por él demostraron nuestros codificadores, no es cuestión que pueda pasarse por alto sin mayor detención, sino que se trata de un delicadísimo complejo con implicancias constitucionales muy arduas. Para comprenderlo es necesario, previamente, insistir en las consecuencias procesales del acto jurisdiccional de unificación de penas o de penas y condenas.

Una de las claves del alcance procesal de este acto lo da la regla que establece que, en caso de unificación de sentencias (segunda regla del primer párrafo), es competente el tribunal que haya aplicado la pena mayor, agregando que éste deberá *“dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidos en las otras”*. Dada la defectuosa puntuación de este artículo —e incluso su redacción desordenada— da la impresión de que este principio vale únicamente para la segunda regla del párrafo 1º del art. 58, lo que, *a contrario sensu*, implicaría que en los supuestos de unificación de condenas y de penas establecidos en la

primera regla del primer párrafo, el juez podría alterar las “declaraciones de hechos contenidas en las otras sentencias”. Jamás puede ser éste el sentido del referido precepto, porque no habría razón alguna que diese justificación racional a semejante quiebra total de la cosa juzgada, que llegaría a un grado tan burdo que no resistiría el embate de la más elementalísima invocación de la seguridad jurídica. Este precepto, interpretado así, sería absolutamente inconstitucional. *La única manera de entenderlo que resulta compatible con la Constitución es interpretándolo como referido a la segunda regla del primer párrafo, en lo referente al requisito del “pedido de parte”, y entendiéndolo que la exigencia de no alterar las declaraciones de hechos contenidas en la otra u otras sentencias es meramente aclaratoria para esta regla, puesto que tiene alcance común para todo el primer párrafo.*

La exigencia de que el juez no altere las declaraciones de hechos no debe entenderse como que la sentencia sigue en pie únicamente respecto de las usualmente llamadas “cuestiones de hecho”, sino que “declaraciones de hechos” son las declaraciones de la comisión y de la autoría de los delitos, o sea, de lo fáctico con su correspondiente calificación jurídica. Además, la sentencia o sentencias anteriores se mantienen como otras tantas condenas independientes, siempre que no se trate de verdaderos casos de concurso real, pero ya vimos que desaparecen incluso como condenas independientes —integrándose en una única condenación— cuando los casos son de concurso real o material.

Esto pone bien a las claras algo en lo que hemos venido insistiendo a lo largo de esta exposición: el acto jurisdiccional unificador tiene el carácter de una revisión limitada. Nos ocupamos de la explicación por la cual tiene lugar el fenómeno de parcial caída de la intangibilidad de la cosa juzgada, pero no es éste el único principio procesal que está en juego. El art. 18 constitucional consagra el principio del “juez natural”, prescribiendo que ningún habitante podrá ser “sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”. El art. 102 de la Constitución establece que la actuación de todos los juicios criminales ordinarios se hará “en la misma provincia donde se hubiesen cometido los delitos”. Estos principios constitucionales también entran en juego cuando se trata de jueces de distintas provincias que deben intervenir. Sin embargo, considerando que se trata de la imperiosa e ineludible necesidad de unificar la acción preventiva especial sobre el autor, los mismos

salen intactos, porque la ley nacional es la que establece la competencia en casos en que esa unificación no corresponda a hechos que deben ser todos juzgados en una única provincia o en la Capital Federal. La Corte ha dicho, correctamente, que "el art. 58 del código penal responde al propósito de establecer real y efectivamente la unidad penal en el territorio de la Nación, adoptando las medidas necesarias para que ella no desaparezca por razón del funcionamiento de las distintas jurisdicciones; a cuyo efecto el Congreso posee facultades suficientes para establecer normas referentes a la imposición y al cumplimiento de la pena que son obligatorias para las provincias"³³⁸.

Con esto queda a salvo la cuestión de competencia entre los fueros ordinarios, pero aquí no termina la cuestión, porque *no está resuelta la pregunta respecto de la justicia ordinaria y federal*. El problema finca en que la justicia federal tiene carácter excepcional, puesto que su competencia se integra con la que le delega constitucionalmente el poder provincial, cuyas entidades "conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal" (art. 101). Por consiguiente, cuando en uno de los procesos haya intervenido la justicia federal, no podría unificar la justicia ordinaria, porque implicaría una revisión parcial de una materia delegada por las provincias. Inversamente, la justicia federal no podría intervenir unificando condenas ni penas, cuando una de las sentencias haya sido dictada por la justicia ordinaria, porque implicaría revisar parcialmente una sentencia sobre materia que no le fue delegada.

Como puede verse, el problema no es nada sencillo de resolver. Nuestro código da una respuesta cuya aparente ambigüedad ha dado oportunidad para encontradas interpretaciones. Se trata del último párrafo del art. 58 que, sin duda, corresponde a la pluma práctica de Rodolfo Moreno (h): "*Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso*".

La ambigüedad y oscuridad de este párrafo son aparentes, puesto que en el fondo es bien claro y definitorio: se limita a establecer que, cuando conforme a las reglas que establece el mismo art. 58, correspondiese a la justicia federal proceder a la unificación, pero por cualquier causa no pudiese hacerlo, lo hará la justicia ordinaria,

³³⁸ Fallos, 212, pp. 403-404.

pero, lo que queda claramente consignado es que jamás la incompetencia de la justicia federal puede dar lugar a la acumulación de penas, es decir, que nunca puede constituirse en un impedimento para la operatividad del principio de la pena total.

El artículo que comentamos crea una regla fundamental que corresponde al espíritu y al sentido de la Constitución Nacional: las cuestiones que no pueda resolver la justicia federal debe resolverlas la ordinaria, sin que quepa argumentar que hay materias que fueron delegadas. La justicia ordinaria recupera, de este modo, parte de la materia delegada, haciéndolo como depositaria originaria de ese poder, para salvar el principio de igualdad ante la ley, que quedaría violado en el caso en que se entendiese que la Constitución se lo prohíbe.

Por supuesto que en esa disposición queda un tremendo hueco: no indica cuáles son las causas por las que la justicia federal no puede aplicar las reglas unificadoras, sino que se limita a decir "por cualquier causa". Aquí está la falla que hace que se le objete oscuridad y ambigüedad, pero lo cierto es que no se trata de ambigüedad, sino que el código no pretendió resolver ese problema, para no crear problemas de constitucionalidad. Los casos en que no puede intervenir la justicia federal y las causas por las que no pueda hacerlo no son cuestiones que corresponda resolverlas al código penal de la Nación, sino que deben quedar reservadas a la legislación federal y a la Constitución Nacional³³⁹. Tan evidente es esto que las diferentes interpretaciones que han surgido tienen su origen en el entendimiento dispar de las leyes federales y de la Constitución Nacional.

En síntesis: *el último párrafo del art. 58 establece que aunque se trate de delitos en los que haya conocido la justicia federal en unos y la ordinaria (provincial u ordinaria de la Capital Federal) en otros, también tendrá lugar la unificación de condenas y penas o de penas solamente, aún cuando la justicia federal tuviese que intervenir y no pudiese hacerlo, casos en los que procederá la unificación por la justicia ordinaria.* Lo que no establece, porque no quiso establecerlo —para evitar objeciones constitucionales— es en qué casos la justicia federal no puede aplicar la regla unificadora. Esta es una cuestión de carácter netamente procesal, que debe re-

³³⁹ La tesis del senador ANGEL ROJAS en su proyecto de despacho del Senado era que las cuestiones de competencia debían ser resueltas por una ley especial (v. RAFFO DE LA RETA, II, p. 120).

solverla esa disciplina, habido cuenta de los principios constitucionales al respecto, pero que escapa al derecho penal, que se limita a establecer que en ningún caso la incompetencia federal será pretexto para que se opere una acumulación matemática de penas o, lo que es lo mismo, que la incompetencia federal no puede agravar la pena.

Los antecedentes de este párrafo demuestran claramente que su alcance es el que acabamos de darle. Fue Rivarola quien alertó acerca de este problema: "El código penal debería pronunciarse sobre esta materia para evitar que las reglas fundamentales que él establezca, queden suprimidas por las leyes de procedimiento que deben proveer a su *aplicación* y no a su *derogación*". Agregaba Rivarola que el código civil había resuelto varias de estas cuestiones y concluía muy claramente: "Pero el proyecto de 1906 no ha tocado esta cuestión como no ha tocado otras que pudieran conmovir la susceptibilidad federalista e impedir por la discusión de un detalle la urgente sanción de las reformas penales... Pero estos inconvenientes son también pequeños al lado de los mayores daños que causa en la República Argentina la ficción federalista en su organización política"³⁴⁰.

El proyecto de 1917, suprimiendo la última reflexión de Rivarola, la reproduce *in extenso* en su Exposición³⁴¹. Allí plantea el problema con nitidez y en casos tales como el del sujeto condenado o procesado por falsificación de moneda, que cometa un homicidio en la cárcel, "se dispone que las partes pueden pedir y los jueces resolver la adaptación de las sentencias a las reglas establecidas para el concurso de delitos". A continuación consigna, sin duda alguna, que no establece otra regla que la de la procedencia de la unificación en todos los casos, la haga quien sea, cuestión que no le incumbe resolver en particular. A buen entendedor, el último párrafo de la Exposición de 1917 no deja lugar a hesitaciones: "Esa adaptación la deberá hacer la justicia federal o la ordinaria. El caso es que no se puedan producir sentencias desiguales, por razón de las jurisdicciones y que los acusados tengan en la ley el remedio contra cualesquiera alteración de las reglas determinadas en la misma"³⁴².

Toda la segunda respuesta de Tomás Jofré a la "encuesta" de 1917 está dedicada a esta cuestión. Por las fechas de sus dos respuestas (20 y 23 de abril, respectivamente), parecería que Jofré entregó en manos a Moreno la respuesta fechada el día 20 de abril, haciéndolo el día 22 de este mes, planteándole concretamente en esa ocasión Moreno la cuestión de la competencia federal, puesto que Jofré dice: "He pensado sobre el asunto de que conversamos ayer, y creo que puede hacerse lo que Ud. quiere, a lo menos en parte". Esto significa que la idea de Moreno era dar prioridad a la justicia ordinaria en los casos en que la federal conociese únicamente de uno o de algunos de los delitos, puesto que Jofré le proponía el siguiente texto: "Cuando se trate de una persona a quien se atribuyen dos o más

³⁴⁰ RIVAROLA, *Derecho Penal Argentino*, Madrid, 1910, p. 524.

³⁴¹ *Proyecto*, 1917, p. 98.

³⁴² *Idem*, p. 98.

delitos, uno de competencia ordinaria, corresponde juzgar de todos ellos al juez ordinario". Jofré ilustraba su respuesta con numerosos antecedentes argentinos y estadounidenses ³⁴³.

Debido a que la Exposición de 1917 dice que las leyes no pueden alterar la competencia que establece la Constitución, se ha sostenido que Moreno rechazó la prioridad de la justicia ordinaria que le proponía Jofré ³⁴⁴. Sin embargo, esto no está nada claro, porque si se observa bien lo que le proponía Jofré, pocas dudas pueden haber de que el párrafo que proyectó era inconstitucional. Obsérvese que Moreno rechaza la fórmula de Jofré porque era muy extensa: la fórmula propuesta no decía que al juez ordinario le corresponde "unificar", sino "juzgar" de todos los delitos, lo que implicaba un verdadero avance de la justicia ordinaria sobre la federal que era totalmente innecesario para la solución del problema que nos ocupa. Pero la prioridad de la justicia ordinaria fue mantenida por Moreno, porque cuando "por cualquier causa" la justicia federal no pudiese unificar, deberá hacerlo la ordinaria, lo que permite que la justicia ordinaria haga revisiones parciales de sentencias federales, principio cuya consignación era muy importante, especialmente porque la posibilidad inversa no está ni siquiera mencionada.

La discusión que deja abierta el proyecto y que hoy perdura es acerca de cuáles son los casos en concreto, en los que no puede unificar la justicia federal, cuestión ante la cual Moreno no abrió juicio en forma definitiva, porque no corresponde a un código penal y porque, seguramente, pesaron sobre él las razones que apuntaba Rivarola al criticar al proyecto de 1906 y que recordaba también el propio Moreno.

Lo cierto es que esa cuestión procesal ha dado lugar a discusiones muy encontradas. Soler la interpretó en el sentido de que excluye cualquier privilegio en favor de la justicia federal ³⁴⁵, a lo que Núñez responde que esa disposición sería redudante ³⁴⁶. Núñez, por su parte, toma como base el principio de que la justicia federal no puede corregir sentencias de la justicia ordinaria, lo cual es muy cierto, pero de ello deduce que únicamente se aplica a los casos de unificación de sentencias, puesto que en los casos de la primera regla del art. 58 primer párrafo cree que al unificar la pena nada corrige la segunda sentencia federal ³⁴⁷. Por nuestra parte, no creemos que sea éste el sentido de la regla, puesto que tanto la unificación de penas como la de condenas, llevada a cabo conforme a la primera regla del párrafo 1° del art. 58, siempre implica la revisión parcial de una sentencia, desde que hay un parcial apartamiento del principio de la cosa juzgada. De allí que, partiendo de la misma premisa que Núñez, no creamos que pueda afirmarse que la justicia federal pueda intervenir unificando en otros casos que en los que ella misma dictó la anterior sentencia o en los que dictó todas las que debe unificar. Lo contrario sería siempre una intromisión de la justicia federal en la ordinaria, cuando por su carácter delegado, la justicia federal nunca puede extenderse a lo no delegado (en lugar,

³⁴³ Idem, 278-280.

³⁴⁴ Así, DE LA RÚA, 775.

³⁴⁵ SOLER, 377.

³⁴⁶ NÚÑEZ, *Manual*, 320, nota 33.

³⁴⁷ NÚÑEZ, II 517; igual, *Manual*, 320.

es excepcionalmente admisible, porque no repugna a la lógica, que la ordinaria recupere parcialmente su poder originario).

Si bien resulta claro que las únicas condenas y penas que pueden unificarse son las de los delitos, no correspondiendo hacerlo con las faltas o contravenciones³⁴⁸, pocas dudas caben que hay delitos que pueden ser tipificados por leyes provinciales —como los de prensa (art. 32 de la Constitución Nacional)— y cuyas penas pueden unificarse con las de otros delitos tipificados en el código penal o en leyes nacionales. Si se entendiese que la justicia federal puede entender en la unificación de las penas cuando le compete juzgar en segundo término, estaría revisando una pena impuesta por la justicia ordinaria en virtud de una ley que no es siquiera nacional. No puede esquivarse esta objeción rechazando la posibilidad de unificación, porque no es argumento convincente que la reserva legislativa provincial se traduzca en una agravación de pena por acumulación.

Creemos, por consiguiente, que siempre que la justicia federal conoce del segundo delito, en tanto que del primero conoció la justicia ordinaria, debe abstenerse de unificar, quedando el caso encuadrado en la segunda hipótesis del primer párrafo del art. 58 y compitiendo a la justicia ordinaria la unificación. En caso que la justicia federal haya entendido en el primer proceso y la ordinaria lo haga en el segundo, lógicamente será la ordinaria la que aplique la regla primera. Igualmente, cuando deban unificarse sentencias, aunque la justicia federal haya aplicado la pena mayor, creemos que no puede unificar, puesto que también implicaría revisar sentencias de la justicia ordinaria. Por consiguiente, los únicos casos en que la justicia federal puede unificar penas y condenas o penas únicamente, a nuestro juicio, son aquellos encuadrados dentro de cualquiera de las dos reglas del párrafo primero del art. 58, en que sólo haya tenido intervención el fuero federal.

Una tesis opuesta a la que sostenemos es la que consagró la Corte Suprema de la Nación en 1970, entendiendo que no puede prevalecer la justicia ordinaria porque también sería un exceso de jurisdicción si unificase penas impuestas por la justicia federal³⁴⁹. Según esta tesis, cualquiera de ambas puede unificar cuando sea el caso de que intervenga en segundo lugar para la primera regla, o cuando haya dictado la pena mayor en la segunda regla, puesto que consagrar la primacía de la justicia ordinaria implicaría privilegiarla con un exceso de jurisdicción. Con toda razón señala Núñez que la justicia ordinaria conserva todo el poder no delegado a la federal (art. 104 constitucional), lo que le impide caer en un exceso de jurisdicción, desde que la función unificadora de penas o de condenas no se halla delegada³⁵⁰. Por la misma razón creemos que es inconstitucional el art. 585 del Código de Justicia Militar, cuando establece que el tribunal militar puede unificar condenas de tribunales ordinarios cuando juzga en último término o cuando impuso la pena.

³⁴⁸ Cfr. GONZÁLEZ ROURA, II, 148-149.

³⁴⁹ Fallos, 277, p. 111.

³⁵⁰ NÚÑEZ, Manual, 320, nota 34.

X. — LA CONDENACIÓN CONDICIONAL

653. Su incorporación a la legislación argentina. Los antecedentes de la condenación condicional se pierden en la historia más lejana³⁵¹, aunque es una institución que cobra vigencia total a fines del siglo pasado. En nuestro país, el primer proyecto legislativo de incorporación de la condenación condicional fue presentado por el diputado *Gouchón* en 1904. Era un proyecto de siete artículos que establecía el sistema de la condicionalidad para el que fuese condenado por primera vez a una pena de prisión o de arresto que no excediese de dos años³⁵². En realidad, el proyecto de *Gouchón* era una simplificación del sistema de "pena condicional" que había proyectado *Segovia*³⁵³ y que era la institución más renovadora de su proyecto privado, que ocupaba los arts. 99 a 111 del mismo. Destinada a los casos "de condenación a penitenciaría o inhabilitación temporal que no pase de un año, o destierro que no exceda de dos años, o multa no mayor de dos mil pesos", tenía por efecto, suspender el cumplimiento de la pena (art. 99). Establecía un plazo de suspensión entre dos y cinco años, en proporción a la pena suspendida (art. 103) y la única condición era que no volviese a ser condenado durante ese plazo.

Volvió a incorporarse a un *proyecto integral de código penal en 1906*, cuya Exposición de Motivos decía: "La institución que en realidad ofrece mayor novedad en el proyecto, porque hasta ahora no ha figurado en los códigos anteriores, es la condenación condicional, ya implantada con reconocido éxito en Francia y en Bélgica, propuesta en Austria y Hungría, y recomendada a los legisladores de todos los países por la Unión Internacional de Derecho Penal, reunida en Bruselas el 19 de agosto de 1889". "La Comisión considera que es ésta una verdadera conquista del derecho penal moderno, y que habría sido imperdonable de su parte, no incorporarla a su proyecto, convencida, como está, de que ella realiza una obra de altísima justicia, y aparta de la carrera del crimen a muchísimos delinquentes ocasionales"³⁵⁴. Para fundarla, demostrando las ventajas que tienen en los casos de delincuencia ocasional y no grave, reproducía *in extenso* las palabras de Berenger en el Senado de Francia el 6 de marzo de 1890, después de lo cual, concluía: "El hombre honorable que delinque porque la fatalidad, porque una casualidad cualquiera lo ha llevado a ese extremo, pero cuyos sentimientos permiten afirmar que no cometerá jamás una nueva infracción, no debe ser llevado a la cárcel, a la par del perulario, si se quiere hacer acto de estricta justicia".

³⁵¹ V. el extenso estudio de LADISLAW THOT, *Historia de las antiguas instituciones de Derecho Penal (Arqueología Criminal)*, Bs. As., 1927, pp. 426 y ss.; también MOLINARIO, ALFREDO J., *La condena de ejecución condicional*, en "Rev. Penal Argentina", V, 1924, pp. 5 y ss. (95 y ss.).

³⁵² V. PARRY, ROBERTO, *Libertad condicional y condena condicional*, Bs. As., 1920, pp. 48-50.

³⁵³ Sobre *SEGOVIA*, además de la bibliografía citada en el § 83, CARLOS V. GALLINO YANZI, *Lisandro Segovia, el jurista correntino*, Corrientes, 1956.

³⁵⁴ P. 1906, Exposición de Motivos, XV y XVI.

“Por eso —concluía— y porque instituciones análogas —la condena- ción suspensiva y la amonestación judicial— han dado excelentes resul- tados en Inglaterra, Estados Unidos, Alemania, etc., la Comisión propone la condenación condicional, que resulta el más perfecto y eficaz de todos estos sistemas que se proponen favorecer la condición del delincuente por primera vez”³⁵⁵.

La Comisión parecía establecer una diferencia entre la condena con- dicional y la “condenación suspensiva”. El sistema que estructuraba no era del todo igual al vigente. Su art. 42 decía: “En los casos de primera condena por delito que debe cumplirse en cárcel, siempre que su término no excediere de dos años, los tribunales podrán ordenar en el mismo pronunciamiento, que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión será motivada en la comprobación de los buenos antecedentes del reo, mediante información de la policía y demás pruebas que el juez considere necesarias”. El artículo 33 decía que si en el plazo de cinco años el condenado no cometía un nuevo delito, la condenación se tendría como no pronunciada. Si en ese plazo se le descubrían malos antecedentes, se le haría cumplir la pena; y si, en el mismo plazo cometía otro delito, se le acumularían ambas penas. El art. 34 reproducía el art. 28 vigente y agregaba que la suspensión no abarcaba “las incapacidades anexas a la condenación, impuestas accesoriamente”. “Sin embargo —agregaba— estas incapacidades cesarán el mismo día en que, por haber transcurrido el tér- mino de cinco años a que se refiere el art. 33, se tuviere la condenación como no pronunciada, o en el plazo que la sentencia le hubiere fijado, si fuere menor que aquél”.

El 12 de agosto de 1912 presentó un proyecto de reformas parciales al código penal el diputado *Alberto Arancibia Rodríguez*, en una de cuyas disposiciones preveía la condicionalidad, para los casos de arrestos o prisión que no excedieran de dos años³⁵⁶. En 1912, *Jofré* presentó una minuta a la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, en favor de una declaración por la que la Cámara manifestara que vería con agrado que la representación de la provincia presentase al Congreso Nacional un proyecto de ley sobre condenación condicional³⁵⁷. Como resultado de ello, el 6 de setiembre de 1912, se presentó otro proyecto a la Cámara de Di- putados, firmado por doce miembros, que fue fundado por *Francisco J. Oliver*³⁵⁸. En el Mensaje del Poder Ejecutivo del 30 de junio de 1917, el presidente *Yrigoyen* insistía en la necesidad de sancionar el nuevo có- digo penal, “que contiene las bases esenciales de la reforma, como son las instituciones nuevas sobre individualización del delito y de la pena: la condena y la libertad condicional”³⁵⁹. El 28 de junio de 1918, el *Poder Ejecutivo* envió un mensaje remitiendo al Congreso un proyecto de ley que reproducía los artículos 26, 27 y 28 del proyecto de 1917, fundándose

³⁵⁵ *Idem*, p. XVII.

³⁵⁶ PARRY, ROBERTO, op. cit., pp. 82-83.

³⁵⁷ JOFRÉ, TOMÁS, *El Código Penal de 1922*, p. 75.

³⁵⁸ *Idem*, pp. 84-88.

³⁵⁹ *Idem*, p. 128.

en que la sanción de esa ley breve podía anticiparse a la sanción del código, "que por su naturaleza requiere un estudio más meditado"³⁶⁰.

El *proyecto de 1916* había reproducido sin alterar las disposiciones del proyecto de 1906. Entre ambos proyectos habían tenido lugar las siempre sagaces críticas de Julio Herrera. *Herrera*, después de establecer las diferencias entre el sistema inglés de la "probation" y el francés o continental, se declaraba decidido partidario de su incorporación conforme a la versión francesa, formulándole algunas objeciones al proyecto de 1906. En primer lugar, la omisión de la multa en la condicionalidad. Pedía la extensión de las faltas. Criticaba que el fundamento para concederla o negarla se limitase a los antecedentes del condenado y afirmaba que el juez "debe tener en cuenta la personalidad moral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que le han rodeado, en cuanto pueden servirle para apreciar mejor esa personalidad". Criticaba también el período de prueba, que los autores del proyecto de 1906 habían tomado de la ley francesa, sin tener en cuenta que allí cinco años era el término de prescripción de las penas correccionales, entendiéndose que debía relacionárselo con la prescripción de la pena de prisión. Rechazaba la posibilidad de revocación de la condicionalidad por los malos antecedentes posteriores, porque la ley "no puede pretender hacer de cada condenado condicional un impecable". Observaba que el último párrafo del art. 34 era problemático, aunque se inclinaba a sostenerlo³⁶¹.

El proyecto de 1917 recogió casi íntegramente las observaciones de Herrera al de 1906, quedando sus artículos 26 y 27 con la redacción con que fueron sancionados. El art. 28, no obstante, reproducía el art. 34 del proyecto de 1906, aclarando que la suspensión de la pena no comprendía las incapacidades anexas a la condenación impuestas accessoriamente". Los autores, seguían a Herrera incluso en cuanto a su razonamiento frente a los sistemas anglosajón y continental, optando por el último³⁶².

La segunda parte del art. 28, referida a las incapacidades anexas desapareció en el proceso de sanción legislativa, a propuesta del Senado. La Comisión del Senado propuso esa supresión, fundándose en el proyecto de despacho elaborado por el Senador Angel Rojas, al que se remitía³⁶³. El citado proyecto se basaba en una observación de González Roura y decía: "Si la condena condicional, con la libertad que aparea ha de servir de estímulo, las incapacidades restarían fuerza y harían menos eficaz la prueba de buena conducta que se requiere como afirmación". "Se quiere que la condena condicional, es decir, la libertad en que se deja al agente, obre en su espíritu de manera que lo aleje de la tendencia o de la posibilidad de cometer nuevos delitos. Se espera que la libertad y la amenaza que comporta le coloque en condiciones de no ofender a la sociedad. Para esto la ley no debe ponerle obstáculos, y corresponde que le allane los que hay en su camino. Las incapacidades son una traba para su mejora o para su colocación mejor en la sociedad. Parecería entonces conveniente supri-

³⁶⁰ *Idem*, pp. 128-132.

³⁶¹ HERRERA, JULIO, *La reforma penal*, 157-170.

³⁶² *Proyecto*, 1917, p. 51.

³⁶³ *V. Código Penal*, ed. oficial, p. 240.

mir el art. 2º y así lo proponemos”³⁶⁴. La modificación fue aceptada y el art. 28 quedó con su redacción original.

En tanto las provincias, ante la inoperancia del Congreso Nacional, habían comenzado a proceder por cuenta propia. Según Jofré, en Tucumán, se dictó la “*ley Camaño*”, que establecía la condena condicional en forma disimulada³⁶⁵. En *Entre Ríos* directamente se sancionó una ley estableciendo la condenación condicional, fundada en los buenos antecedentes del reo (ley provincial 2.569, del 2 de noviembre de 1918), la que fue reglamentada por decreto del 13 de noviembre de 1918³⁶⁶. El propio Jofré propuso en 1916, para la provincia de Buenos Aires una reforma procesal que importaba la condena condicional (después de la sentencia de primera instancia se paralizaba la causa, elevándose al superior y» prescripta, para que declarase la prescripción³⁶⁷. En la Convención Nacional de la Unión Cívica Radical de 1916, *Isaías R. Amado* propuso que en el programa partidario se incluyese “ensayar la condena y la libertad condicional”³⁶⁸. El último intento legislativo nacional anterior a la sanción del código de 1921, fue el “Proyecto de ley sobre libertad condicional y condena condicional”, presentado por el diputado *Roberto Parry* el 9 de setiembre de 1920, cuyos arts. 6, 7 y 8 reproducían los pertinentes del código proyectado³⁶⁹.

Cabe aclarar que en el curso de la sanción la Cámara de Diputados elevó el límite de la pena a tres años, pero luego, la segunda Comisión del Senado volvió al límite de dos años y Diputados así lo aceptó, sancionándose el primer párrafo del art. 26 en forma similar al vigente, salvo que, después de “dos años” agregaba “o de multa”, y que en lugar de “condena a pena” decía “condena por delito al que corresponda pena”. La primera reforma (supresión de la multa del régimen de condicionalidad) fue hecha por la ley 17.567, derogada por la ley 20.509 y restablecida por la ley 21.338. La segunda reforma fue hecha por la ley “fe de erratas” para evitar interpretaciones según las cuales la pena de dos años se entendería referida a la pena conminada en abstracto.

En el segundo párrafo del art. 26 se suprimieron las palabras finales “o fuese de multa” (ley 17.567 y 21.338), en consonancia con la exclusión de la condenación a multa del párrafo 1º.

Como tercer párrafo —y cortando una larga disputa doctrinaria y jurisprudencial respecto de la inhabilitación— las leyes 17.567 y 21.338 agregaron el siguiente: “No procederá la condenación condicional para las penas de multa o inhabilitación”.

El art. 27 fue sancionado con un texto similar al primer párrafo del vigente, salvo que, en lugar de cuatro años, el término de prueba era el “término para la prescripción de la pena”. El término fue fijado en cuatro años por la ley 17.567, que agregó el segundo párrafo del art. 27 vigente. La ley 18.953, del 27 de marzo de 1971, agregó el siguiente párrafo:

³⁶⁴ *Idem*, 525.

³⁶⁵ JOFRÉ, TOMÁS, op. cit., p. 75.

³⁶⁶ V. PARRY, ROBERTO, op. cit., pp. 132-137.

³⁶⁷ V. JOFRÉ, TOMÁS, op. cit., p. 76; PARRY, ROBERTO, op. cit., pp. 140-2.

³⁶⁸ PARRY, ROBERTO, p. 143.

³⁶⁹ *Idem*, 159-160.

"Este plazo se elevará a quince años si ambos delitos fueran dolosos". El texto original del art. 27 del código fue repuesto por la ley 29.500 y el actual por la ley 21.338.

654. Naturaleza de la condenación condicional. La condenación condicional se funda en el reconocimiento del carácter perjudicial y criminógeno de las penas cortas privativas de libertad y en la consiguiente necesidad de evitarlas. Este fundamento se pone de manifiesto tanto en las consideraciones que dieron lugar a su incorporación en nuestro país como en el extranjero.

En la actualidad se propone y ensaya una gama mayor de soluciones sustitutivas de las penas cortas, pero al tiempo de la sanción del código, las conocidas eran la condena condicional, la sentencia indeterminada y el perdón judicial, siendo la primera la más prestigiada y avalada por la experiencia.

En el derecho comparado, en lo que a la condicionalidad respecta, se anunciaban dos sistemas, conocidos con la denominación de "anglosajón" y "continental" respectivamente. Con posterioridad se ensayaron combinaciones y variantes, pero de cualquier modo, siguen siendo los sistemas "tipo". En el curso de la elaboración legislativa argentina, quien más claramente delineó la diferencia entre ambos sistemas fue Julio Herrera, quien explicaba que en el sistema inglés se suspende la condena o el juicio, en tanto que en el sistema francés se condena condicionalmente. La Comisión de 1906 había tomado en cuenta esta diferencia y distinguía ya entre "condenación condicional" y "condenación suspensiva". La exposición del proyecto de 1917 se inclinaba abiertamente por el sistema francés, siguiendo a Herrera, con las siguientes consideraciones: "Bastaría para que adoptáramos el segundo sistema, que es el más difundido considerar, que es preciso, antes de suspender, definir la situación del reo, el que puede ser inocente y absuelto. ¿Por qué esperar, manteniendo a todos, culpables y no culpables, en una situación idéntica?"³⁷⁰.

Cabe aclarar que estamos tratando de esclarecer el concepto y naturaleza de nuestra condenación condicional, pero que ello no importa que, de *lege ferenda* coincidamos con las apreciaciones que se citan, pues, si bien es cierto que desde el ángulo de la seguridad jurídica, el llamado sistema "francés" sería superior, no podemos ignorar que resuelve muy poco en la práctica, puesto que no evita la prisión preventiva, que tiene

³⁷⁰ Proyecto, 1917, p. 50.

los mismos o peores inconvenientes que las penas cortas, si bien las leyes procesales tratan de solucionar el problema. No obstante, no podemos ocultar hoy algunas incuestionables ventajas que tiene la *probation*³⁷¹.

En síntesis, *la oposición entre los sistemas inglés y francés radicalaría, básicamente, en que el inglés no resuelve la situación procesal y el francés la resuelve*. No nos ocuparemos aquí del sistema anglosajón, porque no queda duda de que nuestro derecho positivo lo rechaza, al exigir que haya sentencia y que en el mismo pronunciamiento se ordene la condicionalidad. Nos interesa, pues, el sistema francés o continental, que es el que adopta nuestro código.

Dentro de este sistema nunca estuvo muy claro qué es lo que se suspende y qué es lo que se extingue al cumplirse el plazo de prueba. Basta para probar esta afirmación, la circunstancia de que se han ensayado distintas y encontradas denominaciones, que implican diferentes ideas acerca de su naturaleza jurídica. El mismo Herrera las recordaba: "Suspensión condicional de la ejecución penal (Unión Internacional de Derecho Penal); el juicio, con pena condicional (Aschrott); remisión condicional de pena (Wach); suspensión de pena (Alimena); etc."³⁷². Estas denominaciones han aumentado en la actualidad y la complejidad de la naturaleza del instituto también.

La cierto es que no puede afirmarse cuál es su naturaleza en abstracto, sino que, como es natural en la dogmática jurídica, debe analizarse frente a cada texto legal y resolverse conforme al mismo³⁷³.

Pese a que en casi toda Europa se ha seguido el llamado "sistema francés", se plantea el interrogante acerca del efecto último que tiene el vencimiento del plazo de condicionalidad, pues en tanto que para algunos autores *hace desaparecer la condena*, para otros *elimina sólo la ejecución de la pena*. Esta es la fundamental cuestión a resolver: no cabe duda de que durante el plazo de prueba se suspende la pena, pero, vencido ese plazo, la duda que surge es acerca de si la pena suspendida desaparece o si también con ella desaparece la condenación que la impuso.

³⁷¹ V. NÚÑEZ BARBERO, ROBERTO, *Suspensión condicional de la pena y "probation"* (*Problemática acerca de su naturaleza jurídica*), Salamanca, 1970, pp. 114 y ss.

³⁷² HERRERA, JULIO, op. cit., p. 156, nota 1; sobre estas variables también AULER, HUGO, *Suspensão condicional da exenção da pena*, Río de Janeiro, 1957, pp. 85 a 94.

³⁷³ Cfr. FLORIÁN, op. cit., La Habana, 1929, pp. 144 y ss.

Nuestro sistema tiene su origen en la ley francesa del 26-27 de marzo de 1891, que el proyecto de 1906 seguía casi textualmente³⁷⁴. El párrafo segundo del art. 1º de la ley francesa de 1891 (llamada "Loi sur l'atténuation et l'aggravation des peines") establece que vencido el término de prueba —que fija en cinco años, al igual que el proyecto de 1906— "la condamnation será come non avenue". No otra cosa establece nuestro art. 27: "La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años el condenado no cometiera un nuevo delito".

El comentario de Garraud, al texto del que se calca nuestro sistema es lapidario: "El beneficiario obtiene una rehabilitación de pleno derecho o legal, si satisface las condiciones por las que la ley reconoce su buena conducta. Esta expresión "rehabilitación" no figura en verdad en la ley, pero ha sido empleada en la discusión y caracteriza claramente las consecuencias lógicas de la expiración del período de prueba sin nueva condena. Esta rehabilitación de pleno derecho produce los mismos efectos que la rehabilitación judicial y la reemplaza. El condenado debe ser tratado, después de ello, en caso de nuevo delito, como un delincuente primario. En consecuencia: 1º) podrá beneficiarse con una *surcis*³⁷⁵ por una segunda condena a prisión o multa; 2º) la condena redimida por su buena conducta, no sobrevirá ni desde el punto de vista de la reincidencia del código penal, ni desde el punto de vista de la relegación; 3º) las penas accesorias e incapacidades cesarán de tener efecto desde el día en que la condena se haya reputado no acontecida"³⁷⁶.

El mismo criterio sigue siendo sostenido por la doctrina francesa contemporánea. Stefani y Lavasseur dicen que "es la condenación misma que desaparece por efecto de la buena conducta del condenado"³⁷⁷. Bouzat compara el sistema francés con otros y dice que en Francia se va más lejos: "la condenación desaparece y se tiene como no acontecida". "Se produce una verdadera rehabilitación de derecho". "La condenación no cuenta más para la reincidencia". "El beneficiario de la condena condicional se considera nuevamente como un delincuente primario y podrá beneficiarse nuevamente de la condena condicional si comete en el futuro otra infracción". Esta solución le parece demasiado benévola, inclinándo-

³⁷⁴ V. el texto en DALLOZ, *Jurisprudence Générale*, 1891, IV, pp. 24 y ss. Allí se encuentra el informe que presentó Berenger al Senado de Francia y que el proyecto de 1906 reproduce *in extenso* (pp. XVI y XVII). La colección de la *Jurisprudence Générale* que consultamos perteneció a la biblioteca del Dr. Mauricio P. Daract y tiene marcados en lápiz en su margen casi exactamente los mismos párrafos.

³⁷⁵ "Surcis a l'exécution de la peine" es el nombre francés de la condenación condicional.

³⁷⁶ GARRAUD, *Traité*, III, 1899, 214-216; en igual sentido, VIDAL, GEORGES, *Cours de Droit Criminel et Science Pénitentiaire*, París, 1916, 519.

³⁷⁷ STEFANI, GASTÓN - LAVASSEUR, GEORGES, *Droit Pénal Général et procédure pénale*, París, 1971, p. 445.

se por la del código italiano³⁷⁸. Merle y Vitu afirman también al respecto que “esta condenación es condicional, está sometida a una verdadera condición resolutoria, al menos a una causa condicional de caducidad”. Si cumple la condicionalidad, la condena “no puede gravar más el futuro del antiguo condenado condicional ni respecto de la reincidencia ni de la obtención de una nueva condena condicional. Las penas accesorias y complementarias cesan de tener aplicación”³⁷⁹. Donnedieu de Vabres afirma que produce la dispensa de la pena, pero aclara de inmediato que “en Francia desaparece la condena, se reputa como no pronunciada. Esta desaparición de la condena se produce de toda forma, sin retroactividad. Si el condenado, antes de la expiración del término de prueba realizó actos jurídicos que por su incapacidad debían ser nulos no serán válidos. Las penas accesorias y complementarias dejan de producir sus efectos. La condena no se tiene en cuenta para la reincidencia. El beneficiario es considerado nuevamente como un delincuente primario; si comete en lo sucesivo una nueva infracción no podrá obtener nuevamente el beneficio de la condena condicional”³⁸⁰. En igual sentido se pronuncia Vouin y Leauté³⁸¹ y también así entienden el sistema francés los autores no franceses que lo describen.

En Suiza, Tormann caracteriza al sistema entonces vigente como “remisión condicional de pena”, pero destacaba los beneficios de la “condenación condicional”³⁸². En el mismo país, Graven escribe: “En el régimen francés de *condenación condicional*, que conocieron también nuestros derechos penales cantonales anteriores a 1942, el juicio tiene lugar normalmente y la pena se pronuncia, contrariamente al sistema de la sentencia suspendida, pero, si la conducta del condenado durante el periodo de prueba es satisfactoria, no sólo se le dispensa definitivamente de su pena, sino que desaparece la condenación misma con todos sus efectos desde el momento en que fue pronunciada. El juicio cae, la condena se reputa nula y no sobrevinida, se suprime la ficha que la menciona en el casillero judicial. El beneficiario pasa por no condenado, considerándosele en caso de nuevo delito como un delincuente primario y podrá obtener de nuevo el beneficio de la *surcis*”³⁸³.

El mismo sistema de la ley francesa era el de la ley belga del 31 de mayo de 1888, también citado por nuestros codificadores, la que en su art. 8 disponía que la condena deberá tenerse “come non avenue”. En Alemania, cuando Jescheck distingue el sistema introducido por la ley de 1953 de la *surcis* franco-belga, afirma que la diferencia entre ambos institutos finca en que “la condena a prueba no debe ser considerada como

³⁷⁸ BOUZAT, PIERRE, en BOUZAT - PINATEL, *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, París, 1970, I, p. 794.

³⁷⁹ MERLE, ROGER - VITU, ANDRÉ, *Traité de Droit Criminel*, París, 1967, p. 614.

³⁸⁰ DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de Droit Criminel*, p. 528.

³⁸¹ VOUIN, ROBERT - LEAUTÉ, JACQUES, *Droit Pénal et procédure pénale*, París, 1969, p. 149.

³⁸² TORMAN, PHIPP, *Der Bedingte Straferlass*, 1911.

³⁸³ GRAVEN, JEAN, *Le système suisse du surcis conditionnel*, Genève, 1952, p. 16.

nule et non avenue, sino que sólo suspende la ejecución de la pena³⁸⁴. Refiriéndose Maurach también al sistema franco-belga, expresa que allí “declara el juez la culpabilidad y la pena, pero sólo bajo la condición suspensiva de la observancia del autor: conduciéndose éste en forma libre de pena durante un determinado tiempo, no se cumple la condición y la sentencia vale como no pronunciada”³⁸⁵.

En la doctrina italiana, pese a que otras son las disposiciones, se crearon serias dudas porque no parece combinarse convenientemente la disposición del art. 167, que declara que con el cumplimiento de la condicionalidad “se extingue el delito” con otras previsiones del mismo texto. Pese a estas dificultades, Bettiol ha afirmado que “no se trata de una simple causa de extinción de la pena, porque, transcurrido el término establecido por la ley sin que el condenado haya perpetrado un ulterior delito, el delito, por voluntad de la ley, se considera extinguido *ex tunc*”³⁸⁶. Las dudas interpretativas hicieron que las reformas al código penal italiano del 11 de abril de 1974 dispusiese terminantemente en el art. 164 que “la suspensión condicional de la pena no puede ser concedida más de una vez”³⁸⁷.

Conforme a los directos antecedentes de nuestras disposiciones y a la interpretación —por otra parte incuestionable que de los mismos se ha hecho— la condenación condicional implica una condena, sometida a condición resolutoria, que suspende la pena durante el tiempo de prueba y que, cumplida la condición, no sólo hace desaparecer la pena, sino también la condena. El mismo sentido y naturaleza tiene el instituto en nuestra ley, que es directa heredera del sistema franco-belga y, como tal, dispone terminantemente en su art. 27 que “la condenación se tendrá como no pronunciada”.

Esta fue la naturaleza jurídica que le asignaron los primeros comentaristas de nuestro código, sostenida también por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, pero no es la tesis dominante, pese a los antecedentes, pues nuestro art. 27 es casi traducción literal del texto francés de 1891, y pese a la clara disposición de ese artículo. La tesis que predomina cree que no se trata de una “condenación condicional”, sino de una “condena de ejecución condicional”, es decir, que según ella, lo que queda sometido a condición es únicamente la ejecución de la condenación, pero no la condenación en sí misma. La tesis predominante altera toda la na-

³⁸⁴ JESCHECK, p. 53 (1ra. edición, 1969).

³⁸⁵ MAURACH, 864.

³⁸⁶ BETTIOL, 743.

³⁸⁷ V. NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del Diritto Penale*, Padova, 1975, p. 515.

turaliza de la condenación condicional y neutraliza gran parte de sus beneficios, al mismo tiempo que altera la letra clara y precisa del art. 27. Como esa interpretación doctrinaria tenía por resultado que quien hubiese sido condenado condicionalmente no pudiese volver a gozar de una condenación condicional por el resto de sus días, se hizo necesaria la introducción de los párrafos segundo y tercero del art. 27: "La suspensión podrá ser acordada por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la primera condena". "Este plazo se elevará a doce años, si ambos delitos fueran dolosos".

González Roura afirmaba que "según resulta del art. 27, el condenado condicionalmente no es reincidente si durante el término para la prescripción de la pena no comete un nuevo delito, pues dispone que en tal caso *se tendrá como no pronunciada la conducta*", "vale decir —agregaba— que produce el efecto de la amnistía (art. 50)"³⁸⁸. Malagarriga, por su parte, decía: "No debe ser considerado como reincidente el condenado bajo condición cuyo término de condena expiró. La frase *la condena se tendrá como no pronunciada*, significa que, cumplida esa condición, la condena queda revocada, sin surtir otros efectos que los exclusivamente civiles"³⁸⁹. Con posterioridad insistieron también en este punto le vista varias tesis jurisprudenciales y doctrinarias³⁹⁰, aunque predominó la tendencia desnaturalizante del instituto, infiltrada mediante la expresión "condena de ejecución condicional", creada por Molinario³⁹¹, quien funda su denominación en que "aquí lo condicional no es la condena, que siempre llega a pronunciarse, sino la ejecución de la condena la que queda supeditada a la circunstancia de cometer el beneficiado un nuevo delito"³⁹², lo que no refuerza con ninguna explicación y para nada toma en cuenta que, si bien se pronuncia la condena, el art. 27 dice que, transcurrido el plazo de condicionalidad, se la tendrá como "no pronunciada".

La tesis predominante es defendida con argumentos dispares, que no siempre resultan comprensibles totalmente. Soler cree salir del paso afirmando que el art. 27 se refiere a la condena concreta, en tanto que el art. 26 sería una disposición genérica³⁹³. Núñez apela al argumento de

³⁸⁸ GONZÁLEZ ROURA, II, 270.

³⁸⁹ MALAGARRIGA, I, 174.

³⁹⁰ Cfr. VERA BARROS, OSCAR, *Condenación condicional. Significado doctrinario y jurisprudencia actual* en "Cuadernos de los Institutos", Córdoba, 1960; ALLENDE Y GATTI, en LL, 55-237; sobre la jurisprudencia mendocina en su primera interpretación, "Rev. Penal Argentina", año I, p. 230.

³⁹¹ V. MOLINARIO, ALFREDO J., *La condena de ejecución condicional*, en "Revista Penal Argentina", 1924-II-pp. 5 y ss.; la denominación fue aceptada por los proyectos de 1937 (título VII; arts. 82 a 91), de 1951 (arts. 87 y 88) y de 1953 (arts. 75 y 76).

³⁹² MOLINARIO, op. cit., p. 56.

³⁹³ SOLER, II, 425.

que el código a veces emplea la voz "condenación" como sinónimo de "pena impuesta en la sentencia", que sería el sentido que le otorga en el art. 40³⁹⁴. El argumento de Núñez parece ser de peso, pero nos parece muy claro que "condenación" es "la acción y el efecto de condenar" en el sentido gramatical estricto y que, además, está tomada directamente de la ley francesa, cuyo art. 1º, ap. 2º decía textualmente "la *condamnation* sera comme non avenue". Por otra parte, parece poco razonable apelar al uso incorrecto que de la voz "condenación" hace el código en el art. 40, cuando en el segundo párrafo del mismo art. 27, el código vuelve a emplear la palabra en el claro sentido de "acción y efecto de condenar" ("la pena impuesta en la primera condenación"). Además, cabe observar a este argumento que las penas no se "pronuncian", sino que se "imponen", con lo que indica que el art. 27, al usar el participio "pronunciada", se está refiriendo al acto de condenar y no al mero resultado de este acto.

Soler, siguiendo a Ramos³⁹⁵, argumenta que el art. 50 no hace la salvedad del art. 27, por lo que la condenación condicional ya extinguida debe tomarse en cuenta a los efectos de la reincidencia. El argumento nos parece poco convincente: cuando ha mediado condenación condicional y el plazo ha transcurrido, no se prescribe el antecedente a los efectos de la reincidencia, sino que desaparece, por lo que obviamente, no tiene sentido que lo mencione el art. 50. El mismo Soler se percata de lo endeble de la argumentación al reconocer la "energía de la expresión" del art. 27³⁹⁶.

En modo alguno altera la naturaleza de la condenación condicional el agregado de los párrafos segundo y tercero del art. 27, que en nada modifican el sentido terminante de sus primeras palabras. Que la condenación condicional obste al pronunciamiento de una nueva condenación condicional hasta que hayan transcurrido los plazos allí señalados y que la segunda condenación condicional impida la concesión de una tercera, nada tiene que ver con que para cualquier otro efecto la condenación a pena privativa de libertad se tenga "como no pronunciada" una vez cumplido el plazo de condicionalidad. Debe tenerse presente que *lo que desaparece, conforme a la previsión del art. 27, es la condenación a la pena privativa de libertad con todas sus consecuencias, pero no desaparece la sentencia en sí misma*, dado que eso sería tan imposible y ficticio como pretender que lo que fue no haya sido. Por consiguiente, en nada altera la naturaleza de la condenación condicional que permanezcan sus efectos obstando a una segunda condenación durante cierto período de tiempo. Ello resulta de la evidente realidad de que el acto jurisdiccional de la sentencia queda en pie —como

³⁹⁴ NÚÑEZ, II, 524.

³⁹⁵ RAMOS, *Curso*, IV, 207.

³⁹⁶ SOLER, II, 434.

que se cumplirán las penas conjuntas de multa o de inhabilitación (art. 27, 3er. párrafo) y se tendrán que reparar los daños y pagar las costas (art. 28)— teniendo como no pronunciada únicamente la condenación a pena privativa de libertad.

La actual limitación de la posibilidad de condenar condicionalmente a sólo dos oportunidades ³⁹⁷, elimina radicalmente los argumentos que se esgrimían contra la tesis que sostenemos y que afirmaban que esta interpretación deja indefensa a la “sociedad” frente al reiterante. De cualquier modo, tal discurrir tampoco era coherente dentro del planteamiento conforme al texto original del código, puesto que no podía perderse vista que la condenación condicional siempre dependió de que se hallasen reunidos los requisitos legales señalados en el art. 26 y que el juez debe apreciar en cada caso.

655. Condiciones formales para su pronunciamiento. Conforme al texto vigente, la condenación que puede pronunciarse condicionalmente debe ser a una *pena de prisión que no exceda de dos años*. El texto original admitía también la condenación a pena de reclusión por igual tiempo y a multa. La reclusión y la multa fueron eliminadas del régimen de la condicionalidad.

Por otra parte, debe tratarse de la *primera condena a pena de prisión*, puesto que el instituto se refiere únicamente a esta pena y, por consiguiente, no deben extenderse ni sus efectos ni sus presupuestos a otras penas. Es lógico que si la condenación condicional se refiere a la prisión también obste a la misma la pena anterior de reclusión —puesto que es más grave—, pero no sucede lo mismo cuando se trata de anteriores condenas a penas de multa o de inhabilitación. No obstante, a estar el texto literal del artículo 26, pareciera que la anterior condenación a pena de reclusión no obsta al beneficio, en razón de la defectuosa técnica legislativa de la ley 21.338.

La expresión “primera condena” debe entenderse como primariedad delictiva y no como la primera condena que el sujeto tenga en su vida, lo que resultaría bastante ilógico. La insistencia en que las palabras “a los efectos de la reincidencia” del art. 50 dan lugar a que la condena que ha prescripto como antecedente para la reincidencia obste a la condenación condicional ³⁹⁸ pasa por alto la vinculación íntima que hay entre la reincidencia y esta forma de

³⁹⁷ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 538; DE LA RÚA, 312-313.

³⁹⁸ Así, SOLER, II, 422; NÚÑEZ, II, 525.

condenación. Precisamente la condenación condicional procura evitar la pena corta de prisión para quien puede ser un autor ocasional y, justamente, la prescripción del antecedente a los efectos de la reincidencia denota que no hay ya una mayor alarma social por el segundo hecho, que no puede ser entendido como un mayor grado de injusto motivado por la ineficacia del Estado como proveedor de seguridad jurídica.

La razón por la cual la condenación condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite —que nuestro legislador fija en dos años de prisión— o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir, cuando el sujeto no es reincidente. De esta forma, la conexión entre condenación condicional y no reincidencia, o sea, primariedad delictual, es bien clara. No hay absolutamente ninguna explicación razonable que permita comprender por qué un autor que el código considera primario no pueda ser sometido a una condenación condicional en caso de darse todos los requisitos para la misma ³⁹⁹.

El argumento que puede esgrimirse contra la interpretación que propugnamos, y según la cual "primera condena" debe entenderse como primariedad delictual o no reincidencia, es que podría ser condenado condicionalmente alguien que ya sufrió pena efectiva en razón de un anterior delito, en términos más breves que los que requieren los párrafos segundo y tercero del art. 27 para que pueda ser condenado condicionalmente quien ya lo fue en una ocasión anterior en la misma forma. El argumento sería más sensacional que convincente, puesto que el condenado en forma efectiva a una pena privativa de libertad, muchos años antes, tiene más méritos para hacerse acreedor a la condicionalidad que quien fue condenado antes condicionalmente, pues el segundo tuvo una oportunidad que al primero se le negó.

Resulta sin posibilidad alguna de explicación razonable la afirmación de que a un sujeto al que se le condene a dos meses de prisión, dándole por cumplida la pena con el tiempo de prisión preventiva sufrido, jamás en su vida pueda ser condenado condicionalmente, cuando la permanencia en prisión preventiva pudo deberse

³⁹⁹ La vinculación entre la primariedad delictual y la condenación condicional viene de antiguo, al punto de que una sentencia de CLODOMIRO ZAVALLA de 1922, criticada por RAMOS, pretendía que no podía condenarse condicionalmente mientras no existiese un registro nacional que certificase la primariedad delictual (V. "Rev. Penal Arg.", año I, pp. 200-204).

a que no tuviese dinero para una caución, a que se le haya acusado por un delito más grave o por una pluralidad de delitos o, simplemente, a que no se domicilie en la provincia (requisito que contienen ciertos sistemas procesales vigentes) o a que su abogado no le haya indicado la posibilidad de ser excarcelado. Frente a este supuesto, si escindiésemos la primariedad delictiva del requisito de la "primera condena" del art. 26, resultaría privilegiado quien nunca sufrió privación de libertad alguna y al cabo de cierto número de años vuelve a delinquir.

Por otra parte, la identificación de "primera condena" con "primariedad delictual" resulta bien lógica si tenemos en cuenta que aclara qué condenas son las que deben tomarse en cuenta como obstáculo y cuáles deben desecharse. De no entender "primera condena" en este sentido, la selección de las condenas que obstaculizan la condicionalidad sería puramente arbitraria, en tanto que resulta bien lógico acudir al art. 50 y concluir que la condena anterior que impide la condicionalidad debe ser una condena por sentencia firme a una pena privativa de libertad, lo que armoniza con la previsión sobre concurso del párrafo 2º del art. 26, que sería la solución para el caso en que la condena anterior no estuviese firme: *"En los casos de concurso de delitos procederá la condenación condicional, si la pena impuesta al reo no excediese de dos años de prisión"*.

Igualmente resulta coherente afirmar que la condena anterior impuesta en el extranjero obstará siempre que reúna los requisitos del segundo párrafo del art. 50. Sería absurdo pretender que una condena extranjera pronunciada es rebeldía, obste a la condicionalidad en nuestro derecho. De igual modo, resulta claro que el indulto de la pena no afecta a la condena, de manera que la misma será tenida en cuenta aunque la pena hubiese sido indultada y que la conmutación no dará lugar a que se solicite la condicionalidad⁴⁰⁰, no tanto porque deba ser establecida en la sentencia, sino porque no afecta a la condena.

De la misma manera, el art. 50 eliminará como obstáculos para la condenación condicional a las condenas por delitos militares, políticos y amnistiados.

En general, la doctrina nacional llega al criterio que señala el art. 50, pero sin mencionarlo. Así, se dice que la condena debe ser

⁴⁰⁰ V. FIERRO, GUILLERMO J., *El indulto y su interpretación jurisprudencial*, en N P P, p. 558.

por delito común, que no debe ser contravencional sino penal ⁴⁰¹, que no tiene relevancia que la pena esté prescripta o que haya sido indultada, pero sí que haya sido amnistiada o que el delito se haya desincriminado ⁴⁰², con lo cual se llega a la conclusión de que los esfuerzos de nuestra doctrina, al desvincular la condenación condicional de la primariedad delictual, se encaminan casi únicamente a desvincularla del párrafo 4º del art. 50.

En análogo sentido, cabe afirmar que la condenación condicional impuesta antes de los veintiún años no obsta a la posible concesión del beneficio en un segundo delito, aunque no hayan transcurrido los ocho o doce años de la ley, puesto que es una agravación de pena que está excluida en virtud de la última parte del art. 51 del código penal ⁴⁰³.

Sintetizando lo dicho, resultará que *puede imponerse condicionalmente una pena de hasta dos años de prisión a quien no sea reincidente, no haya sido condenado condicionalmente con anterioridad sin que hayan transcurrido los plazos del art. 27 y no haya sido condenado condicionalmente en dos ocasiones anteriores.*

Pese a que la ley no distingue entre delitos dolosos y culposos, un sector de la doctrina ⁴⁰⁴ y la jurisprudencia de la capital ⁴⁰⁵ entienden que la condena condicional cabe cuando el primer delito ha sido doloso y el segundo culposo o viceversa. El tercer párrafo del art. 27, al establecer un plazo especial para el caso en que ambos delitos fuesen dolosos y, atendiendo a la redacción del segundo párrafo —que no expresa que se limita a condenar por delitos culposos— resuelve la cuestión en sentido contrario al de la jurisprudencia de la capital y conforme con la doctrina que entendía que era indiferente la naturaleza dolosa o culposa del delito que motivó la anterior condena ⁴⁰⁶.

La larga controversia doctrinaria y jurisprudencial en torno a las penas de inhabilitación especial que se aplican en forma conjunta con las penas de prisión ⁴⁰⁷ ha quedado resuelta por la ley vigente, dada la terminante disposición del párrafo tercero del art. 26: “No procederá la condenación condicional para las penas de multa o inhabilitación” ⁴⁰⁸.

⁴⁰¹ Así NÚÑEZ, II, 527.

⁴⁰² Idem. 525-526.

⁴⁰³ Cfr. ROTMAN, EDGARDO, op. cit. en LL del 16-X-81.

⁴⁰⁴ GÓMEZ, I, 632.

⁴⁰⁵ Plenario del I-VIII-52 (LL, 67-437; JA, 1952-III-373; que dejó sin efecto el plenario en sentido contrario del 26-XI-46 (JA, 1946-IV-743).

⁴⁰⁶ Cfr. NÚÑEZ, II, 525.

⁴⁰⁷ En contra de la extensión estuvieron NÚÑEZ, II, 528; SOLER, II, 426; GONZÁLEZ ROURA, II, 271; los plenarios de la Capital del 27-XI-59 (LL, 97-232; JA, 1960-I-477) q del 13-VII-64 (LL, 8-9-64).

⁴⁰⁸ Cfr. DE LA RÚA, 309; NÚÑEZ, *Manual*, 356.

En algunos delitos, respecto de los cuales la ley presume que provocan un mayor peligro de alarma social, se excluye la posibilidad de condenación condicional, como acontece ahora con los delitos previstos en la ley 20.840 (art. 12) y acontecía antes con la vigencia del decreto-ley 6.582/58 (Registro de propiedad de automotor).

Dado que la condenación es lo condicional —y no únicamente la pena— el momento de disponer la condicionalidad sólo puede ser el de la sentencia, pese a que pueda ser establecida por auto aclaratorio⁴⁰⁹, pues éste siempre se refiere a la sentencia original, limitándose a aclarar su contenido y alcance. Debido a esto, creemos que no corresponde imponer condicionalmente la pena de prisión que sustituye a la multa, puesto que en ese caso la condenación siempre será a multa, sin que altere el carácter incondicional de la condenación la sustitución por prisión. De allí también se deduce que aunque el sujeto haya cumplido esta pena, la misma no obstará a la condenación condicional por un hecho posterior.

656. Condiciones materiales para su pronunciamiento. Las condiciones formales se limitan a hacer precedente la condicionalidad de la condenación, pero siempre y cuando se reúnan también los requisitos materiales para su pronunciamiento, que son los que, según el art. 26, deben fundar la decisión del tribunal.

El problema de los requisitos materiales de la condicionalidad ha sido equívocamente planteado, cuestionando si la condicionalidad es un derecho del condenado, lo que se ha negado rotundamente⁴¹⁰. En realidad, lo que con este nombre se plantea es si el mero cumplimiento de los requisitos formales es suficiente para que surja un derecho del procesado a ser condenado condicionalmente, lo que, inquestionablemente, debe ser respondido en forma negativa.

No obstante, afirmar que la cumplimentación de los requisitos formales no hace surgir ningún derecho a la condicionalidad, no implica que tampoco surja ese derecho cuando se llenan los requisitos materiales también. Es a nuestro juicio claro que, cumplimentados los extremos formales y materiales requeridos en la ley, hay un derecho del procesado a la condicionalidad, puesto que lo contrario implicaría confundir la función valorativa del juez con una potestad arbitraria.

Lo cierto es que nuestra práctica judicial ha caído en un vicio respecto de la condenación condicional, consistente en imponerla de modo casi automático, por lo cual los requisitos materiales no han sido materia de real importancia práctica. Este vicio viene prácticamente desde la sanción del código⁴¹¹ y, si por un lado refleja un criterio más liberalizador

⁴⁰⁹ "Procede conceder la condena condicional en auto aclaratorio" (Sala 1ª, CCC, causa 1770, 16-VI-1953).

⁴¹⁰ Así, DONNEDIEN DE VABRES, *Traité*, p. 525; MERLE, ROGER-VITA, ANDRÉ, *Traité de Droit Criminel*, Paris, 1967, p. 614.

⁴¹¹ Hace más de cuarenta años hacía notar este vicio MARIANO PALLETTE PUEYREDÓN, *Cómo se aplica la condena condicional*, en "Rev. Penal y Penit.", III, 1938. pp. 21 y ss.

del instituto, por otro ha tenido el efecto reflejo de estrechar el ámbito de aplicación aumentando jurisprudencialmente los requisitos formales.

Las *condiciones materiales* del pronunciamiento están consignadas en el art. 26, cuando dice: "*Esta decisión se fundará en la personalidad moral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado en cuanto puedan servir para apreciar esa personalidad*".

La expresión *personalidad moral* parece a primera vista exagerada. El enunciado puede inducir a pensar que se trata de indagar las "virtudes morales" del sujeto, lo que, obviamente, resultaría contrario al art. 19 constitucional. Sin embargo, si se analiza adecuadamente su alcance, resulta una expresión bastante correcta, aunque peque del defecto de aspectar una extensión desmesurada e inconstitucional.

El fundamento político-penal de la condenación condicional consiste en el fin de evitar las penas cortas privativas de libertad, que suelen tener un efecto negativo sobre la personalidad de los autores primarios. De allí que se suponga que quien se beneficia con una condenación condicional debe ser un autor capaz de no cometer otro delito y, por consiguiente, apto para asumir el compromiso que ello implica ante un orden jurídico que, en atención a ese compromiso, se limita a condenarle en forma condicional. La *personalidad moral*, por ende, no hace referencia a otra cosa que a la capacidad del sujeto para asumir este compromiso, es decir, que no se trata de penetrar la conciencia del sujeto para valorar su moral individual, sino simplemente, de ponderar su *fortaleza moral* como persona capaz o incapaz de asumir ante el derecho el compromiso de no volver a delinquir.

En otras palabras, no se trata de averiguar si el sujeto se conduce como un buen padre, marido o hijo, si es laborioso o si tiene hábitos sedentarios o nómades, sino de saber si tiene capacidad para comprometerse a no delinquir, o sea, para asumir ese deber jurídico como un deber de conciencia. Este y no otro fue el sentido que tuvo la expresión en la gestación de nuestro código.

Al tiempo de la elaboración de nuestro código eran varias las legislaciones que se referían a las condiciones que debía reunir la persona del condenado, todas las cuales se orientaban en mayor o menor medida hacia la perspectiva de que diera muestras de que no volvería a delinquir (así, el 39 del proyecto alemán de 1909, el proyecto sueco de 1916, el inc. 2º del art. 40 del proyecto peruano de 1916, la ley inglesa de 1907, la ley

húngara de 1908 etc.). Sin embargo, la expresión fue tomada por el proyecto de 1917, en forma casi textual, del párrafo de Julio Herrera dedicado a criticar al proyecto de 1906 ⁴¹².

La ley portuguesa de 1893 dice: “el juez podrá, teniendo en cuenta el grado de culpabilidad y el comportamiento moral del delincuente, como también las circunstancias de la infracción...” (art. 88 del código penal portugués). Parece ser que es esta fórmula la que Herrera transformó cuando escribió: “No hay que olvidar que la condena condicional es un procedimiento de individualización de la pena, en la más alta acepción de la palabra, y de consiguiente, el Juez debe tener en cuenta al concederla o negarla la personalidad moral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado, en cuanto pueden servirle para apreciar mejor esa personalidad” ⁴¹³.

No hay duda alguna de que Herrera, cuando escribió estas palabras, no quiso emplear la expresión “personalidad moral” como sinónimo de “personalidad cargada de virtudes”, puesto que con toda claridad escribió unas páginas más adelante que “la ley no puede pretender hacer de cada condenado condicional un impecable; lo único que quiere es que no se convierta en un profesional del delito” ⁴¹⁴. El concepto queda todavía más claro en la *Exposición* del proyecto de 1917, donde se revela que la “personalidad moral” no es más que lo que permite tener confianza en que el sujeto no volverá a delinquir: “Los jueces no deben olvidarse —decía— que devolverán a la sociedad a un sujeto digno de observarse, desde que ha cometido un acto antisocial, y que se devuelve en la confianza de que no volverá a repetirlo” ⁴¹⁵.

Con mayor razón aún, nuestra opinión se halla avalada por la circunstancia de que el Senado propuso un agregado al art. 27, según el cual la condenación condicional podría revocarse por mala conducta, lo que fue rechazado por la Comisión de Diputados con cita expresa del recién transcrito párrafo de Herrera ⁴¹⁶.

El tribunal se fundará en la *naturaleza del delito* —que, como sabemos, es una referencia al grado del injusto— y en las *circunstancias que lo han rodeado*, pero cabe advertir que ninguno de ambos será elemento de juicio independiente, sino que deberán ser tenidos en cuenta siempre a los efectos de la prevención especial, es decir, *en cuanto puedan servir para apreciar esa personalidad*. Ello equivale a decir que estos elementos forman parte del juicio del magistrado en la medida en que sean índices demostrativos de su capacidad para asumir frente al derecho el compromiso de no reincidir. Esto pone bien en claro que la condenación condicional

⁴¹² V. HERRERA, JULIO, p. 164.

⁴¹³ Ibidem.

⁴¹⁴ Ídem, 168-169.

⁴¹⁵ *Proyecto*, 1917, p. 51.

⁴¹⁶ V. RAFFO DE LA RETA, II, 344.

nunca podrá negarse por razones de "prevención general". "El juez rechazará la *sursis* —dice la jurisprudencia suiza— por consideraciones de prevención general, como por ejemplo, en razón de la naturaleza o frecuencia de un crimen o de un delito" ⁴¹⁷.

El texto original del código decía que "el tribunal requerirá las informaciones que crea pertinentes para formar criterio". El texto vigente suprimió las palabras "que crea", con lo que da la idea de que el tribunal no puede proceder arbitrariamente en este sentido, sino que tendrá que obtener esas informaciones conforme a los cañiles legales adecuados en cada caso.

La aclaración puede parecer elemental, pero sin embargo, es importante, porque por vía de la relativa arbitrariedad judicial puede llegar a desvirtuarse el instituto.

"Informaciones pertinentes" son los testigos de concepto y los informes de concepto que en el curso del proceso ofrece la defensa, tanto como los que por vía de medida para mejor proveer ordena el tribunal. De este modo, el tribunal no puede rechazar esas pruebas por inconducentes y mucho menos caer en el vicio de conformarse con un simple informe policial o con los "antecedentes policiales" por contravenciones inconstitucionalmente "juzgadas" y penadas, como acontece en la Capital Federal o en la Provincia de Buenos Aires. En la *Exposición* del proyecto de 1917, criticando al proyecto de 1906 se dice: "en la forma reglamentada por el proyecto (de 1906), sería en definitiva la autoridad policial de la Capital, Provincia o Territorio, según el caso, la que decidiera con sus informes la procedencia o improcedencia de la condenación condicional". "Encontramos más acertado exigir al juez que tome criterio propio sobre la personalidad moral del condenado, requiriendo los informes necesarios y realizando las diligencias personales que le permitan apreciar esa personalidad" ⁴¹⁸.

Desafortunadamente, cabe reconocer que en la práctica se ha ido haciendo cada vez menos uso de la facultad judicial de apreciar los requisitos de fondo o materiales de la condenación condicional, al tiempo que, por vía interpretativa, se fue estrechando el ámbito de aplicación de la condenación condicional por efecto de la interpretación más extensiva de punibilidad que se haya podido concebir respecto de sus requisitos formales.

⁴¹⁷ TÜZEMEN, SIDDIK, *L'institution du sursis et sa réglementation dans le Code Pénal suisse*, (tesis), LAUSANNE, 1947, p. 66. Jurisprudencia argentina minoritaria y no digna de imitar es la que *certamente* critica DE LA RÚA, 314.

⁴¹⁸ *Proyecto*, 1917, p. 51.

La condenación condicional ha ido quedando reducida a una aplicación mecánica de un precepto retaceado por la vía de una interpretación extensiva de sus requisitos formales, en que se pasan completamente por alto sus condiciones materiales, lo que da lugar a que se le niegue a quien es materialmente acreedor a ella, en razón de los requisitos formales entendidos extensivamente, y a que se le conceda a quien caiga dentro de esos requisitos formales así entendidos, sin detenerse a valorar si reúne las condiciones materiales que hacen viable el beneficio. Lo penoso es que, para corregir adecuadamente su funcionamiento, se requeriría una reforma legislativa, puesto que una adecuada valoración judicial de las condiciones materiales unida a una inadecuada interpretación extensiva de sus requisitos, seguiría dejando fuera de sus previsiones a muchos sujetos que son socialmente recuperables.

657. **La condicionalidad de la condenación.** La única condición a que queda sometida la condenación a pena de prisión hasta dos años es que el condenado se abstenga de cometer un nuevo delito durante el término de cuatro años a partir de la fecha en que la sentencia que impone la condenación condicional haya quedado firme. Transcurrido ese plazo sin que el condenado cometa un nuevo delito, la condenación "se tendrá como no pronunciada", quedando sólo como obstáculo para una nueva condenación condicional, salvo los casos previstos en los párrafos segundo y tercero del art. 27.

Dado que la condenación condicional guarda una estrecha relación con la primariedad delictual, puesto que éste es su campo, no corresponde admitir que cualquier delito acarrea la revocación, sino únicamente los que dan lugar a reincidencia. Si bien en el curso de la sanción del código se había rechazado la propuesta de Herrera, quien propugnaba que se dijese expresamente que debe ser un delito seguido con privación de libertad⁴¹⁹, cabe recordar que en su sanción original la condenación condicional abarcaba a la multa, lo que queda descartado ahora con el tercer párrafo del art. 26, mostrando así una más clara conexión con la reincidencia. De toda forma, estando a la letra de la ley, el art. 27 dice "el condenado no cometiere un nuevo delito" y el primer párrafo del art. 50 dice "cometiere un nuevo delito", es decir que, ninguno de ambos distingue expresamente en base a las penas aplicables, de

⁴¹⁹ Edición Oficial, p. 618.

modo que no hay razón alguna para restringir la reincidencia a los casos en que el nuevo delito está penado con privación de libertad y revocar la condicionalidad cuando el nuevo delito estuviere penado con multa o inhabilitación.

Si dentro del plazo de cuatro años a contar desde que haya quedado firme la sentencia que condena condicionalmente, el condenado *“cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme a lo dispuesto sobre acumulación de penas”*. En tal caso, la revocación de la condicionalidad se opera desde el día en que el condenado comete el segundo delito, aunque, lógicamente, debe declararse por el tribunal que condena por el segundo delito, que es al que le incumbe unificar las penas de oficio.

Toda vez que la reparación del daño y el pago de las costas del juicio sólo integran formalmente la condena penal, es decir, que la integran únicamente por estar resueltos en la misma sentencia, no caen cuando la condenación a la pena de prisión se tiene como no pronunciada y, menos aún, cuando únicamente se halla suspendida la pena manteniéndose todavía la condicionalidad de la condenación. De allí que el art. 28 disponga terminantemente que *“la suspensión de la pena no comprenderá la reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio”*.

TÍTULO II

LA COERCIÓN FORMALMENTE PENAL

CAPÍTULO XLII: Manifestaciones de la coerción formalmente penal en el derecho penal argentino.

CAPÍTULO XLII

MANIFESTACIONES DE LA COERCION FORMALMENTE PENAL EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

I. - LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD: 658. La reclusión no penal en el código penal. 59. La indeterminación de las medidas del inc. 1º del artículo 34. 660. Supuestos de reclusión de incapaces psíquicos de delito alienados. 661. Supuestos de reclusión de no alienados. 662. Las medidas no penales en los proyectos de reforma. II. - LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO: 663. Naturaleza jurídica. 664. Principales problemas que se han señalado.

I.—LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

658. **La reclusión no penal en el código penal.** No hemos ocupado extensamente del problema de las “medidas de seguridad”, en cuanto a su ideología y a las confusiones lesivas de la seguridad jurídica que ha provocado¹. En síntesis, hemos negado su admisibilidad en cualquier supuesto que no fuese el de incapacidad psíquica, consignando que las llamadas “medidas pre-delictuales” son casos de “penas sin delito” y las “post-delictuales” son penas agravadas o formas de agravar penas. Conforme a ello, las únicas “medidas” que hay en nuestro código penal son las que establece el art. 34, inc. 1º en sus párrafos segundo y tercero, que son la *reclusión manicomial de incapaces* y la *reclusión institucional de incapaces no alienados* respectivamente, toda vez que la reclusión del art. 52 es una pena y las “medidas pre-delictuales” no existen en nuestro derecho penal vigente (ni podrían existir, por su evidente inconstitucionalidad).

Hemos observado varias veces a lo largo de nuestra exposición, que no todo lo que se prevé en un código penal tiene naturaleza penal, desde el punto de vista del derecho penal material, aún cuan-

¹ Cfr. *supra*, parágrafo 19.

do sus previsiones sean aplicables por la magistratura penal o vincularse a la presencia de algunos caracteres totales o parciales del delito. De ello hemos concluido que las medidas del art. 34, inc. 1º, en razón de ser aplicables incluso a supuestos en los que ni siquiera hay conductas o acciones, no pueden tener carácter penal *material*, sino meramente *formal*, siendo su naturaleza *administrativa* y su objetivo *asistencial*.

Estas medidas fueron introducidas en nuestra legislación por el código vigente, puesto que, salvo una ligera referencia en el código Tejedor, no las conoció el código de 1886, durante cuya vigencia la cuestión quedaba regulada directamente por las disposiciones del código civil ^{1 bis}.

El primer antecedente de esta disposición fue el art. 147 del Cód. Tejedor, que se ocupaba de casos de incapacidad psíquica y agregaba un último párrafo que decía: "Las personas nombradas que cometan algún crimen, serán encerradas en alguna de las casas destinadas para los de su clase, o entregadas a su familia, según lo estime el juez por conveniente. Los sordo-mudos, sin embargo, podrán ser castigados como los menores de 18 años y mayores de 12". Era un agregado de Tejedor al art. 120 del Cód. de Baviera, que fundamentaba con una nota de Chaveau y Hélie.

El art. 95 del proyecto de Villegas, Ugarriza y García disponía que las personas menores e inimputables "que cometan hechos en perjuicio de terceros, serán encerradas en alguna de las casas destinadas a los de su clase, o podrán ser entregadas a su familia para su cuidado, sin perjuicio de la cooperación y vigilancia de la autoridad".

El origen de estas disposiciones fue el inc. 1º del art. 8 del código español que establecía la reclusión en hospital, que sólo cesaba por orden del tribunal, en caso que "el imbecil o el loco hubiere ejecutado un hecho que la ley calificare de delito grave", dejando la alternativa de hacer lo mismo o entregarlo a la familia bajo "fianza de custodia" en los demás casos ².

Con marcada fidelidad al modelo español se elabora el inc. 1º del art. 59 del proyecto de 1891: "Si la perturbación no es momentánea o si puede temerse su repetición, y el hecho ejecutado es de los que la ley reprime con pena de muerte, presidio, deportación o penitenciaria, el juez decretará la reclusión del agente en un establecimiento de alienados criminales o en un departamento especial de los manicomios comunes, del que no saldrá sino por resolución judicial en que se declare, con audiencia del ministerio público, y previo dictamen de peritos, que ha desaparecido el peligro que motivó la reclusión. En el mismo caso, si se tratare de un hecho reprimido con pena diferente de las mencionadas, el agente será

^{1 bis} Cfr. DÍAZ, EMILIO C., *Internamiento de seguridad. Artículo 34 del Código Penal*, en "Rev. Penal Argentina", 1926, pp. 32 y ss. (33).

² V. GROZARD, I, p. 180.

puesto en libertad bajo fianza de custodia, que garanta su buena conducta ulterior, observándose mientras dicha fianza no se prestare, lo dispuesto en el párrafo precedente". Un criterio casi idéntico seguía el inc. 1° del art. 15 del proyecto de Segovia.

Mucho más escueto fue el segundo párrafo del inc. 1° del art. 41 del proyecto de 1906: "En caso de enfermedad mental, el juez ordenará la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás".

El proyecto de 1917, seguramente influido por la crítica de Ramos al de 1906, referida fundamentalmente a los alcohólicos³, dice en su Exposición de Motivos: "Pero el proyecto es incompleto en esta parte porque autoriza la reclusión únicamente para los casos en que el agente se encuentre atacado de locura o sea de perturbación con carácter permanente. El sujeto pudo haber actuado sin conciencia del acto sin ser un alienado, como ocurre en ciertos casos de ebriedad, vale decir, en aquellos en que ha sido absoluta e independiente de la voluntad del acusado. En éstos y en los demás casos se autoriza al tribunal para ordenar la reclusión del agente también hasta que haya desaparecido su carácter de individuo peligroso. Esta medida es salvadora sobre todo para los alcohólicos y demás sujetos acostumbrados a ingerir venenos"⁴. Esos fundamentos son los que dieron lugar a que se introdujese en un tercer párrafo lo que pasó a ser la reclusión para inimputables no enajenados.

En el curso de la sanción legislativa, el Senado sustituyó —como sabemos— en el primer párrafo del inc. 1° del art. 34 las palabras "naturalidad y el sentido de lo que hacía" por "criminalidad del acto" y agregó "error o ignorancia de hecho no imputable". En el 2° párrafo se decía "el tribunal ordenará" y sancionó "el tribunal podrá ordenar". El tercer párrafo decía "en todos los demás casos" y sancionó "en los demás casos". Las modificaciones fueron aceptadas por la Cámara de Diputados y así fue sancionado el texto vigente.

Lo cierto es que respecto de los incapaces, el código penal introduce una clasificación entre *enajenados* y *no enajenados*. Con ello, crea un régimen especial para los "enajenados" y "no enajenados", bien diferente del que establece el código civil y, en general, nuestra dispersa y desarticulada legislación psiquiátrica. Podemos afirmar, pues, que hay en la Argentina una legislación psiquiátrica referida a los enfermos mentales que no reúnen los requisitos para caer dentro de la coerción formalmente penal y otra para los que incurrir en los supuestos previstos en la misma. La vinculación estrecha entre ambos regímenes se pone de manifiesto por la circunstancia de que el art. 34, inc. 1°, requiere la absolu-

³ V. Proyecto de 1917, pp. 204 y ss.

⁴ *Idem*, p. 69.

ción y porque los presupuestos —al menos en el caso de los “enajenados”—, son los mismos del art. 482 del código civil (“El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros”) ⁵.

El art. 141 del código civil, conforme a la redacción de la ley 17.711, establece: “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”. La misma ley, al introducir el art. 152 bis, que permite la inhabilitación judicial de “no dementes” (alcohólicos, toxicofrénicos, disminuídos y pródigos), elimina en realidad también de la legislación psiquiátrica no formalmente penal la limitación de la misma a los “dementes”, lo cual aumenta el paralelismo con la legislación psiquiátrica formalmente penal.

La base de la legislación psiquiátrica ordinaria está dada en nuestro país por el citado art. 482, que conforme a la redacción actual establece: “El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial”.

“Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación solo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial”.

“A pedido de las personas enumeradas en el art. 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicos y toxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”.

Bonnet explica que la internación manicomial se rige en la Capital Federal por la ordenanza municipal 3268 del 31 de diciembre de 1928, por las resoluciones 672 de 1946 y 95 de 1959, del Ministerio de Salud Pública y del Consejo de Salud Mental y por la resolución de la Policía Federal del 23 de noviembre de 1957, requiriéndose para la misma dos certificados médicos concluyentes acerca de la alienación, fechados dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a su presentación al establecimiento psiquiátrico público o privado en que la misma tenga lugar, salvo que la internación sea dispuesta directamente por la Policía Federal, en cuyo caso basta con un certificado firmado por el médico de la repartición ⁶.

⁵ Cfr. TERÁN LOMAS, II, p. 470.

⁶ BONNET, EFP., *Medicina legal*, Buenos Aires, 1980, p. 1773.

El mismo autor informa que el primer proyecto de ley de alienados es debido a Ramón Tejerina, seguido casi de inmediato por el de Emilio Coni, ambos en 1891. "Siguiéron luego los de Eliseo Cantón (1894-1897), Félix Manuel Gómez (1894); Antonio F. Piñeiro (1906); Leopoldo Bard (1922-1924); Juan Manuel Obarrio (1924); Nerio Rojas (1946, 1953, 1959); Ferrer Zanchi (1952) y Fernández Ramírez (1959), este último de la ciudad de Córdoba". Recuerda que Emilio Coni, en el proemio de su proyecto decía que: "Es realmente sensible que, hasta la fecha, la República Argentina no tenga ninguna ley especial referente al régimen de los alienados, análoga a las que existen en las naciones más adelantadas", y con toda razón agrega que "han pasado casi ochenta años y estas palabras podrían muy bien iniciar cualquier proyecto de ley de hoy"⁷.

La observación de Bonnet resulta mucho más grave de lo que a primera vista puede parecer, si tenemos en cuenta las tendencias actuales en la materia. En efecto: desde hace algunos años, y no únicamente por efecto de tendencias radicales como la "anti-psiquiatría"⁸, ha quedado bien clara la marcada ideologización de la psiquiatría, que, al igual que el derecho penal, cumple una función de control social estigmatizante y segregativa, al tiempo que el "manicomio" se hace acreedor a las mismas críticas que la prisión, como institución total que es. La crítica a la "institución total" se abre en su versión moderna, en la sociología actual, con el famoso estudio de Goffman, referido especialmente a los manicomios⁹. A ello se ha sumado la utilización descarada de la psiquiatría como medio de represión política¹⁰.

Todo esto ha puesto en claro que es sumamente peligroso descuidar la legislación psiquiátrica y, por ende, la urgente necesidad de regular atentamente este aspecto del control social que, hasta hace poco, se entendía como aseptico a lo político e ideológico.

Prácticamente, puede hoy afirmarse que la legislación psiquiátrica es un instrumento de control social tan peligroso como el derecho penal o aún más. Ello ha dado lugar a severas críticas sobre el estado actual de la misma en muchos países¹¹ y a la tentativa de suprimir prácticamente

⁷ Idem, p. 1775.

⁸ Sobre ella: KOUFERNIK, CYRILLE, *Antipsiquiatría: senso ou contra-senso?*, autores varios, Rio de Janeiro, 1976; SZASZ, THOMAS, *Ideologia e doença mental. Ensaio sobre a desumanização psiquiátrica do homem*, Rio de Janeiro, 1977; LAING, R. D., *Q. eu e os outros*, Petrópolis, 1978; del mismo, *O eu dividido. Estudo existencial da sanidade e da loucura*, Petrópolis, 1978; LAING-COOPER, *Razão e violência*, Petrópolis, 1978; BASAGLIA, FRANCO-BASAGLIA ONGARO, FRANCA (organizadores), *Los crimenes de la paz*, México, 1977; CANOSA, ROMANO, *Storia del manicomio in Italia dall'Unità a oggi*, Milano, 1979.

⁹ GOFFMAN, IRVING, *Manicomios, prisões e conventos*, São Paulo, 1974.

¹⁰ Ver el caso de una monja internada en un hospital psiquiátrico soviético por hacer cinturones con versículos de los Salmos y venderlos a los cristianos en *Amnesty International*, julio-agosto de 1979, p. 7.

¹¹ V. por ej. ZUTT, J., *Freiheitsverlust und Freiheitsentziehung*, Berlin, 1972; BERCOVITZ, RODRIGO, *La marginación de los locos y el derecho*, Madrid, 1976.

el manicomio, llevada a cabo en Italia mediante la ley de 1978¹². Lamentablemente, en nuestro país estamos aún sumamente lejos de comprender acabadamente el sentido de este movimiento reformador, pese a que se impone como una urgencia impostergable en todo el mundo.

659. La indeterminación de las medidas del inc. 1º del artículo 34. Es incuestionable que las medidas que dispone el código penal, aunque no sean penales, están vinculadas a presupuestos que son *caracteres delictivos parciales* y que revisten carácter *formalmente penal*. Dicho de otra manera: *estas medidas son consecuencia de caracteres delictivos parciales*. Esto nos lleva a plantear una duda fundamental: ¿esas medidas no deben guardar cierta proporcionalidad con los caracteres que las permiten? La doctrina nacional no parece haber reparado en este problema, ni siquiera quienes les asignan carácter penal de fondo. Por el contrario, se ha caído por regla general en una dicotomía en la que se afirma que la medida no repara en el delito sino únicamente en el peligro y, por ende, resulta absolutamente indeterminada, es decir, librada a que se presenten los requisitos legales de su cesación, convirtiéndose en una reclusión perpetua en caso contrario, aunque se trate de un inimputable que hubiese incurrido en un pequeño injusto de hurto. Afortunadamente, la práctica tribunalicia ha tratado de evitar esas consecuencias, disimulando la incapacidad psíquica en algunos injustos menores o haciendo cesar la medida con considerable liberalidad, a lo que contribuye la imposibilidad material de recluir a todos los incapaces en esas condiciones por tiempo indeterminado, lo que no es ninguna solución teórica como tampoco ninguna fuente de seguridad jurídica.

Las primeras interpretaciones fueron en general más inflexibles que los criterios jurisprudenciales actuales. Así, Emilio C. Díaz afirmaba que por el mero hecho de la enajenación o la incapacidad penal la ley consideraba que estaba probada automáticamente la peligrosidad¹³ (aunque justo es destacar el criterio más correcto de González Roura¹⁴) concepto al que daba una amplitud tal que resultaba como efecto de cualquier enfermedad mental, lo que descartaba cualquier posibilidad de que el sometido a la medida, en algún momento pudiera ser transferido a una custodia ordinaria conforme al código civil.

¹² PIZZI, ANNAROSA, *Malattie mentali e trattamenti sanitari, Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, Milano, 1978; sobre sus resultados, ONNIS, LUIGI-LO RUSSO, GIUDITTA, *Dove va la psichiatria?*, Milano, 1980.

¹³ DÍAZ, EMILIO C., op. cit. en "Rev. Penal Argentina", 1928, p. 40.

¹⁴ GONZÁLEZ ROURA, OCTAVIO, II, 3.

El razonamiento era que cualquier incapaz penal era peligroso por su enfermedad, que la medida no podía cesar hasta que la desaparición del peligro fuese "absoluta y radical"¹⁵, lo que importaba la desaparición de la enfermedad misma. Conforme a este criterio no se admitió la cesación de la medida para un alienado, aun cuando los médicos certificaron que había cesado su peligrosidad, en razón de que no había cesado su alienación¹⁶ y se exigió que el juicio sobre cesación de la peligrosidad fuese totalmente asertivo¹⁷.

De una originaria interpretación que identificaba a todo incapaz psíquico de delito con un peligroso se fue evolucionando a una interpretación más flexible, según la cual en cualquier caso la medida debe presuponer una peligrosidad efectivamente comprobada, actual y no "latente"¹⁸, sea la reclusión de enajenados como la de incapaces no enajenados.

La identificación de "enajenación" con peligrosidad es dogmáticamente inadmisibles, puesto que resulta contraria a toda razonabilidad, incluso a nivel exegético: si conforme al segundo párrafo del inc. 1º del art. 34, el tribunal "podrá ordenar" la reclusión manicomial del enajenado, de ello se deduce que no la deberá ordenar cuando no haya peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás.

De cualquier forma, cabe tener presente que la identificación de cualquier enfermo mental con un "peligroso", es un producto ideológico de clara raíz positivista: todo el que es "diferente" resulta "peligroso". La identificación del "alienado" o "diferente" con el peligroso es un claro producto clasista y hasta racista, que pertenece al peor orden de prejuicios pseudo-científicos de la psiquiatría política, circunstancia de la cual hoy se tiene plena conciencia, lo cual hace aún más inadmisibles esta idea desde el punto de vista constitucional.

En cuanto al segundo párrafo se hace inadmisibles la "peligrosidad automática", particularmente teniendo en cuenta que abarca los casos de error e ignorancia. Conforme a ello, resulta razonable suponer que la reclusión del incapaz no enajenado se impone

¹⁵ DÍAZ, EMILIO C., op. cit., p. 53.

¹⁶ Así, Cám. Cap., 1938, Fallos, IV, 21; parece ser aún hoy el criterio de BONNET, op. cit., p. 1774.

¹⁷ Idem, IV, 19.

¹⁸ Cám. Cap., 1975, causa 18.998.

necesariamente sólo cuando media una efectiva comprobación de la peligrosidad¹⁹.

No en vano el Código de Procedimientos de la Capital exige el examen psiquiátrico de todo procesado mayor de setenta años o al que se le impute un delito reprimido con reclusión o prisión por más de diez años²⁰. La interpretación del "ordenará" del tercer párrafo como ineludible fue duramente criticada por Herrera en 1922: "En el caso del loco, la ley declara facultativa la internación, en este otro caso la hace obligatoria, pues dice que el juez "ordenará". El error es más notable si se tiene en cuenta que la inocencia puede venir por ebriedad completa y puede suceder muy bien que esa ebriedad haya sido accidental, tal vez la única que sufrió el criminal en su vida. ¿A qué respondería la internación en este caso? ¿Para curarlo? ¿Para curarlo de qué, sino se trata de un ebrio frecuente o habitual?"²¹.

No obstante, a excepción de Núñez, que afirma que la reclusión del loco alienado es obligatoria siempre que se haya comprobado por el juez la peligrosidad²², los restantes autores afirman su aplicación automática, aunque de inmediato dicen que la misma se reduce a la "inconsciencia", pues la ignorancia y el error responden a un error de redacción de la ley²³, sin detenerse mayormente en la cuestión y contraviniendo normas de sana interpretación.

En general, en la práctica se ha ido admitiendo que cuando un incapaz psíquico de delito no es peligroso, se puede prescindir de la medida, sea enajenado o no enajenado. También está doctrinaria y jurisprudencialmente bastante esclarecido que la "peligrosidad" del art. 41 no es la que funda la aplicación de la medida, sino el sentido lato en que también se interpreta, como es lógico, el art. 482 del código civil. Del mismo modo, se ha admitido que cuando ha cesado el peligro y continúa la enfermedad, el sujeto puede ser transferido a un establecimiento común de enfermos mentales.

Por otra parte, si bien se ha destacado siempre que la cesación de la medida debe ser irrevocable, no admitiéndose su condiciona-

¹⁹ Cfr. BONNET, op. cit., p. 1774.

²⁰ V. CABELLO, VICENTE P., *Psiquiatría forense en el derecho penal*, Buenos Aires, 1981, I, p. 68.

²¹ HERRERA, JULIO, *Conferencias pronunciadas los días 28 de junio y 4 de julio por el Dr. ...*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, setiembre de 1922.

²² NÚÑEZ, *Manual*, 385.

²³ Así, FONTÁN BALESTRA, III, 418; SOLER, II, 409; TERÁN LOMAS, II, 472.

lidad ni salidas “a prueba”²⁴, lo cierto es que la evolución del tratamiento psiquiátrico, que reduce la función del “manicomio”, y la necesidad terapéutica de salidas transitorias en una suerte de régimen progresivo, han hecho que en la práctica los tribunales, previo informe o pedido del establecimiento, autorizasen estos regímenes de paulatina reintegración social del recluso.

La “reclusión manicomial” y con mucha más razón la reclusión en “establecimiento especial”, dentro de una interpretación progresiva de la ley penal, no puede ser entendida actualmente como el encierro del paciente en un ámbito cerrado de máxima seguridad. Cualquiera sea la técnica terapéutica, pero siempre que sea mínimamente vigente, no cabe duda que han quedado archivadas definitivamente las ideas que concebían al enfermo o paciente psiquiátrico como un aparato descompuesto, al que se le rectificaban algunas “piezas” y se lo volvía a la libertad sin tránsito alguno. La incorporación de los psicofármacos, de las técnicas de comunidad terapéutica, etc., van dando lugar a una reducción de la función propiamente manicomial, a la desaparición de las “celdas acolchadas” y otros elementos semejantes (“chalecos de fuerza”, etc.). Se tiende a reincorporar paulatinamente al sujeto a la vida social —siempre que haya sido necesario sustraerlo a la misma— y se organiza un sistema que, conforme a los avances del tratamiento, va permitiendo un mayor ámbito de libertad al paciente.

Es verdad que nuestro código penal no tiene previstas estas técnicas de tratamiento psiquiátrico, sencillamente porque no existían al tiempo de su sanción, pero no por ello debe interpretárselo en el sentido de que las prohíbe, porque se estaría desvirtuando el sentido de la ley: lo que la ley quiere es que el paciente sea sometido a tratamiento y, de interpretárselo en el sentido de que no admite estas técnicas, se le estaría impidiendo el tratamiento, o sea, se haría todo lo contrario a lo que la ley dispone.

Por consiguiente, nos parece evidente que por “reclusión manicomial” o en “establecimiento especial” debe entenderse en la actualidad el sometimiento del paciente a un régimen institucional de tratamiento psiquiátrico, sin que pueda privárselo de ninguno de los pasos que demanda ese tratamiento, incluyendo las salidas periódicas para su paulatina readaptación a la vida libre. Con el dicta-

²⁴ Así, DÍAZ, EMILIO C., op. cit., p. 41; BONNET, op. cit., p. 1774; C. Cap., Fallos, I, 43 (años 1935).

men favorable de los peritos el tribunal no puede negar estas medidas, porque son parte del tratamiento que debe controlar.

El dictamen de los peritos, en estas salidas de prueba, no podrá declarar que ha cesado el peligro, porque en tal caso no se impondría la salida a prueba, sino la cesación de la medida. Bastará que los peritos acrediten que el paciente ha alcanzado un grado tal de recuperación que indica la necesidad de entrar en esa fase del tratamiento. El tribunal podrá imponer al establecimiento la obligación de informar periódicamente acerca de la marcha del tratamiento y del estado del paciente, pudiendo revocar la autorización cuando tenga elementos para creer que las condiciones que la hicieron aconsejable hayan desaparecido o que el paciente no responde positivamente a ella.

No obstante estas prácticas, en general poco conocidas y casi ignoradas por la doctrina, no resuelven el problema teórico que se plantea frente a una eventual perpetuidad de la medida y a su relación con los caracteres del delito que presuponen su imposición.

Sin embargo, no puede ignorarse que en la bifurcación de la legislación psiquiátrica argentina, en una que tiene por base el art. 482 del código civil y otra que se funda en el inc. 1º del art. 34, la segunda tiene un régimen más estricto o gravoso que la primera y que se deriva justamente de los caracteres delictivos parciales que presuponen el sometimiento a la misma. Por consiguiente, y pese a que no tienen naturaleza penal, no puede negarse que está vinculada a esos caracteres y que, por ende, *debe guardar también cierta relación de proporcionalidad con los mismos*, sin la cual resultaría irracional, es decir, una consecuencia "cruel" de la presencia "parcial" de un delito, lo que resulta constitucionalmente inadmisibile. En efecto: *si no puede ser cruel la consecuencia jurídica de un delito propiamente penal (la pena), con mayor razón aun no podrá serlo la consecuencia no penal (administrativa y asistencial) de la presencia de caracteres parciales de un delito.*

De aquí se deduce que esta coerción formalmente penal también debe respetar el principio de proporcionalidad, como imperativo derivado de la racionalidad republicana (art. 1º de la Constitución Nacional), en función de una garantía implícita (art. 33 constitucional) que emerge de la proscripción de las penas crueles (art. 18 constitucional), por tener aun mayor fundamento la proscripción de cualquier otra reclusión que sea cruel, cuando ni siquiera se impone a título de pena.

Si nos atenemos a estos principios constitucionales y, en base a ellos, interpretamos las disposiciones de los párrafos segundo y tercero del inc. 1º del art. 34, veremos que por vía dogmática podemos llegar a explicar los criterios que han ido invadiendo la práctica, aunque por un camino más seguro.

Así, si se requiere cierta proporcionalidad, no puede afirmarse que ante caracteres parciales de injustos insignificantes pueda imponerse una reclusión por tiempo indeterminado. Bien puede, ante la irracionalidad de tal medida, ser suficiente con la legislación psiquiátrica ordinaria y prescindirse de la medida ²⁵.

Igualmente, incluso en los casos en que la medida corresponda, no podrá afirmarse que ésta puede llegar a ser perpetua en cualquier supuesto. Si se trata de una medida formalmente penal, lo lógico es que ella no pueda exceder el límite máximo conminado para el hecho que le sirve de base en el caso de que hubiese presentado todos los caracteres delictivos. *No es justificable desde ningún punto de vista que una medida asistencial y administrativa resulte más lesiva de bienes jurídicos que la medida máxima de la reacción penal que hubiese tenido lugar en caso de delito.*

Por otra parte, cabe tener presente que, dado que esta consecuencia administrativa se funda en caracteres parciales del delito, corresponde preguntarse si la operatividad de la misma —más severa que el régimen del art. 482 del código civil— puede fundarse en la mera peligrosidad para privar de la libertad por tiempo ilimitado y eventualmente por toda la vida, es decir, si se puede justificar desde el punto de vista ético, puesto que se traduciría en una mera instrumentación de la persona en función del fin preventivo ²⁶.

Puede argumentarse que ese tiempo máximo puede transcurrir sin que el recluso haya curado de su dolencia. En tal caso, si ha pasado ese tiempo máximo y no ha cesado el peligro de que se dañe a sí o a terceros y, por ende, menos aun puede decirse que el sujeto haya curado o haya remitido su dolencia, la permanencia

²⁵ En la legislación comparada se tiende a establecer expresamente este principio. Así, el código austríaco de 1975, establece en su parágrafo 21 que la internación en establecimiento para infractores mentalmente anormales sólo es viable cuando el sujeto hubiese incurrido en un hecho cuya pena supere un año de privación de libertad y no pueda ser penado en razón de su inimputabilidad.

²⁶ Cfr. TORRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales* (tesis doctoral), Madrid, 1980, p. 660.

del peligro será justamente lo que justifique su incorporación al régimen de legislación psiquiátrica menos gravosa del art. 482 del código civil.

660. Supuestos de reclusión de incapaces psíquicos de delito alienados. La medida de reclusión de enajenados está establecida en el segundo párrafo del art. 34 del código penal, que dispone: "En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás".

a) Esta reclusión puede imponerse a *autores de delitos*, es decir, a condenados, que caigan en alienación con posterioridad a la condena a pena privativa de libertad, toda vez que el art. 25 del código penal dispone: "Si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado 3º del inciso 1º del artículo 34". Resulta claro que esta disposición no rige respecto de la pena de inhabilitación, puesto que el último párrafo del artículo 20 ter dispone que "para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad". Por su naturaleza, tampoco resulta compatible con la condenación a pena de multa.

No obstante, bueno es aclarar que la naturaleza de la aplicación de la reclusión manicomial es diferente en este caso que en el caso de la incapacidad para el delito, puesto que en el presente supuesto, la reclusión importa una internación asistencial durante el tiempo que falta para el cumplimiento de la pena, debiendo después quedar bajo el régimen psiquiátrico del art. 482 del código civil. Ello se desprende claramente de lo dispuesto por la ley penitenciaria nacional (arts. 116 y 117), que precisa que, en el fondo, no deja de ser una modalidad ejecutiva.

La última parte del art. 25, cuando expresa "sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado 3º del inciso 1º del artículo 34", puede generar dudas, pues puede pensarse que la medida se podría prolongar indefinidamente, incluso más allá del límite de la pena. No obstante, hay razones históricas que explican que esa disposición,

introducida por la segunda Comisión del Senado no ha hecho otra cosa que establecer la obligatoriedad de la medida en caso de locura sobreviniente²⁷, sin perjuicio de que, en una interpretación exegética, la referencia no tiene sentido, puesto que se trata de casos de enajenación y el último párrafo del inc. 1º del art. 34 se refiere a casos que no son de enajenación. Es claro que el código usa una terminología arcaica y poco científica al referirse a "locura", pero que debe entenderse como "enajenación", puesto que no cabe pensar que para la ley argentina sea algo diferente la "locura" de la "enajenación". Puede pensarse que la remisión debió ser al segundo párrafo del inc. 1º del art. 34 y que la mención del tercero no es más que un error material²⁸, pero hay un argumento dogmático y constitucional que impide, en cualquier caso, entender que la reclusión puede perdurar con el régimen del código penal más allá de la pena privativa de libertad impuesta y que es bien relevado por De la Rúa: en principio, el agregado de la segunda comisión del Senado estaría derogado por la ley penitenciaria nacional en caso de interpretarse en esta forma, pero, además, no se puede "prolongar a título de una peligrosidad sobreviniente ajena al hecho y a la condena una pena impuesta por sentencia firme cayendo, en última instancia, en una peligrosidad sin delito"²⁹.

b) La misma medida es aplicable a *autores de injustos*, es decir, a inimputables alienados. Supone la comisión de una conducta típica y antijurídica, aunque inculpable en razón de una causa de inimputabilidad, es decir, de una incapacidad psíquica de culpabilidad que implique enajenación.

c) Puede imponerse también a *autores de conductas atípicas por error de tipo psíquicamente condicionado* por enajenación. Supone una conducta atípica, pero que cumple un tipo objetivo. Es el supuesto del esquizofrénico que, debido a su autismo, percibe un árbol cuando en realidad tiene frente a sí a un hombre al que hiere de un hachazo: hay conducta objetivamente típica, pero no es subjetivamente típica por ausencia de dolo, a causa del error de tipo que le condiciona su estado de enajenación.

d) Por último, es aplicable a los *involuntables alienados*, es decir, a los sujetos que no realizan conductas por su incapacidad

²⁷ V. DE LA RÚA, art. 25.

²⁸ GÓMEZ, EUSEBIO, I, 606.

²⁹ DE LA RÚA, loc. cit.

psíquica proveniente de enajenación, como sería el caso del oligofrénico profundo que con sus movimientos causa daños en la propiedad o del epiléptico que en crisis lesiona a alguien, pero que por su deterioro psíquico permanece alienado aun superada la crisis. La medida presupone en este caso un hecho humano (acontecimiento del mundo físico en que participa un ser humano sin voluntad) que coincide con el aspecto objetivo de algún tipo penal.

661. Supuestos de reclusión de no alienados. Hay una interpretación, bastante corriente en nuestra doctrina, según la cual la reclusión para los no alienados se reduce a los casos de "inconsciencia". Es evidente, tal como lo hemos puesto de manifiesto al ocuparnos de la imputabilidad, que la "inconsciencia" es una ausencia de conducta y que ello no puede salvarse con el argumento de que hay una "inconsciencia parcial", porque esa expresión es una *contradictio in terminis*. También obedece al entendimiento de la "inconsciencia" como "trastorno mental transitorio", lo que carece de asidero legal. Conforme al entendimiento que hemos hecho de la fórmula del inc. 1º del art. 34, se nos presentan los siguientes supuestos de casos de reclusión de no alienados prevista en el inc. 3º del referido inciso ("En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso").

a) *Autores de injustos inimputables no enajenados*: Abarca todos los supuestos de inimputabilidad (incapacidad psíquica de culpabilidad) transitoria o que no obedece a enajenación (miedo intenso, embriaguez, neurosis graves, episodios psicóticos exógenos, etc.).

b) *Autores de conductas atípicas por errores de tipo psíquicamente condicionados que no provengan de enajenación*: Supone una conducta objetivamente típica, como sería el caso de quien por una embriaguez patológica accidentalmente producida sufre una alteración de la percepción que le impide reconocer la objetividad típica (alucinaciones, ilusiones).

c) *Involuntables no enajenados*: Supone un hecho humano que altera el mundo físico en forma análoga a una tipicidad objetiva, protagonizado por una persona no enajenada (por ej., el su-

jeto que sin haber sufrido un grave deterioro psíquico, padece, no obstante, de una epilepsia y, en una crisis, muerde a alguien).

d) *Sujetos que actúan por errores de comprensión o, en general, los errores de tipo o de prohibición culturalmente condicionados.* Nos hemos ocupado de los supuestos en que convicciones culturales condicionan concepciones aberrantes de la causalidad (que son errores de tipo) o justificaciones putativas (el jíbaro que cree que cualquier "blanco" le matará) o errores de prohibición en la forma de errores de comprensión.

En los supuestos de errores de esta naturaleza, pese a que puede faltar la tipicidad subjetiva o la culpabilidad, lo cierto es que el sujeto no puede ser dejado simplemente en libertad, sin proceder previamente a impartirle una elemental instrucción que le ponga a cubierto de errores semejantes. En estos casos, la medida estará vinculada a la *legislación educacional* y no a la psiquiátrica. Entendemos que a falta de establecimientos especiales, en algún raro caso en que puedan darse los presupuestos de esta hipótesis, el tribunal deberá escoger el establecimiento que considere más adecuado.

Después de analizar los supuestos de *reclusión de incapaces síquicos de delito alienados* y de *reclusión de no alienados* previstos en los párrafos 2º y 3º del inc. 1º del art. 34, podemos concluir que, en cualquier caso, *la imposición de una medida no penal de reclusión del código penal presupone siempre, como mínimo, un acontecimiento físico protagonizado por una persona (un hecho humano) que cause una objetividad típica.*

Al margen de las medidas establecidas en el código penal, el art. 9º de la ley 20.771 establece una medida curativa de desintoxicación para cualquier condenado que dependiere física o psíquicamente de estupefacientes. Si bien la medida es indeterminada, no puede exceder el término de la pena, debiéndose cumplir con anterioridad a la misma y computándose su duración para el cumplimiento de la pena. Cabe observar que es una situación análoga a la prevista en el art. 25 del código penal, puesto que debe tratarse de un sujeto condenado por cualquier delito, quedando excluido el caso en que el sujeto fuese absuelto en razón de su toxicofrenia, en que quedaría sometido al régimen del art. 34 del código penal.

662. Las medidas no penales en los proyectos de reforma. En el *proyecto de 1937* se establecía la internación manicomial por tiempo indeterminado del alienado (art. 62) y del que hubiese actuado en estado de "inconsciencia completa" (art. 63). El art. 64 establecía una in-

ternación para delincuentes anómalos psíquicos e intoxicados crónicos, que no podía exceder del máximo de la pena ni ser inferior a tres años. El *proyecto de Peco* establecía en su art. 30: "El que en el momento de cometer el hecho padeciere de enajenación mental, o de trastorno mental transitorio de índole patológica, o de intoxicación crónica producida por el alcohol, drogas o estupefacientes, será internado en un establecimiento especial por tiempo indeterminado". "La medida curativa cesará, judicialmente, con audiencia del ministerio público, previo dictamen de los peritos oficiales, cuando el enfermo no sea peligroso para sí ni para terceros". En el *proyecto de 1951* se establecía la internación manicomial para el inímitable enfermo y para el que actuase por efecto de un trastorno mental transitorio patológico (arts. 50 y 51). El art. 85 establecía que el internado o sus representantes podían nombrar un perito que colaborase con los oficiales cuando se tratase de probar la cesación de la peligrosidad, como también la posibilidad de que el tribunal someta al sujeto dado de alta clínicamente a internación en establecimiento carcelario por un tiempo que no podía exceder del mínimo de la pena del delito. Sometía también al egresado a un régimen de libertad condicional de uno a cinco años.

En el *proyecto de 1960* se introdujo una novedad muy peligrosa, que es la internación de "semiimputables peligrosos". El art. 86 del proyecto establecía que en caso de semi-imputabilidad el tribunal debía fijar la pena, "pero podrá sustituirla por la internación indeterminada del sujeto en un establecimiento adecuado o en un anexo especial de la prisión". "Esta internación no podrá durar menos que la pena fijada en la sentencia y se prolongará mientras lo requiera la seguridad". El autor del proyecto explicaba que en este caso "la responsabilidad fija el mínimo y la peligrosidad el máximo de la medida". Este criterio es peligrosísimo, porque permite que un sujeto culpable, es decir, un sujeto capaz de delito, pueda quedar privado de libertad de por vida a título de medida de seguridad y sin más fundamento que la peligrosidad. En el *proyecto de 1979* este error fue corregido: "Esta internación especial no podrá durar menos que la pena fijada en la sentencia, pero no se prolongará más allá del máximo de la escala penal fijada para el delito" (art. 86, última parte). Aunque no compartimos la solución, al menos se fija un límite cierto. El *proyecto de 1974-1975* incurrió en el mismo grave error que el de 1960, al posibilitar que un sujeto con "capacidad disminuida" pudiese ser sometido a una internación indeterminada en establecimiento psiquiátrico (arts. 6°, 40 y 45).

Es de hacer notar que la introducción de la imputabilidad, culpabilidad o capacidad disminuida, puede convertirse en un atentado a las garantías constitucionales, cuando ese instituto no se regula para atenuar la pena o para sustituirla por un tratamiento o medida razonable y limitada, sino que se lo instrumenta como una amenaza siniestra que pesa sobre cualquier ciudadano, mediante la cual, en caso de delito —y sin que

importe la magnitud del mismo— se lo puede segregar de por vida mediante un concepto nebuloso establecido conforme a un juicio valorativo extremadamente opinable.

II.—LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO

663. **Naturaleza jurídica.** Caben a nuestro juicio muy pocas dudas de que la indemnización del daño causado por el delito, en la forma en que se prevé en el código penal argentino, es una cuestión judicial y que no altera la naturaleza civil del mismo, la que es aceptada en general por la mayoría de nuestra doctrina³⁰. Con toda razón dice Núñez que “la pena no se impone como retribución de todo el daño que el delito produce, sino que tiene su origen sólo en el daño público que el delito causa. El delito puede producir también un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria en el patrimonio, en la persona o en los derechos o facultades de un tercero, con lo que se configura un daño privado indemnizable (art. 1068 del código civil)”³¹.

La confusión acerca de la naturaleza de la reparación del daño civil fue provocada doctrinariamente por los secuaces del positivismo penal, y legislativamente en nuestro país, por la evolución de la disposición legal del art. 29 del código penal a través de los sucesivos proyectos que desembocaron en su poco clara formulación definitiva.

Así, Ferri afirmaba que el “daño privado” puede ser “material” y “moral”, en tanto que el “daño público” siempre es “moral y psicológico”, pudiendo suceder que el delito no cause un “daño material”, pero siempre causa un “daño moral” que es inseparable del “daño público”. De ella deducía que “el daño *ex-delicto* es esencialmente distinto del daño *ex-contractu*, porque el delito pertenece al derecho público y no es un negocio jurídico que pueda regularse con las normas del derecho privado”³². El razonamiento falla por su base, porque se está confundiendo el interés público en que se repare el daño privado causado a alguien con la titularidad del interés lesionado. En cuanto al daño privado, el interés estatal finca en que se satisfaga la acción llevada a cabo por el titular.

No obstante, estos argumentos positivistas hicieron mella en nuestros legisladores. El código Tejedor (arts. 68 a 75) prevenía la indemnización del daño como una cuestión de pura responsabilidad civil y de ese modo la regulaba. El código de 1886 fue aún más coherente, pues eliminó toda referencia a la cuestión civil, la que quedó regulada únicamente por la ley civil. El problema se replantea con el proyecto de 1891, cuyos

³⁰ NÚÑEZ, II, 563; SOLEA, II, 467-9; FONTÁN BALESTRA, III, 471; TERÁN LOMAS, II, 446.

³¹ NÚÑEZ, RICARDO C., *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*, Buenos Aires, 1948, p. 20.

³² FERRI, ENRICO, *Principii di Diritto Criminale*, Torino, 1928, pp. 578-9; sobre opiniones antiguas, MONTES DE OCA, M. A., *Represión* (tesis), Buenos Aires, 1888, pp. 245 y ss.

autores consideraron que "si el delito es un quebrantamiento del orden jurídico que debe hacerse cesar y repararse del modo más perfecto posible, es evidente que el poder social debe procurar el restablecimiento del orden alterado, obligando al delincuente a resarcir todos los daños causados por la alteración"³³. Conforme a este criterio el art. 47 de ese proyecto disponía: "La condena penal trae aparejada la obligación de reparar el daño material y moral causado por el hecho punible a la víctima o a un tercero, mediante una indemnización pecuniaria que el juez fijará al aplicar la pena, teniendo en cuenta la condición social y económica del ofensor y del ofendido, conforme a los artículos siguientes".

Los autores del proyecto de 1906, por su parte, siguieron el mismo criterio y afirmaron que "la reparación de los perjuicios causados a la víctima debe ser un objeto tan principal como la aplicación misma de la pena"³⁴. Su art. 35, que es el antecedente más próximo de nuestro art. 29, disponía: "La sentencia condenatoria ordenará: 1°) La indemnización del daño material y moral...".

El mismo criterio fue seguido por el proyecto de 1917. En el proyecto de despacho de las Comisiones de Códigos y de Justicia Militar del Senado (1918) redactado por el senador Angel Rojas, se proponía seguir el criterio aconsejado por Jofré y González Roura, en el sentido de eliminar toda referencia a la cuestión, dejándola librada al derecho civil y procesal³⁵. En la Exposición de Motivos de la Comisión de Códigos del Senado se declaraba expresamente, en contra de lo postulado por el senador Rojas en su proyecto de despacho, que lo más justo era plegarse a la tesis positivista. Afirmábase que la cuestión de la reparación del daño podía asignarse al juez penal por ley nacional, sin que hubiese al respecto obstáculo constitucional alguno, porque "la reparación del daño va unida a la pena, necesariamente, y, de consiguiente, puede y debe formar parte del sistema represivo que, según la Constitución, es de carácter federal"³⁶.

Sin embargo, la Comisión del Senado fue la que, en lugar de "ordenará", consagró "podrá ordenar" en el art. 29. Se fundó para ello en una observación de González Roura, según la cual la necesaria estimación del daño recargaría de trabajo a los magistrados y entendió que con la fórmula ahora vigente "los jueces tendrían la facultad de poder fijar de oficio, en la sentencia condenatoria, la indemnización del daño, sin perjuicio de estar obligados a hacerlo a requerimiento de parte"³⁷.

No obstante el criterio que tuvo la Comisión al proyectar la modificación, el "podrá ordenar" del art. 29 demuestra que la indemnización del daño no forma parte del sistema represivo. Con toda razón dice Núñez que "si la reparación formase parte del sistema represivo, el juez estaría

³³ Proyecto de 1891, p. 37.

³⁴ Proyecto de 1906, p. XXXIX.

³⁵ RAFFO DE LA RETA, J. C., *Código Penal Argentino*, Buenos Aires, 1921, pp. 108-9.

³⁶ *Idem*, p. 302.

³⁷ *Ibidem*.

obligado a ordenarla siempre en la sentencia condenatoria, aunque la parte interesada no la hubiese pedido, e incluso a pesar de que ésta la hubiese renunciado, ya que todo aquello que integra el sistema represivo está por sobre el interés privado”³⁸.

Debido a esto, no consideramos que corresponda tratar el tema al desarrollar una exposición del derecho penal, sino que su tratamiento corresponde, por esencia, al derecho civil y al derecho procesal. Por consiguiente, nos limitaremos a señalar sólo a título indicativo, los problemas más importantes que se han planteado en torno al art. 29 del código penal, sin perjuicio de insistir en que la mera indicación no es en absoluto el desarrollo del contenido, que debe ser hecho por especialistas de otras disciplinas.

Debe quedar aclarado que nos estamos refiriendo a la indemnización del daño en la forma en que ésta está regulada en nuestro sistema, es decir, como una cuestión civil. De *lege ferenda* compartimos los criterios político-criminales que postulan la introducción de sustitutivos penales, entre los cuales se cuenta la multa reparatoria, como instituto proveniente de una suerte de derecho composicional, capaz de reemplazar en buena parte las penas privativas de libertad³⁹. Pero debe quedar claro que esta es una cuestión por entero diferente, en que la reparación compositiva cumpliría una verdadera función de pena pública que, en rigor, en lugar de afectar la libertad ambulatoria del penado, afectaría su libertad laboral y su derecho salarial. Este enunciado demuestra que tal sustitutivo no tiene nada que ver con la simple reparación civil de nuestro derecho positivo.

664. Principales problemas que se han señalado. El art. 1096 del código civil establece que “la indemnización del daño causado por el delito, sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal”. Si se interpreta esta regla como una cuestión de competencia, parece ser inconstitucional, puesto que prohibiría a la legislación procesal —reservada a las provincias— reglar la posibilidad del ejercicio de la acción civil en el proceso penal. Esta inconstitucionalidad ya la observó Obarrio en 1882, al elevar su proyecto de código procesal: “Por grande que sea el respeto que a todos nos inspira esta obra monumental de nuestra legislación, no es posible dejar de comprender que ella adolece de ciertas imperfecciones, y que algunas veces ha extralimitado la esfera de su acción, consagrando disposiciones que corresponden a la legislación mercantil, a la legislación penal y a las leyes de procedimientos”⁴⁰, entre las cuales consideraba al referido art. 1096 del código civil.

³⁸ NÚÑEZ, *La acción civil*, cit., p. 38.

³⁹ Sobre ello, BERISTAIN, ANTONIO, *Crisis del derecho represivo*, Madrid, 1977; KURY-LERCHENMÜLLER, *Diversión-Alternativen zu klassischen Sanktionsformen*, Bochum, 1981.

⁴⁰ OBARRIO, MANUEL, *Proyecto de Código de Procedimientos en Materia Penal para los Tribunales Nacionales de la República Argentina*, Buenos Aires, 1882, p. XIX.

Creemos que, entre las distintas interpretaciones que se han dado a esta norma, la única constitucional es la que ensaya Núñez, cuando afirma que la ley civil salvaguarda aquí la naturaleza de la acción que de ella emerge, lo que importaría que un código procesal no podría, por ejemplo, otorgar el ejercicio de la acción civil al ministerio público sin delegación del titular de la misma ⁴¹.

El código civil, en cuanto a sus restantes disposiciones en la materia, tiende a evitar el escándalo de las sentencias contradictorias ⁴².

Conforme al art. 1101 del código civil se entiende que no puede haber condenación en juicio civil, cuando la acción civil fuese intentada estando pendiente la acción criminal, salvo los casos en que el acusado hubiese muerto o estuviese ausente, supuestos que, como es lógico, hacen imposible proseguir el juicio criminal. El art. 1102 evita que haya contradicción entre las sentencias civiles y penales, impidiendo que en el juicio civil se ponga en cuestión la existencia del hecho y de la culpa penal que se hubiesen declarado en juicio criminal. En sentido análogo, el art. 1103 dispone que no podrá alegarse en el juicio civil el hecho del que hubiese sido absuelto el sujeto en juicio criminal. Por supuesto que esto último está limitado estrictamente a lo que se hubiese declarado en el juicio criminal, sin perjuicio de que sea viable la acción civil sobre base diferente, es decir, que por ejemplo, pueda haber responsabilidad civil por enriquecimiento sin causa.

En cuanto al alcance del art. 29 del código penal, entendemos que el citado artículo, es compatible con el art. 1096 del código civil, con el alcance que Núñez le da al mismo, en forma tal que el art. 29 concede una facultad al titular de la acción civil para que, conforme a las leyes procesales, pueda intentar la misma en sede penal o en sede civil, según su elección ⁴³, sin perjuicio de aclarar que tampoco creemos que ese artículo pueda decidir cuestiones de competencia que limiten las posibilidades de la legislación procesal, porque incurriría en idéntica inconstitucionalidad que la señalada al art. 1096 del código civil cuando se lo entendía como prohibiendo cualquier viabilidad de la acción civil en el proceso penal ⁴⁴.

Dicho sintéticamente: a) Creemos que el art. 1096 del código civil no puede prohibir que la acción civil pueda intentarse en proceso penal, ni el art. 29 del código penal puede imponer que el juez penal se pronuncie sobre la acción civil, puesto que estas cuestiones están reservadas a las leyes procesales, siendo de estricta incumbencia provincial. b) Sin embargo, el art. 1096 del código civil puede prohibir constitucionalmente que una ley procesal desvirtúe la naturaleza civil de la acción de indem-

⁴¹ NÚÑEZ, RICARDO C., *La acción civil*, cit., p. 32.

⁴² CREUS, CARLOS, *Influencias del proceso penal sobre el proceso civil*, Santa Fe, 1979, p. 54.

⁴³ Es criterio ampliamente aceptado. Así, FONTÁN BALESTRA, III, 480; NÚÑEZ, op. cit.; MORENO (H), RODOLFO, II, 177; GONZÁLEZ NOVILLO, JORGE R., *En torno de la acción resarcitoria del art. 29 del código penal: problemas que plantea*, en "Rev. D. Penal y Crim.", La Ley, 1969, p. 317.

⁴⁴ Cfr. CREUS, CARLOS, op. cit., p. 193.

nización, y el art. 29 del código penal puede permitir constitucionalmente, que el juez penal se pronuncie sobre la acción civil, cuando ello sea viable en base a la legislación procesal respectiva. c) De cualquier manera, la acción por indemnización debe continuar siendo siempre una acción civil, lo que requiere que sea promovida por el titular. Por supuesto que ello no obsta, si la ley procesal lo permite, a que el titular pueda delegarla en el ministerio público o en otro órgano, ni tampoco impone que sea invariablemente satisfecha en forma de querrela, la que bien puede no ser admitida por la ley procesal en los procesos por acción penal pública.

En cuanto al resto de las disposiciones del código penal referidas al tema, y particularmente respecto del contenido y alcance del inc. 1° del art. 29, nos parece claro que se trata de una cuestión civil, en la cual no corresponde que nos pronunciemos, pese a los debates en que han intervenido especialistas de nuestra materia ⁴⁵.

⁴⁵ Una de las discusiones más conocidas fue la que protagonizaron SOLER y ORGAZ con motivo del proyecto del primero de 1960, acerca de la preeminencia reparadora de la reposición o del pago pecuniario. V. SOLER, *La reparación de perjuicios en el proyecto de código penal*, en J.A., 1961-II-32; ORGAZ, ALFREDO, *Las cuestiones civiles en la reforma penal*, en J.A., 1960-VI-66; del mismo, *De nuevo sobre las cuestiones civiles en la reforma penal*, en J.A., 1962-III-70; DASEN, JULIO, *El artículo 68 del Anteproyecto de Código Penal de Sebastián Soler*, en J.A., 1960-VI-109.

ULTÍLOGO

I. La edición de la presente obra se ha extendido por más de tres años, lapso durante el cual han tenido lugar escasas novedades legislativas en nuestro país y en el ámbito de la parte general del derecho penal. La más notoria es la sanción de un nuevo "régimen penal de la minoridad" por medio de la ley 22.278 del 25 de agosto de 1980, que quiere enmendar parcialmente el grosero error de la 21.338, que había disminuído arbitrariamente el límite de edad de los menores para someterlos al derecho penal.

Esta nueva ley de menores, al igual que casi toda la legislación de los últimos años, revela muy escasa imaginación y un errado criterio político-criminal. Sigue la corriente "tutelar" en forma tal que entra francamente en el campo de la inconstitucionalidad, debido a las facultades irrestrictas que otorga a los jueces y a la vaguedad de los presupuestos para el ejercicio de las mismas. Por esta vía, si bien en la realidad suele primar el buen sentido de los magistrados, se pone en peligro uno de los derechos inalienables del hombre, cual es el del ejercicio de la patria potestad y, consecuentemente, se afecta la base misma de la familia. Es uno de los casos en que la irracionalidad legislativa, por pretender proteger a la familia, resulta lesionándola. Un instrumento legal de esta naturaleza debe desaparecer lo más pronto posible, porque no puede quedar librada a la cordura judicial una garantía de semejante jerarquía.

La segunda novedad fue el proyecto de código penal elaborado por la Comisión Oficial y presentado en 1980. En esta obra se hacen varias referencias al mismo y no cabe que nos detengamos con mayor detalle en él, puesto que, por una parte, no corrige mucho la línea del proyecto del Prof. Sebastián Soler del año 1960 y, por otra, en las actuales circunstancias no parece tener ninguna perspectiva de sanción.

En este período han proliferado las sanciones legislativas y modificaciones sustanciales en el ámbito de la legislación penal especial (leyes 22.262, del 1º de agosto de 1980, defensa de la com-

petencia; 22.338, del 28 de noviembre de 1980, régimen cambiario; 22.362, del 26 de diciembre de 1980, de marcas y designaciones; 22.415, del 2 de marzo de 1981, código aduanero; 22.435, del 17 de marzo de 1981, identificación, registro y clasificación del potencial humano nacional; 22.439, del 23 de marzo de 1981, ley general de migraciones). En todo este ámbito no se ha hecho más que extremar una tendencia bastante alarmante que consagra un inconstitucional avance de la competencia administrativa sobre la jurisdiccional, que es de esperar que se revierta antes de que la concentración de poder en manos del ejecutivo nacional se cristalice en un autoritarismo institucional crónico.

En orden a novedades bibliográficas, hemos procurado introducir las a medida que se publicaba la obra. No obstante, no ha sido posible la mención de algunos trabajos, o bien, nos hemos visto forzados a referencias que no guardan la debida relación con la importancia del aporte, dado que llegaron a nuestras manos cuando estaba casi terminada la composición. Se trata de un fenómeno inevitable, provocado por el incesante caudal de producción de los últimos años.

II. En el tiempo transcurrido también han variado en cierta medida algunas de nuestras opiniones sobre temas concretos. En la actualidad se han incrementado considerablemente nuestras dudas sobre la constitucionalidad de la construcción de la omisión impropia no escrita y sobre la tentativa inidónea en general. No obstante, esto debe ser motivo de otros trabajos y requiere mayor investigación. Si la opinión especializada nos concede la oportunidad, incorporaremos estas perspectivas en una eventual edición futura. También hemos notado que en el tomo segundo, pese al esfuerzo de síntesis que hemos intentado, quizá se impusiese tomar en consideración más detenidamente a los prácticos, al pensamiento del Siglo de Oro español, a las raíces filosóficas hindúes, a los sociólogos contemporáneos y a otros autores y, en general, acentuar más la perspectiva ideológica en la sistematización, encuadrándola dentro de la totalidad de la realidad social y económica de cada época.

Podemos decir que esto es fruto natural de una actividad que se continúa, pese a una obra escrita, que no hace más que cristalizar un momento de la misma.

III. Una razón de lealtad científica nos obliga a formular una

aclaración: nos observa el Prof. Cousiño MacIver, en carta del 26 de agosto de 1982, que interpretamos mal su opinión respecto de los delitos sin conducta. En rigor, no hay una interpretación errada, sino un exceso de síntesis que, en el afán de informar sin extenderse en demasía, no deja completamente en claro algo que creímos dar por supuesto. Sucede que el Prof. Cousiño MacIver en modo alguno defiende los supuestos “delitos sin conducta” en el plano legislativo o político-criminal, como no podía ser de otra manera, dada la relevancia intelectual de este autor, que expresamente los califica de “leyes teratológicas” y “monstruos legales”. En este aspecto hay perfecta coincidencia. La disparidad parcial finca en que, por nuestra parte, consideramos que ni siquiera frente a la letra de la ley son admisibles, sino que deben interpretarse esas leyes como institucionales o como tipos mal contruídos, supuesto este último en el que se haría necesario investigar la conducta que prohíben. Pero quede en claro que en modo alguno hemos tenido la intención de atribuirle al Prof. Cousiño MacIver la defensa política de “delitos sin conducta”.

El año pasado hemos sostenido un cordial cambio de opiniones con otro distinguido penalista chileno, el Prof. Eduardo Novoa Monreal. Esperamos que esta obra que hoy culmina también contribuya a hacer más expresos algunos puntos que en el *Manual*, por razones de extensión, no cobraban suficiente claridad, como lo es, particularmente, nuestro punto de vista acerca del bien jurídico y de su necesaria afectación como carácter ineludible del delito.

IV. Al poner punto final al último tomo de esta obra, réstanos reiterar nuestro agradecimiento a todos los que nos han ayudado y proporcionado aliento también en el curso de estos años de edición de la misma. Siéndonos casi imposible mencionar a todas las personas e instituciones que se han interesado por nuestras opiniones, permítasenos recordar —con la consiguiente disculpa de las omisiones— a las Facultades de Derecho de las universidades Nacional de Córdoba, de Mendoza, Católica de Salta, Autónoma de Centroamérica, San Martín de Porres (Lima), de Costa Rica, de Osasco (São Paulo), de San Marcos (Lima), Nacional de Panamá, Nacional Autónoma de México, Católica de Campinas (São Paulo), Federico Villareal (Lima), de Pau (Francia), Federal de Pelotas (Rio Grande do Sul), Cândido Mendes (Rio de Janeiro), Externado de Colombia y de Mérida (Venezuela), a la Academia Mexicana de Ciencias

Penales, a las sociedades Internacional de Criminología, Internacional de Derecho Penal, Mexicana de Criminología, Casa del Liberado de Córdoba, a los institutos Vasco de Criminología (San Sebastián), Internacional de Criminología (Siracusa), Interamericano de Derechos Humanos, Latinoamericano de Prevención del crimen y trat. del delincuente de las Naciones Unidas y al Departamento do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul.

Mención especial merecen los esfuerzos del Sr. Gerente de Ediar S.A., don Adolfo Álvarez y de su personal, en especial de la Sra. Lidia López. Por último, aunque no por ello menos importante, debo mencionar el esfuerzo que realizaron en la confección de los índices el Prof. Dr. Edgardo H. Donna y la Dra. Mariela Caviglia, de Mendoza. Otras personas, cotidianamente, han contribuido a descargarme de tareas ahorrándome considerable tiempo, en circunstancias que pueden parecer intrascendentes, pero que también fueron posibilitando el trabajo. Aquí debo mencionar especialmente a las Sras. Felipa L. Tejera y María Laura Martello. *En definitiva, ninguna obra es del todo individual.*

E. R. Z.

Buenos Aires, 13 de junio de 1983.

ÍNDICES

Alfabético de Autores

Alfabético de Materias

General

ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES

(Los números romanos, indican el tomo de la obra. Los números arábigos indican la página y número de la nota, respectivamente.)

- ABBAGNANO, Nicolás: II, 14, 18; 15, 20; 24, 62; 26, 69; 29, 81; 32, 91; 40, 117; 41, 123; 44, 134; 51, 163; 64, 208; 66, 217; 70, 3; 71, 8; 78, 31; 166, 3; 166, 5; 176, 36; 178, 47; 187, 89; 203, 140; 240, 282; 285, 442; 286, 445; 286, 447; 318, 112; 328, 138; 338, 172; 339, 173; 340, 175; 354, 212; 399, 84; 433, 13; 438, 28; 440, 34; 441, 37; 454, 67; 454, 71; III, 150, 40 bis; 300, 31; IV, 93, 56 bis; 515, 8.
- ABBEG, Julius Friedrich: I, 84, 182; II, 173, 24; 173, 25; III, 20, 26; 61, 78; 197, 14; 586, 5; IV, 115, 16.
- ABENDROTHS: II, 436, 22.
- ABREV, Aduna Weinert: III, 72, 139.
- ABSE, Wilfried: IV, 171, 201.
- ACCIOLY, Filho: V, 124, 105; 143, 161, 164.
- ACEVEDO: V, 168, 233.
- ACHARD, José: I, 220, 144.
- ACHENBACH, Hans: IV, 20, 41; 32, 98; 59, 201.
- ADDISON, Frank: I, 400, 261.
- ADENAES, Johannes: III, 426, 8.
- ADORNO, Theodor: II, 167, 7; 210, 178; 256, 339; 330, 149; 331, 154; 350, 202; 392, 66.
- AFTALION, Enrique: I, 126, 7; 237, 180; 238, 180; 240, 196; 245, 205; 247, 216; 446, 98; 450, 105; II, 321, 126; III, 16, 13; 17, 16; 57, 63; 178, 47; 319, 110; V, 144, 164; 149, 178; 325, 108.
- AGGER, Ivar: I, 120, 306; 120, 307; III, 21, 33.
- AGOSTI, Héctor: II, 232, 259.
- AGUDA, Akinola: III, 426, 8.
- AGUDELO BETANCURT, Nodides: III, 32, 72; 336, 181.
- AGUIRRE, Julián: I, 420, 44; III, 323, 133; V, 41, 95.
- AHRENS: II, 271, 385.
- ALBANI: IV, 290, 5.
- ALBARRACIN, Roberto: I, 275, 296.
- ALBERCA LLORENTE: IV, 152, 144; 156, 158.
- ALBERDI, Juan Bautista: I, 41, 62; 188, 19; 189, 25.
- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: I, 191, 32; 194, 41; 215, 132; V, 60, 198.
- ALCORTA, A.: I, 220, 142.
- ALCORTA, Carlos Alberto: I, 260, 247 bis.
- ALDAMA: II, 260, 234.
- ALEGRA, Giuliano: V, 380, 257.
- ALEXANDER, Franz: I, 68, 137.
- ALFONSIN, Julio A.: I, 224, 148; V, 144, 164.
- ALIMENA, Bernardino: II, 228, 242; III, 14, 5; 140, 17; 156, 62; 309, 68; 357, 259; 410, 100; 641, 218; IV, 161, 169; 523, 34 ter; 524, 35 bis; 552, 112.
- ALLFELD, Philipp: I, 96, 223; 197, 53; III, 203, 40; IV, 23, 68; 83, 4.
- ALMEYRA: V, 412, 316.
- ALONSO MORAN: III, 251, 91.
- ALPERT, Harry: II, 207, 159.
- ALSINA: I, 406, 14.
- ALT, Hans Peter: V, 96, 37.
- ALTAMIRA, Pedro Guillermo: I, 237, 180.
- ALTAVILLA, Enrico: II, 182, 60; III, 548, 215; IV, 434, 70.
- ALTBAUM, Clara: I, 224, 148.
- ALTHAUS, Paul: V, 96, 37.
- ALTHUSSER, Louis: II, 80, 37; 81, 41; 92, 68; 356, 218.
- ALTMANN, Smythe: I, 203, 75.
- ALVAREZ, Adolfo: V, 84, 1.
- ALVAREZ, Agustín: I, 242, 201 bis.

- AMBROSIUS, Jurgén: III, 311, 71; 353, 234.
- AMELUNG, Knut: I, 152, 80; 236, 173; II, 148, 225; III, 243, 47.
- AMIRA, Karl: I, 343, 58.
- AMUNARRIZ: V, 322, 103.
- ANASTASI, Leónidas: V, 43, 114.
- ANCEL, Marc: I, 76, 156; 114, 279; 203, 75; 297, 48; 369, 123; II, 319, 114; 320, 119; 320, 121; 321, 125; 322, 127; 322, 128; 387, 49; III, 186, 66; V, 402, 296.
- ANDENAES, Johannes: III, 110, 34.
- ANDREWJEW: IV, 36, 111.
- ANDROWLAKIS, Nikolas: III, 449, 11; 452, 27; 452, 28; 452, 30; 472, 119.
- ANDWEILER, Antón: IV, 38, 119 bis.
- ANGELONI, Giancarlo: I, 297, 48.
- ANGELONI, Renato: I, 401, 287.
- ANIYAR de CASTRO Lola: I, 273, 292.
- ANOSSOU, J. J.: II, 389, 55; 390, 57.
- ANTOLISEI, Francesco: I, 35, 35; 49, 87; 58, 106; 61, 119; 86, 199; 148, 62; 255, 236; 477, 81; 489, 128; 489, 130; 490, 135; II, 181, 56; III, 24, 54; 53, 39; 56, 58; 78, 156; 93, 44; 93, 46; 210, 70; 264, 4; 269, 12; 292, 93; 410, 101; 429, 20; 448, 7; 448, 8; 564, 9; 564, 10; 598, 50; 609, 86; IV, 43, 140; 78, 263; 289, 73; 372, 232; 424, 52; 447, 110; 482, 226; 492, 257; 497, 276; 543, 79; V, 73, 230; 345, 156.
- ANTON, Karl Josef: I, 203, 75; III, 56, 47.
- ANTON ONECA, José: I, 67, 134; 87, 199; 100, 237; 105, 252; 214, 124; II, 75, 22; 76, 23; 85, 50; 104, 93; 127, 186; 247, 307; 249, 311; 251, 318; 273, 392; III, 110, 32; 136, 96; IV, 275, 94.
- APARICIO, Elías: I, 273, 292.
- AQUINO, Pedro: III, 49, 19.
- ARAMBURU y ZULOAGA, Félix de: II, 208, 166; 227, 236.
- ARAUJO, Orestes: IV, 445, 101; 480, 220.
- ARANCIBIA RODRIGUEZ, Alberto: V, 144, 167.
- ARAYA, José L.: I, 224, 148.
- ARDNT, Herbert: I, 214, 121.
- ARECO, Horacio: II, 209, 175; 234, 269; IV, 44, 147.
- ARENAL, Concepción: I, 204, 76; II, 226, 232; V, 87, 7.
- ARENAZA, Carlos de: I, 220, 144.
- AREVALO, Rafael: I, 402, 296.
- ARGIBAY MOLINA: I, 273, 292; 451, 107; 484, 112; III, 33, 79; 39, 81; 52, 36; 62, 86; 109, 26; 162, 77; 266, 6 bis; 274, 43; 291, 93; 307, 60; 418, 131; 503, 90; 518, 128; 572, 42; 639, 204; IV, 17, 23; 117, 23; 180, 223; 451, 143; V, 51, 147; 60, 198; 71, 225; 72, 229; 77, 242; 81, 250; 179, 276; 202, 327; 286, 39; 337, 134; 338, 136.
- ARIETI, Silvano: IV, 169, 192.
- ARISTOTELES: IV, 53, 184.
- ARNOLD, W.: IV, 171, 201.
- ARON, Raymond: II, 358, 224.
- ARQUEDAS, José María: II, 19, 42.
- ARQUEROS: V, 123, 102.
- ARTEAGA SANCHEZ, Alberto: IV, 25, 83.
- ARZT, Günther: III, 604, 72.
- ASCHAFFENBURG, Gustav: IV, 42, 134.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de: III, 72, 139; 319, 112; 336, 180 ter; IV, 86, 27; 228, 102.
- ASTRADA, Carlos: II, 286, 444; 340, 175; 356, 215; III, 173, 13; 179, 51; IV, 437, 72 ter.
- ATKINSON, C. M.: II, 194, 103.
- AULER, Hugo: V, 436, 372.
- AUSTIN: III, 99, 3.
- AVILA, Juan José: III, 300, 30; IV, 520, 26.
- AYER, A. J.: II, 314, 96; 315, 97; 315, 98; 318, 112; III, 277, 51.
- BACIGALUPO, Enrique: I, 249, 219; 449, 103; 450, 103; III, 39, 84; 64, 94; 79, 158; 92, 31; 174, 17; 177, 42; 210, 69; 263, 1; 274, 44; 295, 1; 296, 6; 306, 57; 307, 60; 308, 61; 308, 62; 311, 73; 317, 102; 318, 103; 328, 144; 342, 197; 343, 198; 366, 44; 384, 4; 395, 52; 409, 99; 416, 123; 447, 1; 447, 2; 450, 12; 451, 23; 452, 26; 452, 31; 461, 69; 464, 80; 466, 87; 475, 129; 478, 138; 481,

- 141; 580, 73; 605, 80; 606, 82; 639, 201; 639, 204; 640, 207; 645, 221; 645, 222; 646, 226; IV, 17, 27; 22, 56; 55, 189; 74, 251; 77, 259; 82, 2; 86, 27; 86, 29; 88, 39; 91, 55; 104, 79; 105, 83; 221, 81; 222, 82; 226, 94; 231, 107; 300, 19; 303, 30; 346, 159; 407, 314; 467, 185; 471, 200; 472, 203; 473, 205; 478, 212; 482, 226; V, 15, 21; 287, 40; 292, 47; 325, 107.
- BAGLEY, Christopher: IV, 165, 181.
- BAGÚ, Sergio: II, 232, 259.
- BAIGÚN, David: I, 73, 150; 458, 115, III, 220, 1; 259, 108; IV, 474, 206; V, 92, 20; 98, 42; 287, 43; 310, 72; 325, 110; 384, 272.
- BALASUBRAHMANYAM: III, 319, 112.
- BALDIVIESO GUZMÁN: I, 394, 218.
- BALLWEG, Ottmar: II, 299, 35.
- BAMBARDINUS, Antonius: I, 203, 73
- BANERYI, Erick: III, 426, 8.
- BAR, Ludwig von: III, 91, 25; 309, 68; 353, 235; 359, 268; IV, 425, 58; V, 26, 41.
- BARATTA, Alessandro: II, 148, 220; 299, 39; 336, 171 bis.
- BARBAROUX, C. O.: V, 87, 6; 161, 222.
- BARBERO, Omar: I, 453, 112.
- BARBERO SANTOS, Marino: I, 100, 241; 117, 295; 119, 300; 224, 148; 220, 150; II, 325, 132; 386, 46; III, 45, 8; 259, 109; IV, 114, 15; 166, 184; 168, 188; V, 98, 42; 98, 44.
- BARCA, Arturo: II, 349, 187.
- BARCIKOWSKI, Waclaw: I, 251, 225.
- BARD, Leopoldo: I, 224, 148.
- BARLARO, José: I, 241, 199.
- BARNER, William: I, 297, 48.
- BARRAGÁN, Guillermo César: I, 404, 1.
- BARRERA VÁZQUEZ, Alfredo: II, 19, 43.
- BARRETO, Tobías: III, 463, 74 bis; IV, 396, 285 bis; 398, 286 bis; 410, 19 bis.
- BARRING, Ludwig: V, 96, 37.
- BARTH, Paul: II, 41, 121.
- BARTOLINI FERRO, A.: V, 81, 250.
- BÄRWINKEL, Richard: III, 472, 118.
- BASAGLIA, Franco: I, 272, 289; V, 456, 8.
- BASAGLIA ONGARO, Franca: I, 272, 289.
- BASELGA: IV, 266, 78.
- BASSIOUNI, M.: I, 226, 150; 251, 225; 255, 235; 461, 7; III, 56, 46; 320, 121; 463, 76; V, 98, 44; 99, 46.
- BASTIDE, Roger: IV, 175, 213.
- BATISTA, Nilo: III, 73, 139.
- BATTAGLINI, Giulio: I, 109, 261; II, 183, 68; III, 18, 21; 149, 17; V, 347, 159.
- BAUDÍN, Louis: II, 19, 41; 20, 46.
- BAUER, Antón: IV, 115, 16.
- BAUER, Fritz: I, 32, 26; 83, 177; 86, 195; 293, 32; II, 281, 426; 281, 428; 334, 164; 335, 169; III, 56, 47; 434, 43; 586, 5; IV, 42, 136.
- BAUMANN, Jürgen: I, 26, 2; 26, 5; 44, 68; 49, 81; 52, 93; 67, 133; 86, 199; 115, 280; 115, 287; 245, 209; 245, 210; 245, 211; 309, 80; 310, 84; 459, 1; 474, 62; 476, 76; 490, 135; 495, 140; III, 20, 32; 31, 69; 41, 90; 42, 97; 52, 32; 63, 88; 76, 146; 78, 153; 79, 157; 116, 65; 121, 80; 137, 7; 175, 23; 176, 34; 201, 32; 238, 30; 239, 31; 246, 62; 292, 93; 312, 77; 318, 108; 318, 104; 328, 150; 331, 169; 353, 240; 359, 268; 384, 5; 394, 46; 394, 48; 397, 61; 397, 62; 405, 89; 406, 94; 420, 144; 431, 33; 433, 41; 438, 58; 440, 65; 455, 39; 460, 62; 469, 107; 523, 143; 575, 52; 595, 36; 596, 37; 604, 72; 612, 89; 634, 117; 636, 184; 637, 186; 638, 199; IV, 15, 17; 25, 81; 27, 87; 46, 159; 59, 202; 62, 216; 66, 221; 66, 222; 70, 234; 76, 254; 83, 3; 84, 11; 101, 73; 106, 84; 182, 234; 185, 8; 187, 14; 196, 35; 208, 58; 209, 60; 210, 62; 215, 72; 223, 83; 322, 81; 324, 87; 327, 90; 328, 98; 330, 56; 299, 17; 301, 24; 305, 40; 316, 59; 322, 81; 324, 87; 327, 90; 328, 98; 330, 104; 336, 126; 336, 127; 358, 184; 368, 214; 370, 222; 371, 226; 391, 262; 392, 266; 399, 296; 422, 40; 442, 42; 462, 175; 469, 194; 472, 207; 478, 208; 482, 226; 482, 228; 484, 231; 490, 249; 494, 263; 495, 268; 496, 270; 496, 275; 497, 279; 511, 1; 515, 8; 515, 10; 516, 17; 528, 44; 548, 100; 557, 132; 560, 146;

- 568, 169; V, 14, 13; 14, 14; 18, 26; 27, 49; 29, 53; 53, 153; 122, 98; 124, 107; 128, 121; 131, 135; 153, 195; 155, 202; 169, 234; 215, 350; 215, 351; 326, 111; 332, 116; 332, 117; 349, 166.
- BAUMGARTEN**, Arthur: II, 156, 253; 237, 280; III, 20, 28; 199, 23; 208, -59; 417, 126; 507, 99; 574, 47; 588, 11; IV, 118, 28; 559, 140.
- BAVASSO ROFFO**: I, 241, 199
- BAY**: III, 545, 208.
- BAYARDO BENGÓA**, Fernando: III, 44, 1; 51, 29; 78, 156; 93, 52; 366, 49.
- BEAVIN**, Janet: III, 486, 2.
- BEAURMONT**, Gustavo de: V, 193, 161
- BECARUD**, Jean: II, 249, 309.
- BECCARIA**: II, 105, 102; III, 23, 37; V, 43, 113; 97, 41.
- BECHER**, Klaus Martin: IV, 454, 152.
- BECK**, Sebastián: I, 399, 250.
- BECKER**: II, 360, 234.
- BECKSTEIN**, Günther: IV, 197, 37
- BEIDERMAN**, Bernardo: I, 106, 256; 273, 292; 294, 36.
- BEKKER**, Ernst: I, 470, 43.
- BELBEY**, José: III, 542, 200.
- BELEZA dos SANTOS**: II, 438, 29.
- BELGODERE**, Harold: II, 48, 151.
- BELING**, Ernst von: I, 60, 115; 96, 223; 193, 35; 196, 48; 199, 62; III, 14, 7; 32, 75; 32, 76; 41, 90; 47, 11; 47, 12; 56, 48; 62, 82; 76, 147; 78, 156; 94, 56; 99, 1; 101, 11; 101, 12; 137, 7; 168, 2; 171, 6; 171, 7; 172, 9; 172, 10; 173, 14; 198, 21; 200, 27; 201, 30; 214, 84; 215, 87; 270, 27; 285, 74; 300, 28; 300, 29; 300, 30; 361, 27; 371, 64; 371, 65; 430, 30; 438, 57; 450, 15; 507, 99; 537, 184; 565, 19; 574, 47; 616, 103; IV, 21, 44; 21, 45; 83, 4; 303, 31; 304, 32; 451, 133; V, 13, 4; 13, 5; 53, 154.
- BELINGUIER**: I, 391, 202.
- BELLAVISTA**: III, 46, 9; V, 350, 167.
- BELLON**, Jacques: II, 399, 85
- BELTRANI SCALIA**: I, 203, 75.
- BEMMAN**, Günther: III, 446, 82; IV, 392, 268; V, 53, 160; 54, 166; 57, 182; 122, 99; 128, 118; 129, 123.
- BEMMELEN**, Jakob M. van: IV, 521, 31 bis.
- BENAKIS**, Anna: III, 67, 104.
- BENDER**, Walter: I, 225, 198.
- BENDIX**: II, 390, 56.
- BENTHAM**: V, 213, 339.
- BENTO de FARIA**, Antonio: I, 383, 159.
- BERCOVITZ**, Rodrigo: V, 456, 11.
- BERCHER**, León: I, 402, 296.
- BERDIAEV**, Nicolay: II, 441, 36
- BERDUGO G. de la Torre**: V, 98, 42; 98, 44.
- BERG**, Otto: IV, 23, 62.
- BERGA**, Matías: II, 199, 125.
- BERGALLI**, Roberto: I, 203, 75; 209, 101; 271, 286; 273, 292; III, 242, 42; V, 153, 193; 154, 196.
- BERGAMINI MIOTTO**, Armida: V, 126, 116
- BERGÉS CHUPANI**, Manuel: III, 625, 139.
- BERGERO**, E.: V, 412, 316.
- BERGUA**, Juan: II, 278, 415; V, 306, 61.
- BERISTAIN**, Antonio: I, 26, 6; 27, 6 bis; 42, 66 ter.; 76, 155; 100, 240; 101, 241 bis; 141, 55; 201, 66; 224, 148; 226, 150; 271, 286; 274, 293; 349, 68; 388, 185; II, 70, 1; 320, 118; 326, 133; 360, 240; III, 42, 98; 44, 1; 58, 68; 67, 105, 71, 128; 181, 53; 259, 111; 269, 12 bis; 384, 5; 389, 24; 392, 34; 394, 42; 395, 49; 395, 50; 398, 66; 406, 94; 419, 142; 531, 177; IV, 266, 78; 267, 82; 283, 114; V, 98, 42; 98, 44; 99, 45; 124, 104; 213, 338; 214, 346; 470, 39.
- BERMAN**, Harold: II, 402, 94.
- BERMANN**, Gregorio: II, 232, 259.
- BERNADAC**, Christian: II, 384, 44.
- BERNALDO de QUIROZ**, Constancio: I, 201, 69; 205, 81; 267, 265; 273, 292; 297, 48; 351, 75; 356, 83; II, 205, 146; 217, 200; 247, 307; IV, 173, 211; 203, 49.
- BERNARD**, P.: I, 79, 264.
- BERNARDI**, Humberto: I, 210, 106; 213, 115; 214, 125.

- BERNER, Albert Friedrich:** II, 173, 25; 244, 293; III, 20, 26; 61, 78; 442, 69; 586, 3; 588, 12; IV, 421, 35; V, 24, 35; 25, 35; 177, 254.
- BERNERT, Günther:** III, 491, 9; 498, 67.
- BERNI, Joseph:** I, 354, 80; III, 446, 85; IV, 276, 97; V, 268, 2.
- BERRY:** I, 253, 232.
- BERTAVET, A.:** III, 442, 69.
- BERTEL, Christian:** III, 596, 41; 613, 93.
- BERTHELEMY-SAINTE HILAIRE, Jules:** II, 18, 36.
- BERZ, Ulrich:** III, 554, 238.
- BETHANO FELTRIN:** V, 69, 221.
- BETTI, Emilio:** I, 62, 126; III, 51, 23; 53, 37; 54, 40 bis; 195, 1; 258, 104; 283, 62; 513, 117.
- BETTIOL, Giuseppe:** I, 32, 24; 61, 120; 86, 199; 89, 208; 93, 215; 107, 257; 120, 308; 124, 2; 201, 69; 203, 75; 309, 82; 311, 87; 387, 177; 477, 81; 478, 84; 479, 92; 482, 98; 487, 122; 489, 130; 490, 135; II, 324, 131; 379, 31; III, 17, 18; 17, 19; 18, 21; 46, 9 bis; 53, 39; 56, 56; 71, 125; 71, 126; 92, 42; 110, 33; 180, 51 bis; 206, 49; 264, 4; 283, 61; 284, 67 bis; 285, 76; 286, 77; 292, 93; 293, 95; 293, 96; 319, 112; 357, 259; 358, 263; 359, 265; 376, 83 bis; 429, 25; 438, 58; 493, 18; 493, 28; 498, 69; 500, 78; 536, 186; 547, 214; 587, 10; 590, 22; 596, 37; 596, 41; 631, 163; IV, 58, 199 bis; 58, 199 ter; 65, 219 bis; 290, 5; 354, 173; 358, 187; 372, 232; 373, 233 bis; 391, 262; 416, 19 bis; 447, 110; 482, 226; 492, 256; 497, 275; 516, 15; 522, 34; 544, 83; V, 55, 171; 55, 172; 152, 188; 350, 167; 439, 386.
- BETTONI, Efre:** II, 58, 188.
- BEYER, Werner:** II, 53, 172.
- BIDART CAMPOS, Germán:** I, 145, 57; 145, 58; 197, 58; II, 292, 11.
- BIELSA, Rafael:** I, 140, 53; 146, 60; 278, 3; II, 369, 7; III, 14, 4; V, 41, 97; 41, 99; 49, 143; 49, 145; 103, 55.
- BIERLING, Ernst Rudolf:** IV, 20, 39.
- BIGGINI, C. A.:** II, 122, 156
- BINDER, Julius:** II, 184, 69; 184, 72.
- BINDING, Karl:** I, 60, 113; 60, 114; 148, 64; 193, 34; 197, 54; 230, 159; 470, 40; 487, 124; II, 57, 255; 262, 355; 262, 356; 262, 357; 262, 358; 266, 372; III, 24, 50; 31, 70; 47, 106; 137, 7; 140, 20; 189, 82; 190, 85; 192, 87; 192, 89; 192, 90; 302, 37; 202, 38; 210, 71; 226, 7; 241, 41; 249, 70; 249, 76; 257, 102; 259, 110; 260, 113; 270, 22; 302, 38; 317, 99; 335, 178; 349, 217; 349, 218; 350, 221; 355, 248; 375, 77; 383, 1; 415, 115; 452, 31; 468, 113; 500, 77; 505, 95; 505, 96; 507, 99; 522, 140; 574, 47; 588, 11; 600, 59; 601, 61; 612, 92; 616, 103; 619, 116; 634, 171; IV, 83, 4; 84, 11; 104, 80; 105, 81; 115, 16; 117, 24; 213, 66; 340, 140, 362, 198; 421, 35; 488, 248; 494, 265; V, 24, 38; 53, 154; 53, 157; 53, 158.
- BINSWANGER, Ludwing:** I, 299, 54; II, 342, 179; 372, 16; 374, 23; 392, 65; 393, 68; 394, 78; III, 54, 40 ter.
- BIRKMEYER, Karl von:** I, 96, 223; 111, 268; II, 244, 295; 244, 297; III, 269, 15; IV, 181, 228; 451, 139.
- BIRNBAUM, J. M.:** III, 248, 65.
- BISE, E.:** II, 376, 28.
- BITENCOURT, Edgardo de Moura:** III, 284, 65; 284, 67.
- BITZUS, A.:** V, 96, 37.
- BLACKSTONE:** I, 137, 46; II, 142, 20 bis; IV, 272, 26.
- BLAKELEY, Thomas:** II, 398, 82; 399, 83.
- BLARDUNI, Oscar C.:** I, 273, 292; 273, 293; II, 205, 146; 445, 42; III, 188, 80; 436, 50; IV, 180, 223; V, 320, 98.
- BLASCO FERNANDEZ de MOREDA, Francisco:** I, 210, 104; 210, 105; 224, 148; 334, 38; 348, 67; 446, 99; II, 72, 12; 104, 93; 247, 308; 301, 86; III, 12, 1; 16, 12; 39, 82; 42, 100, 62, 87; 212, 77; 310, 70; 318, 106; 426, 8; 604, 75; 605, 47; 619, 115; IV, 202, 45; 278, 107; 281, 113; 319, 68; 320, 70; 321, 71; 353, 169; 466, 179; 475, 208; V, 81, 250.
- BLAV, Günther:** V, 129, 122.
- BLEGER, José:** I, 270, 278; IV, 54, 185; 110, 1.

- BLEI, Hermann: I, 26, 5; 49, 80; 83, 176; 86, 199; 115, 287; 124, 2; 200, 63; 239, 186; 245, 209; 245, 213; 474, 67; 477, 77; 486, 118; III, 20, 32; 52, 32; 63, 90; 76, 143; 76, 146; 78, 156; 91, 27; 101, 8; 101, 11; 121, 79; 122, 83; 122, 84; 137, 7; 176, 36; 178, 46; 178, 47; 190, 83; 201, 34; 210, 72; 223, 3; 249, 78; 271, 32; 285, 75; 292, 93; 295, 1; 298, 11; 298, 16; 304, 52; 306, 57; 309, 68; 312, 77; 314, 89; 318, 103; 328, 150; 329, 159; 338, 185; 348, 216; 348, 216 bis; 350, 220; 351, 226; 352, 230; 355, 251; 356, 254; 356, 255; 359, 268; 363, 13; 373, 73; 392, 36; 397, 60; 413, 108; 415, 117; 416, 123; 418, 134; 418, 135; 438, 58; 455, 39; 456, 40; 462, 72; 471, 112; 509, 105; 522, 140; 523, 144; 523, 148; 524, 153; 524, 154; 526, 164; 541, 196; 543, 204; 583, 84; 595, 35; 596, 37; 612, 91; 634, 170; IV, 15, 18; 27, 86; 34, 105; 107, 85; 46, 149; 60, 209; 69, 231; 76, 254; 182, 233; 184, 1; 185, 9; 209, 60; 210, 61; 223, 83; 223, 84; 223, 87; 228, 101; 253, 49; 254, 50; 255, 55; 289, 4; 301, 25; 305, 40; 322, 75; 322, 81; 327, 92; 328, 47; 330, 105; 330, 106; 335, 122; 336, 125; 336, 127; 341, 146; 348, 163; 353, 169; 371, 226; 371, 228; 391, 262; 392, 269; 413, 5; 414, 10; 417, 20; 422, 44; 424, 54; 424, 56; 454, 151; 455, 156; 462, 177; 468, 186; 470, 194; 478, 214; 483, 229; 494, 263; 495, 267; 504, 296; 505, 299; 506, 301; 506, 303; 507, 304; 508, 308; 508, 309; 513, 5; 515, 8; 515, 10; 517, 17; 528, 42; 529, 47; 530, 50; 530, 51; 530, 52; 538, 65; 538, 65 bis; 557, 132; 560, 146; 561, 152; 564, 160; 567, 166; V, 390, 278.
- BLEICHMAR: IV, 148, 132; 152, 144; V, 14, 16; 299, 50.
- BLEULER, Eugen: IV, 129, 55; 131, 63; 149, 133; 160, 167; 161, 168; 161, 170; 165, 181; 169, 191; 169, 192; 171, 201; 265, 74.
- BLOCH, Ernst: III, 43, 131; 159, 261; 171, 16; 282, 430; 285, 441; 357, 220.
- BLUME: V, 53, 160.
- BLUNSTCHLI: I, 251, 223.
- BOBBIO, Norberto: I, 304, 60; 304, 62; 305, 66; II, 253, 323; 253, 324; 254, 327.
- BOCHENSKI: II, 306, 67; 318, 112; 349, 192; 388, 50 bis; 402, 92; III, 44, 2; 101, 9 bis; 275, 48 bis.
- BOCKELMAN, Paul: I, 49, 82; 50, 88; 52, 94; 65, 129; 79, 165; 80, 168; 80, 169; 83, 176; 86, 197; 88, 207; 115, 287; 214, 119; 474, 62; 476, 75; II, 237, 280; 250, 313; 299, 39; III, 20, 32; 69, 120; 79, 158; 88, 16; 117, 67; 125, 88; 125, 89; 125, 90; 178, 45; 178, 47; 178, 48; 187, 72; 187, 74; 202, 35; 207, 53; 211, 74; 272, 35 bis; 295, 1; 296, 6; 300, 25; 303, 45; 314, 89; 328, 150; 338, 186; 343, 200; 351, 227; 353, 239; 394, 45; 395, 53; 404, 84; 409, 99; 415, 119; 416, 123; 438, 58; 469, 109; 475, 130; 508, 101; 508, 102; 515, 122; 524, 154; 536, 185; 545, 208; 546, 209; 548, 216; 548, 217; 575, 51; 579, 62; 580, 67; 583, 85; 586, 3; 595, 31; 595, 35; 596, 37; 596, 38; 596, 43; 624, 128; 629, 152; 639, 202; IV, 15, 17; 27, 86; 40, 126; 51, 179; 52, 180; 58, 197; 62, 214; 76, 256; 182, 232; 182, 235; 187, 15; 190, 23; 190, 24; 192, 28; 196, 35; 223, 87; 253, 49; 255, 55; 305, 40; 306, 42; 316, 57; 336, 127; 341, 147; 342, 149; 343, 151; 353, 169; 358, 184; 358, 186; 371, 226; 391, 262; 447, 112; 469, 194; 484, 230; 491, 254; 491, 255; 502, 287; 516, 17; 519, 23; 529, 49; 530, 50; 531, 53; 551, 111; 558, 135; 560, 146; 561, 152; 564, 161; V, 14, 15; 57, 183; 96, 37; 131, 136; 155, 202; 169, 234; 215, 349; 302, 54; 303, 55; 304, 59; 331, 114.
- BOCKLE, Franz: II, 291, 7.
- BOEHMER: II, 131, 188.
- BÖHMER, Emil: III, 403, 78.
- BOHN, Alexandro: I, 225, 148; III, 473, 125.
- BOLDT, Göttfried: III, 196, 2; 196, 4; 196, 5; 388, 23; 392, 33; 415, 116.
- BONFANTE: I, 326, 26.
- BONNET, Emilio: I, 275, 295; IV, 135, 70; V, 455, 6; 458, 16; 459, 19; 460, 24.
- BOOR, Wolfgang: IV, 131, 66.
- BOPP, Ulrich: IV, 197, 26.
- BORDA, Guillermo: I, 126, 6.
- BÖRKER: I, 87, 35.
- BORRICAND, Jacques: III, 23, 45.
- BOSCARELLI: IV, 290, 5.

- BOSCH, Jorge: III, 321, 123.
 BOURGEOIS, B.: II, 171, 17.
 BOUZAT, Pierre: III, 56, 45; 587, 7; 624, 129; V, 438, 378.
 BOUZÓN de TEZANO Emilia: V, 149, 178.
 BRACKEN, Hellmuth von: IV, 65, 220.
 BRANDENBERGER, Werner: III, 446, 84.
 BRAUN, Werner: III, 364, 22.
 BRAUNECK, Anne-Eva: IV, 27, 86.
 BRAVO: V, 123, 101.
 BRAVO MENENDEZ, Armando: V, 145, 171.
 BRÉHIER, Emile: IV, 248, 32.
 BREIDTHARDT, Bodo: V, 349, 166.
 BREITHAUPT, Walter: III, 524, 152.
 BRENDAN, Francis: I, 254, 232.
 BRESSER, Paúl: I, 225, 148.
 BRET, Lionel: I, 401, 284.
 BRICOLA, Franco: V, 123, 101; 156, 208.
 BRINGEWAT, Peter: I, 290, 29.
 BRION, Marcel: II, 70, 2.
 BRISSET, Bernard: IV, 79, 264; 127, 47; 751, 144.
 BRITO ALVES: I, 27, 6 bis; 48, 77; 61, 118; 464, 17; III, 595, 31; 596, 37; 599, 51; 600, 56; 603, 70; 605, 74.
 BROCHARD, Victor Charles: II, 32, 90; 45, 143.
 BRODA, Christian: I, 387, 180.
 BROWN: I, 253, 232.
 BRUNNER, Albert: III, 534, 181.
 BRUNNER, Emil: I, 224, 148; II, 291, 6.
 BRUNO, Anfbal: I, 148, 66; 263, 255; 309, 80; 314, 97; 375, 136; 464, 14; 472, 55; 473, 60; 476, 72; 478, 86; 490, 135; III, 154, 56; 286, 78; 309, 68; 319, 115; 366, 49; 417, 127; 503, 90; 596, 37; 609, 87; IV, 25, 83; 204, 53; 278, 107; 417, 20; 515, 14; 547, 93; 554, 117; V, 317, 89.
 BRUNS, Hans Jünger: III, 446, 82; V, 331, 114.
 BRUNS, Hermann: III, 174, 22; 196, 6; 197, 7; 210, 68; 579, 63; IV, 558, 134; V, 269, 3; 279, 23; 303, 56; 308, 64.
 BRUSA, Emilio: I, 381, 150; III, 442, 69; IV, 441, 86.
 BRUTAILS: I, 391, 202.
 BUBER, Martín: II, 150, 229; 171, 17; 286, 445; 344, 181; 349, 193; 434, 15; IV, 41, 128.
 BUBNOFF, E. von: III, 61, 78.
 BUCHHOLZ, Erich: II, 221, 213; 221, 215.
 BUENO ARUS, Francisco: I, 203, 75; V, 157, 216; 246, 395.
 BÜGERT, Herbert: V, 96, 37.
 BULAI: III, 395, 51.
 BUNGE, Carlos Octavio: I, 161, 84; II, 199, 125; 232, 258.
 BURGSTALLER, Manfred: I, 387, 180; III, 146, 123.
 BURI, von: III, 271, 31; IV, 446, 104.
 BURKHARDT, Björn: IV, 482, 226.
 BUSCH, Ricardo: III, 31, 72; 41, 93; 56, 49; 70, 120; 338, 184; 343, 200; 417, 126; 566, 23; IV, 87, 86; 87, 35.
 BUSSEI, Hellmuth: III, 494, 35.
 BUSSEI, Volker: III, 554, 238; 595, 31.
 BUSTILLO: I, 211, 107; 220, 140.
 BUSTOS RAMÍREZ, Juan: III, 72, 133; 295, 1; 389, 28; 392, 37; 394, 42; 397, 58; 397, 60; 397, 65; 416, 121; 417, 127, 418, 137; 418, 138; 419, 139.
 CABALLERO, José Severo: I, 223, 148; 228, 153; 229, 155; 232, 164; 233, 165; 237, 180; III, 307, 60; 436, 52; 437, 56 bis; 517, 128; V, 174, 237; 175, 245; 179, 275; 180, 277; 182, 285; 186, 298; 191, 306; 195, 313; 196, 315; 199, 323; 202, 327; 203, 329.
 CABELLO, Vicente Ponciano: IV, 95, 63; 95, 63 bis; 121, 32 bis; 121, 33 bis; 125, 41; 125, 42; 131, 62; 152, 144; 264, 73; V, 347, 157; 459, 20.
 CABEZAS BORJA, Reinaldo: I, 395, 229.
 CABRAL, José: I, 224, 148; III, 431, 31; IV, 16, 23.
 CABRAL, Luis: I, 258, 241; III, 178, 44.
 CABREROS de ANTA: III, 251, 91.
 CADALZO, Fernando: V, 87, 7.

- CAJÍAS KAUFMANN, Huáscar: I, 273, 292; 382, 153; III, 110, 31; IV, 203, 48.
- CALLIES, Rolf Peter: V, 155, 202.
- CALVI, Alessandro Alberto: III, 188, 77; V, 350, 169.
- CAMANOROSA, Antonio: III, 429, 17.
- CÁMARA, Héctor: I, 446, 49.
- CAMARGO HERNÁNDEZ, César: I, 34, 32; IV, 543, 79; 544, 83; 547, 94; 552, 116.
- CAMERON, Norman: IV, 149, 133.
- CAMPAGNALE, Humberto: I, 245, 208.
- CAMPISI, Nicola: III, 71, 127.
- CAMPO, Elías: III, 182, 54 bis.
- CAMPOAMOR, Clara: I, 204, 76.
- CAMPOS, Alberto: III, 62, 87; 78, 156; 274, 42; IV, 17, 23; V, 376, 231.
- CAMUS, Albert: V, 95, 37; 48, 42.
- CANCINO, Antonio: I, 384, 167.
- CANO MATA: I, 205, 82.
- CANOSA ROMANO: V, 456, 8.
- CANTÚ, César: III, 532, 178.
- CANUTI, G.: II, 128, 185.
- CAPÁNAGA, Victorino: II, 48, 151.
- CAPANDEGUI, Carlos: IV, 480, 220.
- CAPELLI, José: III, 60, 73.
- CAPOBIANCO: I, 336, 44.
- CAPOLUPO, Enrique: V, 98, 42; 108, 59.
- CARACCIOLI, Ivo: I, 110, 264; 110, 265; IV, 462, 176.
- CARBALLA, Juan B.: I, 119, 301.
- CARDONA: II, 360, 234.
- CARDOSO de OLIVEIRA, Marina: V, 149, 177.
- CARDOZA da CUNHA, Rosa María: III, 286, 81.
- CARMIGNANI, Giovanni: I, 46, 74; 46, 75; 235, 170; II, 128, 185; IV, 23, 39; 90, 17; 90, 18; 319, 108; IV, 20, 35; 425, 61; 446, 106; 469, 190.
- CARNAP, Rudolf: I, 279, 5; II, 313, 93; 315, 98; 315, 99.
- CARNELI, Lorenzo: IV, 542, 76; 544, 84.
- CARNELUTTI, Francisco: I, 193, 39; II, 410, 123; 410, 124; III, 24, 51; 260, 114; V, 97, 40.
- CARNEVALE, Emanuele: II, 229, 247; 230, 251; 230, 252.
- CARNOT: I, 184, 7; IV, 148, 127; 413, 8; V, 235, 378.
- CARPENA, Fructuoso: II, 208, 165.
- CARRANCA y RIVAS, Raúl: III, 521, 135.
- CARRANCA y TRUJILLO, Raúl: III, 137, 7; 178, 43; 533, 181.
- CARRARA, Francisco: I, 46, 71; 61, 124; 75, 152; 89, 210; 236, 177; 471, 49; II, 9, 1; 138, 197; 274, 398; 274, 399; 274, 401; III, 23, 41; 58, 65; 137, 8; 244, 49; 321, 124; 357, 259; 362, 4; 429, 24; 605, 77; IV, 111, 5; 148, 128; 148, 131; 150, 135; 416, 19 bis; 438, 73; 443, 97 bis; 446, 107; 447, 111; 450, 130; 543, 79; 550, 107; V, 343, 148; 389, 274.
- CARRARA, Mario: IV, 151, 141.
- CARRASCO, Félix: I, 241, 199.
- CARRIERI, Moriz: V, 96, 37.
- CARSTAIRS: IV, 149, 133; 168, 191.
- CARTORI: IV, 398, 291.
- CARVAJAL PALACIOS, Natalio: I, 190, 31.
- CARVELL, J. O.: I, 134, 30.
- CASARAVILLE, Estéban: III, 451, 23.
- CASAS FERNÁNDEZ, Manuel: II, 84, 48.
- CASSAGNES SERRES, Blanca: I, 224, 148.
- CASSIRER, Ernst: I, 45, 70; II, 31, 89; 33, 93; 46, 144; 71, 9; 76, 24; 77, 28; 77, 29; 148, 224; 303, 59; III, 118, 70.
- CASTEJÓN, Federico: I, 251, 225.
- CASTELLANOS TENA, Fernando: III, 110, 31; 266, 6 bis; 292, 93; IV, 17, 23.
- CASTILLO y CASTILLO: I, 224, 148.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: IV, 539, 66 bis; 551, 111; 554, 118; 560, 149.
- CASTINEIRA, María: IV, 546, 92; 548, 100.
- CASTRO, Máximo: I, 191, 32.
- CASTRO SABORÍO, Luis: I, 224, 148.
- CATHREIN, Viktor: I, 28, 11; II, 49, 156; 294, 20; 297, 25.

- CATTANEO, Carlo: I, 203, 75; 368, 120; II, 101, 82; 148, 219; 152, 243; 153, 245; 153, 246; 155, 252; 157, 254; 224, 220.
- CATTANEO, Mario: I, 39, 53; 366, 115; III, 239, 37; 247, 64 bis; 249, 73; IV, 41, 130; 100, 68.
- CAVALLERO, Ricardo: I, 145, 56 bis; 210, 102; 211, 106 bis; III, 47, 10; 511, 115 bis; 528, 169 bis; 592, 25 ter; 630, 157 bis; IV, 139, 76; 279, 110; 372, 231; 412, 4 bis; 432, 65; V, 108, 60.
- CAVALLO, Vicenzo: IV, 445, 101.
- CAZALET: II, 139, 200.
- CENESTRI, Francisco: I, 273, 292.
- CENICEROS: I, 224, 148.
- CERIZO MIR, José: I, 100, 238; 124, 2; 125, 4; 126, 5; 239, 185; 239, 187; II, 298, 31; 299, 39; III, 26, 59; 71, 128; 202, 35; 316, 96; 317, 100; 345, 211; 406, 94; 419, 141; 426, 9; 481, 140; 647, 229; IV, 222, 82; 300, 19.
- CERNICCHIARO, Luis Vicente: I, 96, 223 ter; 153, 80 bis.
- CERRADA: V, 123, 101.
- CEVASCO, Luis Jorge: I, 229, 154.
- CIAFARDE, Roberto: I, 273, 292; II, 206, 152; IV, 135, 69.
- CICOUREL, Aarón: I, 224, 148.
- CLARÍA OLMEDO: I, 191, 32; 193, 38; 193, 40; 194, 42; 214, 126; 215, 131; V, 60, 195; 142, 159.
- CLASS, Wilhelm: III, 172, 11; 365, 30.
- CLAUS, Karl: I, 116, 290; III, 403, 78.
- CLEMMER, Donald: V, 153, 193.
- CLERC, Francois: IV, 144, 117; 145, 119.
- COBO del ROSAL: V, 98, 42; 98, 44.
- COHEN: I, 271, 286.
- COLAUTTI, Carlos: I, 483, 105.
- COLAIANNI, M. A.: I, 251, 225.
- COLE, G. D. H.: II, 409, 114; 409, 119; 410, 120.
- COLL, Jorge: I, 224, 148; 433, 73.
- COLLIN, Fernand: II, 209, 175.
- COLMEIRO, Manuel: I, 351, 74.
- COLOMBO, Carlos J.: I, 218, 137.
- COMBES, André: II, 359, 232.
- COMBLIN, Joseph: II, 395, 79 bis.
- COMTE, August: II, 188, 91.
- CONCHA, José Vicente: III, 60, 73.
- CONDE PUMPIDO, Cándido: III, 71, 128.
- CONGER, George: II, 17, 34.
- CONSTANT, Jean: I, 313, 92; 482, 99; 487, 123; III, 320, 122; 378, 86; 435, 47; IV, 354, 171; 446, 108; 71, 225; V, 259, 436; 259, 437; 395, 284.
- CONTRERAS GÓMEZ, Carlos: III, 534, 181.
- COOLEY, Thomas: I, 133, 26; V, 48, 140.
- COOMARASWAMY, Ananda: II, 18, 36.
- COOPER: V, 456, 8.
- COPLESTON, F. C.: II, 54, 176; 55, 180; 66, 216; 294, 19; 429, 7; III, 67, 106; 514, 119.
- CORDEIRO ALVAREZ Ernesto: I, 446, 99.
- CORDOBA RODA, Juan: III, 42, 97; 60, 76; 63, 92; 80, 161; 107, 18; 107, 19; 131, 110; 203, 41; 267, 7; 316, 96; 342, 195; 359, 267; 369, 60; 371, 63; 504, 91; 514, 121; 606, 83; IV, 179, 220; 275, 95; 362, 199; 480, 220; V, 259, 425; 260, 439; 263, 446; 274, 12.
- CORLAT, Lydia F.: IV, 161, 171.
- CORNIL, Paúl: II, 237, 280.
- COROMINAS, Juan: III, 14, 5; 54, 40; 77, 149; 597, 45 bis; IV, 236, 3 bis.
- CORREIA, Eduardo: I, 125, 4; 237, 179; 363, 107; 380, 145; 463, 13; 466, 25; 469, 34; II, 237, 280; 275, 404 bis; III, 319, 112; 590, 22; 596, 37; 612, 90; IV, 418, 20; 528, 42 bis; 544, 84; 544, 86.
- CORTÉS de la HUERTA: I, 224, 198.
- CORVEZ, Maurice: II, 340, 175.
- COSENTINI: I, 251, 225.
- COSSIO del POMAR, Felipe: II, 20, 47.
- COSTA, Fausto: I, 336, 44; II, 13, 11; 14, 17; 26, 69; 32, 90; 99, 74; 121, 153; 181, 51; 182, 63; 207, 161.
- COSTA (Jr.) Héitor: III, 72, 139.
- COSTA, Joaquín: III, 66, 101; 300, 32; 317, 100; 319, 111; 339, 190.

- COUSINO Mc IVER, Luis: I, 26, 4; 52, 92; 110, 267; 275, 295; 388, 182; 464, 15; 464, 16; 473, 60; 474, 63; 475, 71; 488, 126; 490, 135; II, 300, 45; III, 18, 21; 45, 6; 72, 132; 72, 134; 118, 71; 129, 100; 237, 28 bis; 238, 29 ter; 250, 82; 264, 5 bis; 283, 64; 295, 1; 306, 57; 350, 222; 366, 49; 394, 42; 416, 123; 420, 143; 434, 43; 434, 44; 443, 73; 445, 81; 450, 20; 493, 28; 573, 43; 575, 51; 592, 25; 595, 31; 596, 37; 599, 51; 600, 56; 610, 88.
- COUTURE, Eduardo: II, 11, 6.
- COVA GARCÍA, Luis: III, 543, 201.
- CRAMER, Peter: III, 402, 78; 446, 82.
- CRESPI: III, 536, 186.
- CRESPO SOLIZ, Oscar: IV, 203, 50.
- CRESSON, André: II, 84, 48.
- CREUS, Carlos: I, 59, 108; 310, 86; 474, 66; 484, 111; 484, 112; III, 39, 83; 109, 26; 374, 76; 386, 14; 388, 19; IV, 117, 23; 361, 194; 517, 19; 525, 37; V, 40, 90; 47, 134; 47, 136; 51, 148; 66, 215; 71, 225; 74, 233; 74, 234; 202, 327; 288, 45; 337, 131; 351, 171; 362, 195; 368, 210; 370, 216; 374, 224; 376, 232; 377, 240; 378, 243; 402, 294; 470, 42; 471, 44.
- CRISP: IV, 129, 55; 131, 63; 149, 133; 160, 167; 161, 168; 161, 170; 165, 181; 169, 191; 171, 201; 265, 74.
- CRIVELLARI, Gwlio: I, 359, 92; 377, 139; IV, 377, 241; 378, 243; 413, 5; 414, 14; 442, 87; 442, 91; 522, 32; V, 15, 22; 342, 146; 342, 147; 389, 275.
- CROCE, Benedetto: II, 171, 17.
- CROSS: I, 134, 29.
- CROWCROFT, Andrew: IV, 169, 191.
- CRUGNALE, Carlos: V, 334, 122; 334, 125; 334, 126; 335, 127; 336, 128.
- CUELLO CALON, Eugenio: I, 87, 199; 201, 66; 202, 70; 205, 82; 224, 148; 311, 87; 311, 89; 334, 38; 487, 121; III, 110, 32; 504, 91; 533 181; V, 85, 5; 98, 44; 121, 92; 122, 96; 131, 139; 143, 160; 143, 161; 152, 187.
- CUESTAS: V, 322, 103.
- CUETO RUA, Julio: III, 57, 63.
- CUEVAS del CID, Rafael: II, 213, 187.
- CUNEO LIBARONA, Mariano: I, 100, 235; 112, 276; III, 436, 52; 529, 174.
- CUNHA LUNA, Everardo Da: III, 46, 9; 266, 6; 395, 54.
- CUNOW, H.: II, 19, 41.
- CURTIS: I, 136, 43; 137, 45.
- CURY URZUA Enrique: III, 72, 131; 73, 141; 105, 17; 296, 6; 338, 184; 354, 241; IV, 85, 23; 222, 82; 416, 19 bis; 437, 72 bis; 481, 221; 500, 281 bis; V, 57, 185.
- CHAN WING-TSIT: II, 15, 21; 16, 29; 16, 31; 17, 32.
- CHARLETY, Sebastien: II, 188, 91; 413, 135.
- CHARTEVOIX, Pierre Francois Xavier de: I, 405, 8.
- CHAVEAU, Adolphe: I, 184, 7; 367, 119; II, 199, 124; V, 363, 200.
- CHAVES, Antonio: III, 544, 205.
- CHERIF: I, 255, 235; V, 98, 44.
- CHERON: I, 400, 273.
- CHESTOV, León: II, 58, 189; 58, 190; 59, 191; 63, 204; 349, 191; 440, 34.
- CHICHERIO: I, 203, 75.
- CHICHIZOLA, Mario: I, 201, 69; 209, 99; 446, 99; III, 455, 49; 627, 146; V, 178, 266; 179, 274; 182, 282; 186, 298; 202, 328.
- CHIOSSONE, Tulio: I, 27, 7; 201, 69; 384, 166; 429, 22; III, 110, 31.
- CHUNG-SHULO: II, 18, 37.
- DA COSTA, Paulo José: I, 87, 201; 111, 270; 249, 218; 395, 225; III, 60, 71; 329, 158; 565, 17.
- DA COSTA E SILVA, Antonio José: I, 375, 136; III, 604, 75; V, 179, 271.
- DAFTARY: I, 399, 253.
- DAHM, Georg: II, 367, 3; 375, 25; III, 16, 12; 17, 17; 186, 64; 186, 65; 345, 56; 494, 33; IV, 345, 154; 518, 21; 544, 83.
- DAIEN, Samuel: V, 174, 238; 175, 241; 178, 265; 182, 283; 182, 284; 186, 298; 193, 309; 195, 314; 196, 315; 198, 321; 202, 328.
- DALLINGER: I, 225, 148.

- DALL'ORA, Alberto: III, 71, 127; 92, 41.
- DALLOZ, Edouard: I, 184, 7; V, 437, 374.
- DAMASIO E. de JESÚS: I, 126, 5; 461, 5; 467, 29; III, 12, 2; 72, 138; 154, 56; 272, 35 ter; 285, 73; 286, 78; 306, 57; 366, 49; 394, 42; 416, 123; 430, 25; 445, 81; IV, 27, 86; 418, 20; 554, 117; V, 179, 271.
- DAMIANOVICH, Laura: III, 518, 128; IV, 150, 138.
- D'ANDREA, Angel Rafael: V, 81, 250.
- D'ANGELO, Ernesto: V, 156, 208.
- DANIEL, William: II, 53, 172.
- DANIELSEN, Raúl: II, 299, 39; III, 377, 85; 378, 87.
- DANNER, Manfred: I, 86, 195; 115, 284; IV, 42, 136.
- DANNERT, Gerhard: III, 71, 127.
- D'ANTONIO, Daniel Hugo: I, 224, 148.
- DANZINGER: I, 230, 158.
- DARESTE, Rodolphe: I, 325, 18; 328, 28; 348, 66.
- DARRACINO, Germán: IV, 152, 144.
- DARTAGNAN CALDHE: V, 69, 221.
- DASSEN, Julio: II, 85, 53; V, 472, 43.
- DAVID, Henry: IV, 65, 220.
- DAVID René: II, 387, 47.
- DEBAY, A.: II, 204, 143.
- DE BENEDETTI, Isidoro: II, 232, 259; IV, 542, 76.
- DECOCQ, André: I, 483, 107; III, 24, 47.
- DECOUD, Julio Argentino: I, 446, 99.
- DE GREEF, Etienne: I, 268, 271.
- DEHONW: V, 96, 37.
- DE LA CERA ALONSO, Manuel: III, 15, 11.
- DE LA PLAZA, Victorino: I, 190, 31; 196, 52.
- DE LA RÚA, Jorge: I, 127, 10; 464, 15; 464, 16; 472, 55; 474, 62; 478, 89; III, 39, 81; 144, 24; 151, 48; 316, 97; 338, 187; 339, 191; 436, 52; 639, 203; 639, 204; 640, 214; 647, 232; IV, 236, 3; 552, 113; V, 36, 74; 47, 131; 47, 136; 51, 146; 52, 152; 60, 197; 65, 212; 65, 213; 68, 220; 71, 224; 95, 25; 176, 248; 179, 276; 181, 280; 186, 298; 188, 302; 197, 318; 200, 326; 202, 327; 207, 334; 223, 362; 224, 363; 230, 369; 320, 370; 237, 380; 238, 381; 240, 388; 242, 390; 245, 393; 246, 394; 250, 402; 252, 410; 254, 416; 254, 417; 258, 432; 264, 451; 264, 452; 275, 14; 286, 38; 322, 104; 334, 123; 338, 136; 338, 137; 339, 139; 339, 140; 339, 141; 340, 142; 358, 179; 359, 186; 360, 188; 363, 201; 365, 206; 367, 209; 368, 210; 374, 225; 380, 260; 384, 271; 390, 279; 391, 281; 395, 284; 402, 294; 409, 310; 410, 313; 412, 316; 412, 317; 413, 320; 422, 331; 423, 334; 429, 344; 442, 397; 445, 408; 449, 417; 464, 27; 464, 29.
- DELEUZE, Gilles: I, 81, 171; II, 410, 277.
- DELFGAAUW, Bernard: II, 62, 201; 290, 2; 360, 233; III, 104, 16 bis.
- DEL GIUDICE, Pasquale: I, 341, 55; 358, 90.
- DELITALA, Giacomo: III, 92, 43; 260, 114; 264, 2; 147, 127; 454, 33 bis.
- DELL'ANDRO, R.: III, 493, 29; IV, 330, 108; V, 306, 60; 352, 173.
- DELLEPIANE, Antonio: II, 234, 269.
- DEL OLMO, Rosa: I, 271, 286; 272, 288; 273, 292.
- DEL POZZO, Carlo Umberto: II, 182, 64.
- DEL RIO, Raimundo: I, 26, 3.
- DEL ROSAL, Juan: I, 33, 28; 61, 118; 193, 35; 202, 74; 254, 232; 314, 96; 351, 75; II, 104, 93; 302, 51; 302, 55; III, 41, 88; 92, 39; 111, 38; 117, 66; 117, 69; 203, 41; 292, 93; 494, 29; 504, 91; 536, 186; V, 55, 175; 178, 267; 274, 12.
- DEL VILLAR, Walter: III, 212, 73; 213, 83.
- DEL VECCHIO, Giuseppe: II, 148, 221; III, 534, 181.
- DE MAISTRE, José: II, 85, 51.
- DE MARSICO, Alfredo: I, 49, 85; 61, 119; 61, 120; 86, 199; 124, 2; 201, 67; II, 209, 175; 259, 345; 260, 350; III, 93, 47; 292, 93; 387, 16; 387, 17; 429, 21; IV, 447, 110; 492, 257; 497, 277; 543, 79; V, 73, 231.

- DE MATTIA, Angelo: III, 188, 76.
- DE PINA, Rafael: I, 193, 39.
- DERISI, Octavio: II, 340, 175.
- DER MEER, van: II, 51, 164; 52, 105.
- DERNBURG, Heinrich: IV, 115, 16.
- DE RUGGIERO, Guido: II, 37, 108; 42, 126; 170, 16; 203, 136; 203, 137; 370, 9.
- DE SILVA: III, 633, 166.
- DETLEF: I, 53, 97.
- DE TOMASO, Antonio: I, 430, 70; 433, 73.
- DE URRAZA, Estanislao: I, 242, 201 bis.
- DEUTSCH, Erfin: III, 402, 78.
- DE VEDIA, Agustín: I, 37, 39; 38, 45; 41, 59; 188, 18; V, 42, 101; 44, 121.
- DE VICENTIS: III, 548, 215.
- DEWET, Y. C.: VI, 426, 8.
- DIAZ, Emilio: III, 137, 7; 273, 37; 592, 25; 593, 28; 639, 205; IV, 398, 289; V, 179, 272; 183, 286; 285, 30; 390, 279; 399, 289; 453, 5 bis; 457, 13; 458, 15; 460, 24.
- DIAZ BOLIO, José: II, 20, 48.
- DIAZ de GUIJARRO: V, 250, 402; 250, 403; 251, 409; 252, 413.
- DIAZ PALOS, Fernando: II, 64, 209; III, 606, 83; 620, 118; IV, 119, 32.
- DICEV, A. V.: I, 135, 36.
- DICKMAN, Toby: II, 202, 135 bis.
- DIESTEL, H.: V, 96, 37.
- DIETER, Lerner: II, 299, 39.
- DIETHELM: I, 245, 212.
- DIETZ, Heing: I, 51, 90; 69, 139; III, 181, 52; IV, 180, 52.
- DIETZE, Hans-Hellmuth: II, 254, 328; 369, 4; 447, 51.
- DI FALCO, E.: II, 375, 24 bis.
- DI GENNARO, Giuseppe: V, 156, 208; 157, 210; 157, 216.
- DIKOFF, Lüben: II, 184, 71.
- DILTHEY, Wilhem: II, 75, 21; 171, 17; IV, 93, 57.
- DI TULLIO, Benigno: I, 269, 275.
- DOHMEN, Heinz: III, 635, 117.
- DOHNA, Alexander Gräf Zu: III, 69, 118; 204, 45; 295, 1; 306, 57; 314, 85; 322, 128; 331, 169; 337, 181 bis; 338, 184; 340, 192; 343, 200; 344, 206; 364, 22; 364, 24; 415, 113; 496, 55; 497, 64; 565, 16; 573, 44; 581, 76; 582, 79; 634, 171; IV, 20, 40; 23, 58; 27, 86; 83, 4; 162, 174; 189, 19; 191, 26; 303, 31; 467, 183.
- DOLCINI, Emilio: V, 269, 3; 309, 66; 309, 68.
- DOLEISCH, Wolfgang: V, 216, 354.
- DOLLEANS, Edovard: II, 409, 118.
- DOMAT: III, 318, 106; 549, 222.
- DO NASCIMENTO SILVA, Josino: I, 185, 8 bis; 375, 136; 382, 155.
- DONGOROZ: III, 395, 51.
- DÖNMEZER: III, 53, 39; 624, 130.
- DONNA, Edgardo: III, 32, 72; 437, 56 bis; IV, 34, 105; V, 85, 4; 164, 230; 316, 85; 376, 233.
- DONNEDIEU de VABRES, Henri: I, 205, 75; 251, 225; 367, 117; 483, 107; II, 237, 280; 377, 30; 385, 45; 387, 48; 389, 53; III, 16, 12; 23, 45; V, 438, 380; 446, 410.
- DORADO, Pedro: IV, 42, 137; 44, 145.
- DORADO MONTERO: V, 310, 73.
- DORRBECKER, A. Erwing: V, 376, 234.
- DOTTI, René: III, 73, 139; V, 325, 110.
- DRAGO, Luis María: II, 208, 167; 233, 267.
- DRAPKIN, Israel: I, 273, 292.
- DREES, Bernhard: III, 402, 78.
- DREHER, Edouard: I, 79, 163; 105, 249; 117, 294; 212, 112; 360, 96; 361, 100; II, 334, 103; III, 331, 169; 405, 91; 351, 227; 413, 103; 470, 111; 522, 140; 523, 142; 595, 35; IV, 49, 169; 87, 35; 221, 80; V, 97, 37; 177, 258; 269, 3.
- DREWS, Richard: V, 42, 107.
- DROST: IV, 23, 68.
- DUARTE FAVEIRO, Vitor Antonio: III, 319, 112.
- DUBOYS, Albert: I, 328, 28; 332, 35; 336, 44; 358, 87.
- DUFRECHOU, Roberto: V, 239, 383.

- DUGUIT, León: II, 199, 123.
 DUJOVNE, León: II, 258, 342.
 DUNS SCOTO: III, 61, 77; 67, 109; 292, 94; 579, 64; 579, 66; IV, 69, 228.
 DURA, Francisco: V, 90, 13.
 DURAN, P. Manuel: IV, 203, 49.
 DURIG, G.: V, 42, 107.
 DURKHEIM: II, 207, 156.
 DUSSING, Bernhard: V, 96, 37.
 EBERMAYER, Ludwing: III, 537, 184; IV, 142, 95.
 ECHAURI, Raúl: II, 340, 175.
 ECHAZÚ, Dardo: I, 275, 295.
 ECHTERHÖLTER, Rudolf: III, 596, 36.
 ECKHARDT, Karl August: I, 349, 70.
 EKFERTZ, Joseph: V, 348, 160.
 EGGERS LAN, C.: II, 33, 97.
 EHARD, Hans: I, 253, 230.
 EISENBERG, Ulrich: I, 115, 281; V, 154, 199.
 EISLER, Rudolf: III, 150, 41.
 ELIA: I, 112, 273.
 ELKIN, A. P.: IV, 203, 47.
 ELLSCHEID, Günther: IV, 50, 174; 51, 176.
 END, Heinrich: III, 508, 102.
 ENGLISH, Karl: II, 12, 7; 147, 218; 148, 219; 254, 326; 299, 39; 299, 41; 301, 48; 302, 51; 302, 56; 302, 57; 304, 62; III, 69, 120; 111, 40; 116, 65; 177, 37; 202, 32; 210, 71; 270, 26; 285, 72; 299, 19; 301, 34; 302, 37; 332, 170; 349, 219; 353, 239; 364, 22; 371, 66; 372, 69; 373, 70; 394, 44; 397, 59; 403, 80; 404, 87; 449, 10; 446, 40; 493, 18; 494, 30; 496, 53; 524, 150; 536, 186; 543, 202; 543, 203; 548, 217; 552, 230; 580, 71; 634, 172; IV, 24, 72; 63, 218; 71, 243; 87, 35; 224, 90; 345, 154.
 ENNECERUS, Ludwing: III, 493, 24; 497, 63.
 ESCARRA, Jean: I, 320, 8.
 ESCOBAR CELLO, Enrique: IV, 130, 60.
 ESCOBEDO, Gennaio: II, 390, 58.
 ESSER, Josef: II, 54, 174.
 ESSER, Wolf: III, 365, 34.
 ESSNOUSS, M. T.: I, 401, 290.
 ESTRADA, José Manuel: I, 37, 41; 38, 43; 40, 56; 41, 60; V, 42, 102; 42, 104; 43, 110.
 ESTRADA VELEZ, Federico: I, 396, 232.
 ETCHEBERRY, Alfredo: III, 51, 29; 93, 51; 140, 19; 366, 49; IV, 98, 66.
 ETCHEGOYEN, Félix: III, 45, 7; 245, 54.
 ETINGER de ALVAREZ, Diana: IV, 265, 74.
 ETZEL, Gerhard: IV, 117, 22.
 EY, Henry: IV, 79, 264; 127, 47; 151, 144; 151, 168; 164, 179; 165, 181; 168, 189; 169, 191; 165, 192; 169, 195; 171, 201; 171, 203; 264, 73.
 FABBINI, MIRABETE, Julio: III, 73, 139; 284, 67; IV, 554, 117.
 FALCHI: II, 276, 407.
 FALRET: IV, 150, 137.
 FARRE, Luis: II, 233, 261.
 FARRELL, Martín Diego: II, 316, 107; 450, 58.
 FATONE, Vicente: II, 339, 172.
 FECHNER, Erich: II, 299, 37.
 FENECH, Miguel: I, 193, 37.
 FENICHEL, O.: IV, 170, 197.
 FENWICK, Charles: I, 251, 223.
 FERNANDEZ ALBOR, Agustín: I, 224, 148; 226, 150; V, 156, 209.
 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: I, 396, 232.
 FERNÁNDEZ DOBLADO, Luis: I, 224, 148; III, 536, 186.
 FERNÁNDEZ MONTES, Marcial: III, 187, 69.
 FERNECK, Alexander Hold von: III, 31, 66; 200, 20; 572, 40; IV, 23, 57.
 FERRATER MORA, José: II, 12, 8; 290, 1; 291, 8; 306, 66; 317, 111; III, 150, 41; 268, 10; 321, 123; IV, 93, 59.
 FERRACUTI, F.: IV, 152, 144.
 FERREIRA, Ramón: I, 257, 239.
 FERRERO, G.: II, 206, 149; 206, 151.

- FERRI, Enrico: I, 276, 298; 311, 88; 319, 3; 336, 43; 473, 60; II, 181, 57; 181, 58; 198, 121; 199, 122; 204, 142; 209, 172; 210, 176; 210, 177; 211, 180; 213, 185; 226, 231; 227, 236; 227, 237; III, 384, 1; 563, 6; IV, 42, 134; 173, 207; 181, 226; 519, 22; V, 310, 74; 311, 75; 311, 76; 316, 84; 322, 102; 346, 154; 468, 32.
- FERRINI, Contardo: I, 336, 44; 337, 45; 338, 47; 341, 56; IV, 173, 208.
- FERRIO, Carlo: IV, 165, 181; 168, 191; 169, 192.
- FERRUCCIO: I, 201, 67; 203, 75; 205, 84.
- FESTUGIÈRE, Marie Jean: II, 32, 90.
- FEUCHT, Dieter: I, 343, 58.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von: I, 30, 20; 32, 25; 139, 51; 152, 79; 236, 171; 236, 174; III, 24, 49; 55, 42; 196, 8; 247, 64 bis; 252, 92; 319, 109; 358, 261; 415, 111; 417, 125; 430, 29; 469, 104; IV, 10, 3; 14, 16; 41, 130; 41, 133; 83, 6; 100, 68; 162, 172; 304, 35; 421, 35; 443, 97 bis; 450, 130; 550, 110.
- FIERRO, Guillermo J.: I, 250, 221; 251, 224; 253, 232; 256, 238; 257, 240; 258, 242; 259, 244; 260, 249; 261, 251; 261, 252; 453, 110; 462, 9; 464, 15; 464, 19; 466, 27; 467, 30; 469, 35; 471, 51; 479, 93; 491, 136; 492, 139; III, 162, 77; IV, 278, 107; 279, 110; 345, 155; 353, 169; 374, 236; 396, 285; V, 44, 117; 45, 123; 46, 128; 186, 298; 404, 400.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de: III, 319, 112; IV, 12, 13 bis; 86, 30.
- FILANGERI, Gaetano: V, 213, 339.
- FILLOUX, Jean-Claude: IV, 124, 39.
- FINGER, August: III, 300, 27; IV, 21, 50; 451, 140.
- FINZI, Marcelo: III, 365, 40; IV, 443, 97 bis; V, 53, 154.
- FIORETTI: II, 227, 237.
- FISCH, Otto: II, 75, 19; III, 249, 73; IV, 149, 133; 168, 191.
- FISCHER, Hans Albrecht: III, 362, 1; 362, 5; 380, 99.
- FITZGERALD, Gustau: I, 134, 31; 134, 32; 135, 34.
- FLECHTEIM, Ossip Kurt: III, 61, 78.
- FLOEGEL, Johannes: III, 402, 78; 525, 160; 525, 161.
- FLORES, Andrés: V, 94, 28.
- FLORES GARCÍA, Fernando: III, 57, 63.
- FLORIAN, Eugenio: I, 193, 36; 195, 44; 196, 19; 196, 51; 236, 177; 333, 37; 473, 60; 487, 122; II, 182, 62; 231, 257; IV, 180, 225; V, 317, 87; 322, 103; 436, 373.
- FODERÉ, Francisco Manuel: III, 155, 59; IV, 148, 129; 149, 134.
- FODORF: I, 395, 51.
- FONTANA, Raúl José: III, 603, 68.
- FONTAN BALESTRA: I, 54, 101; 61, 123; 88, 204; 132, 22; 148, 65; 188, 18; 194, 42; 207, 95; 209, 98; 214, 116; 219, 139; 229, 155; 255, 236; 258, 241; 310, 86; 406, 10; 446, 99; 451, 108; 464, 16; 472, 52; 472, 54; 474, 62; 474, 65; 476, 72; 418, 88; 484, 112; III, 12, 1; 40, 87; 51, 28; 57, 60; 62, 84; 78, 156; 92, 32; 109, 24; 138, 11; 138, 12; 151, 46; 157, 66; 161, 72; 174, 18; 189, 81 bis; 190, 83; 215, 89; 228, 18; 266, 6 bis; 271, 30; 274, 42; 291, 93; 307, 60; 328, 144; 338, 187; 366, 42; 366, 45; 367, 53; 379, 92; 379, 93; 385, 6; 385, 7; 386, 9; 397, 60; 403, 81; 404, 84; 418, 130; 428, 11; 432, 36; 432, 37; 436, 52; 460, 62; 503, 90; 529, 173; 536, 186; 570, 39; 582, 62; 583, 82; 583, 84; 593, 28; 593, 29; 594, 31; 595, 33; 596, 40; 600, 56; 602, 63; 602, 66; 604, 73; 605, 77; 605, 78; 605, 79; 615, 100; 616, 102; 620, 119; 625, 137; 625, 140; 625, 141; 626, 142; 627, 143; 627, 144; 627, 146; 629, 155; 631, 158; 631, 161; 632, 165; 636, 181; 639, 203; 639, 205; 643, 224; IV, 17, 23; 17, 25; 32, 97; 34, 103; 46, 161; 72, 246; 72, 247; 86, 25; 111, 2; 117, 23; 147, 124; 163, 178; 231, 107; 236, 3; 276, 103; 280, 111; 345, 155; 346, 157; 353, 169; 356, 179; 358, 187; 361, 196; 365, 205; 366, 208; 366, 209; 366, 211; 372, 231; 374, 236; 383, 256; 383, 258; 391, 262; 396, 285; 398, 287; 406, 311; 423, 48; 441, 83; 445, 103; 447, 109; 451, 144; 466, 179; 466, 180; 467, 183; 471, 198; 475, 211; 482, 227; 516, 15; 520, 24; 520, 26; 520, 27; 524, 36; 542, 76; 544, 83; 544, 85; V, 15, 21; 30,

- 58; 30, 59; 32, 63; 33, 65; 36, 74; 37, 78; 37, 79; 37, 80; 38, 81; 38, 82; 47, 136; 51, 147; 57, 185; 60, 191; 63, 206; 75, 236; 75, 237; 77, 241; 81, 250, 85, 3; 95, 26; 163, 228; 178, 260; 182, 285; 186, 298; 191, 305; 192, 307; 202, 327; 203, 329; 257, 430; 262, 444; 262, 445; 288, 44; 299, 53; 319, 97; 337, 34; 346, 153; 347, 158; 357, 157; 359, 184; 362, 194; 365, 206; 373, 223; 375, 230; 390, 279; 400, 290; 401, 293; 406, 305; 409, 309; 413, 322; 418, 326; 421, 328; 422, 332; 459, 23.
- FONTECILLA RIQUELME, Rafael:** I, 193, 39; 394, 219.
- FOREGGER, Egmont:** I, 387, 179; IV, 475, 209.
- FOUAD, Ammon:** I, 399, 259.
- FOUCAULT, Michel:** II, 86, 54; IV, 128, 51; 128, 52; 152, 147; V, 121, 93.
- FOURIER:** I, 265, 260; II, 412, 129; 412, 130; 412, 134.
- FRAGOSO, Heleno Claudio:** I, 375, 136; 382, 154; 395, 224; 466, 24; 473, 59; III, 72, 138; 78, 155; 137, 7; 272, 35 bis; 295, 1; 306, 57; 309, 68; 319, 112; 336, 180 ter; 366, 49; 394, 42; 395, 54; 416, 123; 438, 58; 447, 11; 450, 14; 493, 28; 503, 90; 590, 22; 596, 37; 612, 90; IV, 27, 86; 204, 53; 418, 20; 418, 24; V, 56, 178; 157, 216; 159, 218.
- FRANCHI:** I, 98, 228.
- FRANCKE:** V, 53, 155.
- FRANCO GUZMÁN, Ricardo:** III, 366, 50; 380, 96.
- FRANÇO SODI, Carlos:** I, 195, 44.
- FRANÇOIS, N. P.:** I, 390, 197.
- FRANK, Hans:** IV, 11, 6; 11, 11; 550, 110; II, 382, 36; 382, 37; 383, 42; III, 113, 49.
- FRANK, Helmar:** III, 66, 98.
- FRANK, Reinhard:** III, 25, 56; 208, 58; 225, 6; 249, 77; 256, 102; 300, 26; 300, 29; 302, 40; 309, 68; 328, 145; 433, 40; 536, 185; 536, 186; 597, 44; 601, 61; 602, 66; 612, 92; 634, 169; IV, 46, 154; 46, 155; 87, 37; 213, 63; 304, 36; 371, 226; 449, 122; 451, 135; 467, 182; 489, 243; V, 53, 154; 53, 159.
- FRANKL, Viktor:** II, 347, 186.
- FREDE, Lothar:** V, 157, 215.
- FREEDMAN, Paul:** IV, 160, 168; 169, 191; 169, 192; 170, 197; 265, 74.
- FREISLER:** III, 16, 12.
- FREUD, Sigmund:** II, 100, 75; IV, 173, 206; 173, 210.
- FREUDENTHAL, Berthold:** IV, 23, 69; 27, 89; 73, 250; 259, 63; V, 157, 214.
- FREY, Erwin:** I, 87, 200; 95, 221; 104, 247; V, 129, 128.
- FRÍAS, Jorge H.:** I, 440, 96; V, 198, 319; 202, 328.
- FRÍAS, Vladislao:** I, 36, 38.
- FRÍAS CABALLERO, Jorge:** I, 446, 28; III, 39, 82; 62, 87; 174, 21; 436, 52; 444, 77; 625, 139; IV, 17, 24; 25, 82 bis; 35, 109 bis; 46, 160; 86, 25; 111, 1 bis; 121, 33 bis; 157, 159; 171, 200; 234, 2; 239, 17; 418, 23; 445, 101.
- FROMM, Erich:** II, 217, 200; 285, 442; 286, 446; 287, 449; 398, 80 bis.
- FROSALI, Raúl Alberto:** I, 110, 264; 477, 81; 530, 251; III, 23, 43; 321, 126; V, 98, 42.
- FROSINI:** III, 493, 29.
- FRY, M.:** IV, 150, 138.
- FUKUDA, Taira:** III, 71, 129; 389, 24; 389, 25; 389, 27; 580, 67; IV, 88, 38.
- FURQUIM, Luiz Doria:** V, 326, 110.
- GAITÁN MAHECHA, Bernardo:** I, 87, 199; III, 110, 31; 292, 93; 503, 90.
- GAJOTTI:** III, 53, 39.
- GALASSO, Aurelio:** I, 203, 75.
- GALBE, José L.:** I, 254, 232.
- GALLAS, Wilhem:** I, 57, 104; 69, 141; 281, 8; II, 448, 57; III, 14, 3; 31, 72; 47, 15; 49, 21; 70, 120; 92, 30; 101, 8; 176, 27; 178, 49; 202, 35; 215, 91; 241, 40; 246, 56; 311, 71; 351, 227; 364, 28; 376, 83; 450, 18; 493, 28; 494, 35; 499, 74; 507, 100; 627, 149; IV, 52, 183; 305, 40; 353, 169; 435, 71.
- GALLI:** IV, 118, 28.
- GALLINER:** III, 417, 126; IV, 15, 19.
- GALLINO YANZI, Carlos:** I, 446, 99; III, 39, 82; 213, 79; 507, 100; 510, 115; 569, 33; V, 149, 178; 211, 335; 225, 364; 431, 353.

- GALLO, Marcelo: III, 71, 127; 259, 112; 319, 113.
- GALLO, Vicente: I, 211, 109.
- GALLUS, Alens Kleinschrod: I, 33, 27.
- GAOS, José: II, 349, 32; 456, 72; IV, 41, 129.
- GARAUDY, Roger: II, 50, 158; 286, 445; 292, 10.
- GARCÍA (h.), Juan Agustín: I, 351, 74; 404, 1.
- GARCÍA, Sergio: III, 176, 23.
- GARCÍA BADARACO, Jorge: IV, 148, 132.
- GARCÍA BASALO, Juan Carlos: I, 203, 75; 204, 78; 413, 30; 414, 34; V, 93, 23; 133, 141; 143, 160; 144, 163; 144, 165; 145, 169; 146, 174; 149, 178; 161, 224.
- GARCÍA BASILEU: I, 375, 136; 484, 113; IV, 204, 53; 515, 14; V, 179, 271.
- GARCÍA GALLO, Alfonso: I, 404, 1.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: II, 253, 323.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: I, 82, 174; 193, 39; 202, 70; 203, 75; 205, 85; 223, 147; V, 149, 178.
- GARCÍA RÚA, Oscar Jorge: I, 244, 204; 245, 205; 246, 214.
- GARCÍA VALDEZ, Carlos: I, 203, 75; II, 386, 46 bis; V, 98, 42; 98, 44.
- GARCÍA y GARCÍA: I, 224, 148.
- GARÇON, Emile: III, 156, 63.
- GARIBAY, Angel: II, 19, 42.
- GARICOITZ, Fermin: V, 183, 286.
- GARÍN, Eugenio: II, 365, 1.
- GARÓFALO, Rafael: I, 251, 225; II, 215, 192; 217, 201; 227, 237; IV, 42, 134; 445, 99; V, 316, 83.
- GARAUD: I, 367, 119; 470, 46; III, 60, 73; 319, 15; 156, 63; IV, 112, 10; V, 253, 414; 255, 419; 437, 376.
- GARRIDO, Luis: II, 79, 35; 104, 93.
- GARZÓN VALDÉZ, Ernesto: II, 255, 329; 299, 39; 299, 41; 301, 47.
- GASSIN, Raymond: II, 319, 118.
- GASTAUT, H.: IV, 165, 182.
- GATTI TANCREDI: I, 326, 26.
- GAVIER, Ernesto: I, 237, 180; 238, 180; 446, 99; V, 15, 22; 75, 238; 81, 250; 178, 263.
- GEERDS, Friedrich: I, 115, 285; III, 517, 128; 521, 139; 522, 140; IV, 537, 63; V, 42, 108.
- GEIB, Karl Gustau: I, 336, 44; IV, 116, 19.
- GELDER, von: III, 473, 125.
- GEMELLI, Agostino: I, 267, 269; 270, 278.
- GENÓCRATES: IV, 309, 50.
- GENTILE, Giovanni: II, 178, 44; 179, 49.
- GEORGE, B. James: I, 226, 150.
- GEORGAKIS, Jannis: II, 237, 280.
- GERCENZON, Aleksei Adolfovich: II, 94, 69 bis.
- GERLAND, Heinrich Balthasar: III, 20, 29; 613, 93; IV, 23, 68; 115, 16; 117, 24.
- GERLICH, Hellnuth: IV, 115, 16.
- GERMAN, O. A.: III, 351, 227; 417, 126.
- GERNER, Erich: I, 237, 180.
- GEYER, August: III, 386, 4; IV, 445, 100.
- GHIONE, Ernesto: V, 365, 207; 374, 227; 377, 237; 377, 238; 377, 239; 377, 241; 377, 242; 380, 256.
- GIBBONS, D. C.: I, 224, 148.
- GILES, F.: I, 224, 148; III, 56, 46; IV, 150, 158.
- GIL GUILLÉN, Klementina: I, 224, 148.
- GILLESPIE: IV, 149; 133; 160, 168; 169, 191.
- GILSON, Etienne: II, 46, 145; 48, 152; 50, 160; 52, 167; 54, 173; 62, 202.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: I, 289, 26; II, 200, 44; III, 71, 128; 86, 6; 88, 15; 111, 36; 270, 24; 299, 21; 405, 87; 624, 132; IV, 47, 162; 241, 19; 289, 2; 333, 114; 348, 163; 348, 164; V, 98, 42; 98, 44.
- GIMÉNEZ, Arnaldo: III, 340, 208; 646, 227; 646, 228; 647, 231.
- GINER: II, 275, 403.
- GIOFREDI, Carlo: IV, 86, 32.
- GIRARDI, Angel: I, 224, 148; 229, 155.

- GIUSSCA Lorenzo: II, 227, 410.
- GIVANOVITCH, Thomas: I, 98, 229 bis; II, 237, 280.
- GLANVILLE, Williams: I, 133, 28; 134, 33; III, 24, 48; 129, 105; 320, 116.
- GLASER, Julius: III, 468, 103.
- GLASER, Stephan: I, 255, 235.
- GLAUZMANN, Othmar: V, 130, 130.
- GLEDHILL, Alan: I, 401, 288.
- GÖBBELS, Hans: III, 551, 227.
- GODAN, Jürgen Christoph: IV, 198, 39.
- GODWIN, William: II, 409, 114.
- GOFFMAN, Erving: I, 271, 286; V, 125, 109; 456, 9.
- GOLDSCHMIDT, James: I, 99, 230; 236, 172; 237, 180; III, 174, 22; 365, 29; 415, 114; IV, 16, 23; 22, 51; 22, 51 bis; 22, 52; 22, 53; 22, 54; 22, 55; 22, 56; 68, 226.
- GOLDSCHMIDT, Roberto: I, 237, 180.
- GOLDSCHMIDT, Werner: I, 250, 220; 483, 106
- GOLDSTEIN, Mateo: I, 328, 28.
- GOLFAR B., William: IV, 161, 171.
- GOLIAKOV: II, 391, 62.
- GOMARD, Bernhard: I, 308, 77; 308, 78
- GÓMEZ, Alfonso: I, 73, 150; 183, 2; 189, 28; 200, 64; 204, 77; 306, 72; 396, 232; 463, 11; 469, 35; 473, 57; 479, 91.
- GÓMEZ, Eusebio: I, 305, 69 bis; 405, 10; 423, 46; 424, 50; III, 429, 16; 439, 62; IV, 180, 223; 398, 288; 445, 102; V, 15, 22; 36, 74; 85, 3; 95, 26; 141, 156; 145, 168; 153, 192; 178, 261; 182, 282; 185, 295; 202, 327; 250, 404; 285, 27; 285, 28; 311, 76; 346, 155; 359, 184; 374, 228; 390, 279; 399, 289; 406, 305; 420, 327; 445, 404; 464, 28.
- GÓMEZ, Luis Fernando: II, 149, 228.
- GÓMEZ BUSTILLO: V, 166, 232.
- GÓMEZ GRILLO, Elío: I, 273, 292.
- GÓMEZ LÓPEZ, Orlando: III, 609, 86; IV, 135, 69; 140, 79; 146, 122 bis.
- GÓMEZ MORÁN, Luis: I, 224, 148.
- GÓMEZ de lo SERNA, Pedro: I, 354, 79; 355, 81; III, 155, 58; IV, 179, 219; 399, 295; 440, 76; V, 170, 235; 274, 12.
- GOMPERZ, Theodor: II, 24, 60; 26, 68; 26, 69; 32, 90; 33, 97; 37, 107.
- GONDRA: I, 215, 132.
- GONELLA, Guido: I, 386, 174.
- GONZÁLEZ, Florentino: I, 38, 44; 190, 31; 196, 52; V, 46, 124; 46, 126.
- GONZÁLEZ, Joaquín V.: I, 132, 23; 188, 18; V, 40, 91; 42, 100; 44, 119; 46, 127; 48, 139.
- GONZÁLEZ, Juan F.: I, 224, 148.
- GONZÁLEZ, Teodosio: I, 394, 220.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE: III, 534, 181.
- GONZÁLEZ CALDERÓN: I, 188, 18; 189, 26.
- GONZÁLEZ FERRER: III, 182, 54 bis.
- GONZÁLEZ MARISCAL, Olga: II, 316, 106; III, 20, 25; 72, 135.
- GONZÁLEZ MILLAN, Ángel: I, 451, 107; V, 152, 190; 205, 331.
- GONZÁLEZ NOVILLO, Jorge: V, 471, 43.
- GONZÁLEZ ROURA, Octavio: I, 186, 13; 189, 28; 224, 148; 433, 73; 463, 12; 469, 35; II, 160, 264; IV, 236, 3; 424, 52; V, 48, 142; 175, 241; 178, 262; 183, 286; 183, 287; 192, 308; 202, 328; 284, 26; 337, 132; 337, 133; 358, 180; 359, 181; 359, 185; 361, 190; 362, 193; 363, 198; 364, 204; 365, 205; 374, 226; 376, 232; 383, 268; 390, 279; 401, 291; 407, 306; 410, 312; 423, 335; 430, 348; 440, 388; 445, 407; 457, 14.
- GOODHART: I, 68, 136.
- GÖPPINGER, Hans: I, 268, 272; 273, 292.
- GORDON, David: I, 271, 286.
- GORDON, G. H.: I, 392, 206.
- GÖRRES, Albert: II, 438, 31.
- GORZ, André: III, 68, 113.
- GOTTI: IV, 266, 72.
- GÖTZ, Karl August: II, 277, 410.
- GOUIER, H. G.: II, 188, 91.
- GOUX, Jean-Joseph: II, 358, 222.
- GRAMAJO, Edgardo: III, 109, 28; 162, 77; IV, 281, 112.
- GRAMÁTICA, Filippo: II, 326, 134; 327, 137; III, 186, 66; IV, 31, 95; 42, 136.

- GRAS, Menene: II, 411, 127.
- GRATOWSKY, Eros Nascimento: III, 284, 65.
- GRAVEN, Jean: II, 79, 35; 89, 64; 123, 156; 327, 280; 320, 120; III, 319, III 131; 438, 383.
- GRAVEN, Philippe: I, 400, 274; V, 130, 131; 438, 383.
- GREGORI, Giorgio: III, 491, II; 493, 28; 495, 47.
- GREINWARD, Sigisberd: V, 96, 37.
- GRENE, Marjone: II, 339, 172; 348, 187
- GRETENER, Xavier: II, 244, 299; 245, 301; IV, 41, 131.
- GRETHLEIN, Gregory: I, 224, 148.
- GRIFFITHS, Arthur: II, 139, 200.
- GRIPPA, Jacques: II, 356, 216.
- GRISOLÍA, Francisco: III, 256, 99
- GRISPIGNI, Filippo: I, 60, 109; 201, 67; II, 230, 225; III, 53, 39; 536, 186; V, 317, 86; 317, 88.
- GROIZARD: IV, 399, 295; 440, 76; V, 34, 71; 170, 235; 256, 427; 260, 438; 263, 447; 274, 12; 453, 2.
- GROLMANN, Karl: von: I, 85, 192; 313, 93; II, 139, 202; III, 56, 97; 239, 38; IV, 39, 123.
- GROSS, Hans: I, 275, 296.
- GROSSMAN, Hans: III, 352, 230
- GROWE, Wilhem: I, 254, 232.
- GRÜNHUT, Max: II, 153, 248; III, 363, 22; 565, 21; IV, 38, 122; 43, 141; V, 157, 215; 325, 109.
- GRÜNWARD, Gerald: III, 405, 91; 459, 54; 475, 129; 477, 134; 544, 205; 549, 218; 549, 219; 549, 221; 549, 223.
- GUENON, René: II, 18, 36.
- GUERRA de VILLALAZ: III, 154, 56; 217, 97; 321, 125; 357, 256; 595, 31; IV, 467; 183; 560, 146.
- GUERRERO, José Luis: II, 161, 274.
- GUGLIELMI, Nilda: II, 47, 146.
- GUIMÓN: IV, 266, 78; 270, 84.
- GUIRAUD, A.: I, 401, 290.
- GULIAN, Constantine: II, 171, 17.
- GURTNER, Franz: II, 383, 43.
- GUTHRIE, W. K.: II, 52, 168.
- GUTIÉRREZ ANZOLA, Jorge: I, 384, 167.
- GUTIÉRREZ BAZALDÚA, Enrique: I, 273, 292.
- GUZMÁN, Eduardo de: IV, 151, 140.
- HAAG, Karl: V, 269, 4; 328, 113.
- HAEFTIGER: III, 533, 181.
- HAENSEL, Carl: I, 254, 232.
- HAFTER, Ernst: I, 115, 282; III, 56, 50; 300, 27; IV, 141, 90; 142, 95; 144, 117.
- HAHN, Gustau: III, 537, 184.
- HALEVY, Daniel: II, 277, 410.
- HALL, Jerome: I, 27, 8; 133, 28; 136, 43; 297, 48; II, 252, 322; III, 401, 71; 463, 75; 463, 77; IV, 248, 34.
- HALL, Karl Alfred: I, 117, 291; II, 157, 256; 323, 130; 393, 69; 445, 47; III, 196, 2; 196, 7; 334, 177.
- HALLERMANN: I, 230, 158; III, 548, 217; 552, 230.
- HÄLSCHNER, Hugo: I, 470, 40; 470, 41; II, 174, 28; 244, 293; III, 586, 3; IV, 14, 16; 115, 16.
- HANACK, Ernst Walter: III, 524, 152.
- HANNOVER, Heinrich: III, 620, 117.
- HAPPE, Günther: I, 225, 148.
- HARDWIG, Werner: III, 70, 120; 311, 71 ter; 364, 24; 451, 23; 477, 134; 536, 185; 541, 195; IV, 67, 225; 70, 236; 116, 21.
- HARRIS, Charles: II, 58, 188.
- HARSCH, Hellmuth: IV, 34, 106.
- HARTMANN, Nicolai: II, 255, 331; 352, 205; III, 44, 1; 65, 96; 298, 18; 468, 99.
- HARTMANN, Richard: II, 221, 213; III, 82, 162.
- HARTUNG, Frisz: III, 306, 57; 332, 170; 525, 160; 525, 161; 580, 67; IV, 83, 9; 86, 33.
- HASSEMER, Winfried: I, 157, 81; II, 12, 7; 335, 170; IV, 50, 164; 51, 176.
- HAUS, J. J.: I, 313, 91; 470, 45; IV, 438, 74; 438, 75.
- HAUSER, Arnold: I, 294, 38; II, 30, 83; 62, 200; 62, 203; 81, 42; 256, 334; 282.

- 433; 284, 439; 374, 22; 392, 67; 393, 71; 394, 77.
- HAZARD, John: II, 387, 47; 387, 50; 399, 85.
- HEATH, James: I, 133, 28.
- HEBERER, Gerhard: II, 203, 138.
- HEDAYATI, Mohamed Ali: I, 104, 248
- HEGEL: II, 447, 51; III, 21, 34; 248, 67; 586, 3.
- HEGERL, Friedrich: IV, 418, 24.
- HEGG, Hans Rudolph: V, 348, 160; 348, 161.
- HEGLER, August: III, 171, 8; 202, 36; 210, 71; 249, 76; 312, 76; 362, 2; 362, 6; IV, 23, 66.
- HEIDBREder, Edna: III, 103, 15
- HEIDEGGER: I, 28, 10; 29, 15; 30, 17; 30, 19; 31, 22; II, 39, 116; 47, 149; 150, 229; 159, 258; 284, 438; 286, 444; 296, 23; 296, 24; 311, 83; 339, 172; 339, 173; 343, 180; 344, 182; 350, 199; 352, 201; 353, 208; 253, 209; 353, 210; 354, 211; 393, 72; 425, 3; 431, 8; 431, 11; 434, 16; 437, 25; 439, 33; 441, 39; 443, 40, 446, 48; 448, 52; 452, 63; 454, 68; 456, 73; III, 44, 4; 54, 40 ter; 73, 140; IV, 31, 94; 93, 58; 429, 64; 437, 72 ter.
- HEINEMANN, Fritz: II, 349, 189.
- HEINITZ, Arnst: II, 237, 280; III, 56, 51; 228, 14; 420, 145; 545, 208; 564, 13; 566, 24; 616, 101; 629, 150; IV, 55, 187; V, 129, 122.
- HEINTSCHEL, Bernd von: III, 136, 1.
- HEINZ: I, 51, 90; 69, 139
- HEINZE, Carl Friedrich: III, 192, 88.
- HEINZE, Kurt: II, 278, 413.
- HEITZER, Heinrich: III, 580, 67; IV, 86, 33; 88, 38.
- HÉLIE, Faustin: I, 184, 7; 367, 119; II, 199, 124.
- HELLFED, August: I, 350, 73; 362, 104.
- HELLMER, Joachim: I, 221, 145; 225, 148; 230, 159; 231, 161.
- HENDERSON, Christopher: IV, 149, 133; 160, 168; 165, 181; 169, 191.
- HENKE, Hermann W.: III, 56, 47.
- HENKEL, Heinrich: III, 473, 124; 591, 23; IV, 45, 152; 46, 153; 46, 159; 71, 244; 72, 245; 91, 54; V, 26, 46.
- HENRIQUEZ, Enrique: III, 156, 61; 333, 175.
- HENTIG, Hans von: I, 54, 99; 189, 27; III, 55, 41; V, 98, 44; 121, 94; 122, 95.
- HERDEGEN, Edhard: IV, 189, 20.
- HERNÁNDEZ, A.: I, 101, 242; V, 123, 101.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: I, 278, 3; II, 180, 52; 185, 75; 284, 437.
- HERRER, Rüdiger: IV, 145, 119.
- HERRERA, Julio: I, 41, 57; 41, 58; 41, 61; 41, 64; 207, 93; 258, 241; 259, 243; 428, 64; 433, 76; 469, 38; II, 235, 273; 319, 116; III, 136, 1; 136, 4; 311, 73; 317, 102; 439, 62; 570, 35; 595, 31; 620, 120; 627, 144; 629, 155; IV, 238, 15; 248, 35; 274, 91; 379, 247; 400, 298; 414, 11; 521, 30; V, 30, 56; 44, 122; 65, 209; 70, 222; 77, 245; 151, 183; 164, 229; 176, 248; 182, 281; 187, 301; 231, 373; 232, 374; 248, 398; 277, 15; 277, 18; 278, 22; 363, 199; 379, 251; 380, 254; 383, 265; 405, 303; 433, 361; 434, 364; 436, 372; 448, 412; 448, 413; 448, 414; 459, 21.
- HERRERA, Lucio: III, 162, 77; 307, 60; 311, 73.
- HERRERA, Marcos A.: III, 518, 128; IV, 180, 223.
- HERRERA FIGUEROA, Miguel: I, 273, 292.
- HERRERA LASSO, Eduardo: III, 183, 59.
- HERMANN, Joachim: V, 99, 46; 100, 47.
- HERRMANN, Oskar: I, 104, 248.
- HERTZ, Eduard: II, 84, 48; III, 572, 40.
- HERZBERG: IV, 403, 303.
- HERZOG: I, 253, 229; 253, 232.
- HESS: III, 537, 184.
- HIESTAND, H.: III, 542, 198.
- HILDEGART: IV, 151, 140.
- HIMMLEREICH, Klaus: III, 591, 23.
- HIPPEL, Robert von: I, 61, 117; 69, 140; 184, 5; 192, 33; 197, 53; 230, 139; 239, 188; 239, 189; 336, 44; 340, 48; 340, 52; 341, 54; 345, 60; III, 91, 24; 300, 30; 302, 41; 309, 68; 328, 150; 331, 169;

- 343, 200; 343, 201; 347, 213; 363, 20; 426, 8; 460, 62; 522, 140; 524, 165; 575, 49; 599, 51; 624, 131; 653, 169; IV, 14, 15; 52, 183; 421, 38; 448, 116; 450, 126; 480, 220; 515, 10; 537, 60; V, 26, 42; 53, 154; 54, 161; 269, 5.
- HIPPOLITE, Jean: II, 171, 17.
- HIRANO: I, 398, 248.
- HIRSCH, Hans Joachim: III, 208, 60; 210, 71; 303, 46; 324, 136; 494, 42; 496, 49; 580, 67; 580, 74; IV, 88, 38; 88, 40.
- HIRSCHBERG, Rudolf: IV, 23, 68; 545, 87.
- HOEGEL, Hugo: I, 360, 96; 361, 99.
- HOFFMAN, Edouard: V, 96, 37.
- HOLMES: III, 99, 3; 401, 71.
- HOLST, von: I, 136, 43; 138, 48.
- HOLTZENDORFF, Franz von: I, 328, 28; 336, 44; II, 244, 293; IV, 115, 16; V, 157, 211.
- HOLZHAUSER, Heinz: II, 159, 261.
- HOMMEL, Karl Ferdinand: I, 39, 48; II, 101, 81; 102, 84; 102, 85.
- HONIG, Richard: II, 333, 162; III, 249, 80; 363, 22; 497, 59; 521, 137; IV, 420, 29; 560, 146; V, 398, 288.
- HÖNIGSWALD, R.: II, 302, 53.
- HOPPE, Gerhard: III, 493, 20; 493, 23; 495, 44; 501, 80.
- HORAS, Plácido Alberto: I, 224, 148; 273, 292.
- HORKHEIMER, Max: II, 256, 339; 330, 151; 331, 154.
- HORN, Eckhard: III, 444, 74; 444, 76; 444, 79; 445, 80.
- HORN, Hans Rudolf: III, 616, 101; V, 332, 118; 343, 151.
- HORN, Richard: III, 270, 18; 270, 20; 278, 54; IV, 559, 145; 564, 158; V, 180, 277.
- HORNSTEIN, Bernardo Luis: IV, 171, 202.
- HOROWITZ, Irving Louis: III, 119, 76.
- HORST: I, 104, 248; 254, 232.
- HORWITZ: I, 252, 228.
- HOWARD: III, 576, 57.
- HRUSCHKA, Joachim: II, 291, 7; III, 319, 114.
- HUACUJA y ZAMACONA, Manuel: III, 58, 67.
- HUB, Renate: III, 184, 61.
- HUBER, Bárbara: IV, 201, 42.
- HUBERNAGEL, Gerhard: I, 240, 194.
- HÜBNER, Alfred: I, 349, 70.
- HUECK, Alfred: III, 494, 38; 497, 63.
- HUESCA LAGUINES, Darío: IV, 151, 144.
- HUGUENEY, Louis: I, 203, 75; III, 319, III.
- HULSMAN, L. H.: II, 319, 118.
- HUNGRÍA, Nelson: I, 471, 48; 473, 59; 478, 86; III, 51, 31; 72, 138; 188, 75; 309, 68; 319, 112; 359, 268; IV, 418, 24.
- HUNT, H.: II, 115, 136.
- HURTADO POZO: I, 52, 92; 59, 107; 65, 127; 153, 80 bis; 157, 81 bis; 460, 3; 464, 15; 472, 53; 477, 77; 480, 95; III, 88, 16; 309, 69; 366, 49; 430, 25; IV, 25, 83; 538, 65; 539, 66.
- HURWITZ, Stephan: I, 267, 270; 308, 76; II, 237, 280; III, 110, 34; IV, 43, 140.
- HUSER, Klaus: V, 42, 107.
- HUSSERL, Gerhard: III, 186, 67.
- HUTH: V, 96, 37.
- HUTHER: III, 270, 21.
- IHERING, Rudolf von: I, 147, 61; 280, 6; 287, 18; 287, 19; 288, 20; II, 283, 435; 302, 57; III, 30, 64; 571, 38; IV, 115, 16; V, 42, 106.
- ILLIESCUS: III, 395, 51.
- IMPALLOMENI, Gian Battista: II, 73, 15; 229, 244; III, 140, 16 bis; 318, 104 bis; 429, 23; 441, 67; 641, 217; IV, 353, 167 bis; 477, 211 bis; 523, 34 bis; 524, 35; 524, 35 ter; V, 68, 218; 68, 219; 352, 172.
- INGENIEROS, José: I, 273, 292.
- IRURZUN: I, 273, 292; V, 155, 193.
- ISLAS, Olga: I, 383, 161; III, 12, 3; 48, 17; 93, 54; 209, 66; 246, 59; 258, 106; 295, 1.
- ITURBE, Octavio: V, 15, 22.
- ITZIGSOHN, José: IV, 164, 179.
- JACKSON, Don: III, 486, 2.

- JACKSON, Robert: I, 254, 232.
- JAEGER, Werner: II, 10, 5; 21, 50; 22, 53; 26, 68; 30, 84; 31, 86.
- JAGEMANN, Ludwing von: III, 197, 12; V, 157, 211.
- JÄGER, Herbert: I, 71, 147; II, 451, 61; IV, 317, 63.
- JAGUSCH, Heinrich: III, 309, 68; 354, 245; 355, 251;; 402, 78; 596, 37; 597, 44; 601, 61; V, 343, 150.
- JAHN, Gerhard: V, 155, 202.
- JAHN, Janheinz: IV, 202, 44.
- JAKOBS, Gunther: V, 307, 63.
- JANKA, Karl: IV, 116, 20.
- JANNBCONE, Constantino: I, 250, 222.
- JASPERS, Karl: I, 27, 9; 296, 47; II, 13, 10; 14, 18; 44, 136; 45, 140; 47, 149; 65, 212; 77, 27; 277, 410; 277, 411; 278, 413; 343, 180; 349, 194; 431, 10; 454, 70; IV, 35, 109; 127, 50; 131, 65; 149, 133; 161, 168; 161, 169; 165, 181; 168, 189; 169, 191; 169, 192; 170, 197; 171, 201; 265, 74.
- JAUCOURT: II, 124, 163.
- JELLINEK: I, 51, 89; 85, 189; II, 42, 127.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: I, 42, 66 ter; 49, 78; 57, 105; 59, 107; 70, 145; 77, 158; 78, 162; 79, 165; 80, 167; 83, 176; 86, 198; 115, 287; 127, 12; 139, 52; 151, 73; 201, 69; 202, 70; 203, 75; 214, 119; 237, 180; 245, 213; 253, 231; 255, 235; 256, 236; 283, 9; 297, 52; 298, 53; 299, 56; 301, 58; 304, 64; 309, 80; 310, 85; 388, 182; 388, 185; 459, 1; 474, 62; 477, 79; 486, 117; 490, 135; 495, 140; II, 237, 280; 243, 292; 438, 29; III, 15, 9; 20, 32; 31, 71; 32, 73; 52, 32; 56, 52; 59, 69; 70, 120; 99, 4; 101, 10; 111, 36; 111, 42; 114, 55; 115, 57; 115, 60; 116, 61; 122, 81; 137, 7; 178, 46; 178, 47; 186, 63; 186, 66 bis; 187, 73; 188, 79; 202, 35; 208, 55; 208, 62; 213, 83; 218, 98; 242, 44; 271, 33 bis; 272, 35; 285, 73; 292, 93; 295, 1; 296, 6; 298, 9; 298, 16; 300, 25; 304, 52; 306, 57; 307, 68; 314, 89; 315, 92; 325, 139; 328, 142; 328, 150; 328, 152; 331, 167; 331, 168; 331, 169; 332, 171; 334, 177; 338, 183; 338, 181; 347, 213; 348, 214; 348, 216 bis; 349, 217; 349, 218; 349, 219; 351, 226; 351, 227; 352, 232; 354, 243; 354, 244; 354, 245; 355, 247; 355, 251; 356, 253; 359, 268; 364, 24; 373, 74; 375, 78; 379, 89; 379, 95; 392, 35; 392, 36; 397, 60; 397, 63; 404, 85; 404, 86; 408, 97; 414, 110; 416, 123; 417, 127; 433, 39; 433, 41; 438, 58; 446, 82; 454, 35; 454, 36; 455, 39; 459, 52 bis; 460, 55; 464, 83; 467, 94; 468, 97; 469, 109; 471, 112; 471, 113; 475, 130; 477, 134; 494, 43; 495, 48; 498, 71; 504, 94; 507, 100; 508, 104; 509, 108; 521, 136; 521, 139; 522, 140; 522, 141; 523, 143; 523, 144; 523, 145; 525, 156; 526, 164; 527, 166; 561, 1; 567, 26; 569, 34; 574, 48; 575, 51; 575, 54; 576, 56; 580, 72; 588, 12; 588, 14; 590, 22; 594, 31; 595, 35; 596, 37; 596, 41; 597, 47; 598, 50; 599, 51; 599, 53; 600, 55; 600, 56; 803, 69; 603, 70; 604, 74; 605, 80; 614, 98; 618, 110; 619, 114; 624, 130; 630, 157; 634, 173; 635, 178; 635, 179; 637, 187; 637, 189; 638, 196; 638, 197; 638, 199; IV, TI, 9; 15, 17; 27, 86; 32, 98; 34, 105; 42, 135; 44, 150; 45, 151; 52, 182; 52, 183; 54, 186; 58, 197; 60, 208; 67, 225; 69, 229; 69, 230; 71, 242; 72, 249; 77, 258; 80, 265; 82, 1; 83, 3; 83, 9; 84, 10; 87, 35; 88, 39; 88, 43; 90, 47; 90, 52; 91, 54; 97, 65; 101, 72; 107, 85; 107, 86; 112, 11; 113, 14; 115, 16; 121, 33; 123, 37; 130, 57; 171, 200; 181, 230; 185, 8; 190, 22; 191, 26; 210, 61; 216, 73; 223, 87; 229, 104; 242, 21; 247, 26; 247, 27; 248, 28; 248, 30; 253, 49; 256, 60; 258, 61; 260, 64; 262, 67; 299, 15; 300, 19; 305, 40; 313, 55; 317, 63; 322, 75; 322, 80; 322, 83; 324, 87; 327, 89; 327, 94; 328, 99; 329, 101; 330, 106; 331, 111; 332, 113; 334, 118; 336, 127; 340, 139; 340, 141; 341, 148; 353, 169; 356, 177; 358, 184; 368, 214; 370, 222; 372, 233; 375, 237; 391, 262; 392, 265; 392, 266; 392, 268; 395, 279; 391, 281; 399, 296; 404, 305; 405, 308; 411, 3; 416, 16; 416, 18; 416, 19; 419, 26; 420, 33; 421, 37; 422, 39; 425, 54; 445, 98; 447, 114; 448, 117; 450, 127; 458, 164; 463, 178; 469, 194; 472, 204; 478, 212; 482, 226; 484, 230; 485, 234; 494, 263; 495, 268; 502, 285; 502, 286; 508, 310; 516, 14; 518, 20; 526, 39; 528, 43; 528, 45; 529, 47; 533, 55; 535, 57; 538, 64; 538, 65; 539, 66; 540, 67; 540, 68; 540, 70; 542, 73; 543, 80; 543, 81; 546, 91;

- 548, 95; 548, 98; 552, 115; 555, 119; 555, 20; 556, 124; 556, 128; 559, 144; 560, 146; 563, 157; 564, 160; 564, 162; 568, 168; V, 14, 11; 14, 12; 18, 26; 27, 49; 53, 153; 53, 154; 60, 199; 96, 37; 113, 70; 113, 72; 114, 74; 114, 75; 126, 117; 129, 127; 130, 131; 169, 234; 179, 268; 215, 348; 215, 351; 216, 354; 220, 358; 234, 377; 272, 10; 279, 23; 290, 46; 439, 384.
- JIMÉNEZ ASENJO, Enrique III, 591, 22 bis.
- JIMÉNEZ BRUNO, Daniel: I, 332, 34.
- JIMÉNEZ de ASÚA: I, 26, 3; 34, 101; 62, 125; 100, 234; 214, 124; 238, 183; 245, 206; 250, 221; 264, 258; 272, 291; 281, 7; 433, 73; 433, 75; 446, 99; 478, 90; 489, 131; II, 160, 262; 225, 227; 237, 280; 245, 302; 367, 3; III, 24, 52; 51, 26; 62, 87; 78, 156; 91, 21; 92, 36; 95, 60; 109, 25; 157, 68; 171, 8; 172, 12; 198, 22; 215, 90; 226, 9; 228, 15; 269, 13; 271, 30; 288, 84; 311, 73; 316, 96; 317, 100; 352, 230; 359, 268; 380, 97; 386, 9; 412, 103; 417, 127; 431, 35; 451, 23; 456, 88; 503, 90; 545, 208; 569, 31; 572, 40; 602, 64; 607, 84; 620, 118; 625, 138; 627, 145; 627, 146; 627, 147; 631, 162; IV, 17, 24; 86, 25; 234, 2; 353, 169; 451, 142; 467, 183; 516, 16; 516, 18; V, 15, 23; 58, 188; 317, 85.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano: III, 52, 33; 110, 31; 197, 17; 198, 22; 212, 77; 228, 15; 269, 12; 292, 93; IV, 345, 155; 441, 84.
- JIMÉNEZ MONTILLA, Arturo: I, 228, 152.
- JOFRÉ, Tomás: I, 191, 32; 193, 39; 242, 201; 306, 70; 469, 36; III, 647, 233; V, 63, 207; 285, 29; 233, 120; 233, 121; 337, 131; 360, 189; 405, 300; 405, 301; 405, 302; 432, 357; 432, 358; 432, 359; 433, 360; 434, 365.
- JOLIVET, Régis: II, 48, 151; 339, 172.
- JORDAN de ASSO, Ignacio: I, 352, 77; 353, 78.
- JORGE BARREIRO, Agustín: II, 320, 118.
- JOSINO do NASCIMENTO: III, 622, 127.
- JUÁREZ CIRINO dos SANTOS: III, 73, 139.
- JUÁREZ de OLIVEIRA: I, 394, 222.
- JUÁREZ, Tavares: III, 32, 72; 34, 80; 35, 80 bis; 72, 139; 121, 79; 296, 5; IV, 39, 123 bis.
- JÜNGER, F. G.: II, 277, 410.
- JYUN-HSYONG SU: II, 404, 102; 404, 103; 405, 104; 405, 108; 406, 109.
- KADECKA, Ferdinand: III, 365, 33; IV, 71, 240.
- KADISH, Sanford: I, 399, 251; III, 143, 22; 156, 62.
- KAFKA, Franz: II, 10, 4.
- KAHANE: III, 395, 51.
- KAISER, Günther: I, 74, 151; 271, 283; 271, 285; 272, 290; III, 402, 78.
- KALLWASS, Wolfgang: IV, 151, 144.
- KAMEN, Henry: II, 369, 7.
- KANT, Emanuelle: III, 509, 109; 585, 1; IV, 241, 18; V, 43, 115.
- KANTOROWICZ, Herrmann: II, 53, 172; IV, 23, 68; 71, 239; 118, 28; V, 54, 164.
- KARGER, von: I, 230, 158.
- KARP, Lian: II, 316, 106; III, 20, 25; 72, 135.
- KATZ, Edwin: I, 345, 61.
- KAUFMANN, Armin: I, 149, 68; II, 242, 287; 242, 288; 255, 330; 266, 373; 299, 39; III, 108, 20; 128, 95; 202, 38; 214, 85; 228, 12; 271, 33 bis; 277, 50; 281, 60; 311, 71 ter; 324, 138; 336, 181; 354, 242; 383, 1; 394, 45; 396, 57; 397, 60; 401, 72; 406, 92; 416, 122; 417, 127; 447, 1; 448 6; 448, 7; 450, 12; 450, 13; 452, 29; 454, 36; 456, 43; 456, 44; 456, 45; 458, 52; 459, 54; 460, 59; 460, 63; 473, 122; 475, 129; 477, 135; 479, 139; 503, 88; 505, 96; 506, 98; 568, 28; 568, 29; 580, 67; 639, 200; IV, 15, 19; 88, 38; 102, 75; 107, 90; 185, 5; 186, 11; 188, 18; 340, 137; 503, 289; 503, 291; 503, 292; 504, 297; V, 56, 181; 343, 151.
- KAUFMANN, Arthur: I, 304, 61; 304, 65; II, 12, 7; 299, 39; III, 87, 10; 87, 12; 115, 55; 116, 63; 176, 30; 210, 71; 324, 135; 405, 90; 417, 127; 446, 82; 494, 41; 580, 68; 624, 133; IV, 15, 19; 24, 77; 34, 106; 34, 107; 37, 115; 37, 116; 50, 175; 51, 177; 58, 198; 60, 210; 61, 212; 62, 216; 63, 218; 254, 51; V, 53, 154; 153, 194.

- KAUFMANN Hilde: I, 204, 75; 268, 273; 269, 274; 271, 286; II, 445, 42; IV, 38, 120; V, 27, 48; 154, 200; 155, 202.
- KAUFMANN, Walter: II, 13, 9; 167, 6; 167, 10; 168, 13; 171, 17.
- KAY: I, 230, 158.
- KELLER, Dieter: V, 96, 37.
- KELLER, Helen: IV, 161, 170.
- KELSEN, Hans: II, 36, 106; 191, 96; 258, 342; III, 448, 9; 503, 86.
- KELTING, Hans: IV, 131, 61.
- KEMPE, Theodor: II, 237, 280.
- KEMPERMANN, Eugen: III, 16, 12.
- KENT, Jorge: V, 149, 178; 412, 316.
- KERN, Eduard: I, 197, 53; III, 379, 91; 504, 99; 574, 47.
- KHAN, Rahmatulla: I, 297, 48.
- KIEFNER: III, 318, 105.
- KIENAPFEL,, Diethelm: I, 245, 212; III, 71, 130; 457, 48; 457, 51; 461, 66; 462, 71; 462, 73; 495, 46; 499, 75; 634, 173; IV, 299, 14.
- KIERKEGAARD: II, 440, 34.
- KINBERG, Olof: IV, 44, 146
- KIPPER, Eberhard: II, 151, 238; 152, 241.
- KITZINGER: III, 401, 70; 413, 109.
- KLAUS, Volk: I, 65, 128.
- KLEE, K.: III, 304, 50; IV, 118, 28.
- KLEIN, Ernst Ferdinand: III, 196, 7.
- KLEIN QUINTANA, Julio: III, 15, 11.
- KLEINSCHROD, Gallus Aloys: III, 442, 70; V, 349, 165.
- KLIMPEL, Felicitas: I, 273, 292.
- KLUG, Ulrich: I, 283, 9; III, 493, 18; 493, 19; 495, 48; 502, 82; IV, 560, 149; 565, 164.
- KLÜGMANN, Matthias: IV, 94, 61.
- KNAUS, Kurt: V, 122, 98; 128, 119.
- KNIERIEM, August: I, 254, 232.
- KNIGHT, James: IV, 131, 65.
- KNOCHE, Wolfgang: III, 270, 24.
- KOESTLER, Arthur: I, 318, 1; V, 97, 37; 98, 42.
- KOHL: I, 197, 53.
- KÖHLER, August: I, 197, 53; III, 328, 150; IV, 23, 65; 452, 145.
- KÖHLER, Josef: I, 320, 8; 331, 31; 349, 71; 350, 72; III, 269, 16.
- KÖHLER, K.: V, 96, 37.
- KOHLI, Ulrich: IV, 279, 110.
- KOHLHASS, Max: III, 524, 152.
- KOHLRAUSCH, Eduard: I, 117, 292; III, 417, 125; 536, 186; 612, 90; IV, 15, 19; 21, 46; 23, 64; 46, 159; 371, 226; 483, 229; 494, 265; V, 96, 37.
- KOLAKOWSKI: II, 285, 442; 357, 219; 398, 81.
- KOLLE, Kurt: III, 155, 57; IV, 133, 67; 149, 133; 151, 144; 161, 168; 168, 189; 169, 191; 169, 192; 169, 194; 171, 201.
- KÖLLER, August: III, 91, 26; 302, 39.
- KOLLMANN, Horst: II, 225, 228; III, 52, 35; 91, 26; 426, 5; IV, 43, 142; 59, 200.
- KOLZ, Harald: III, 441, 66.
- KONVITZ, Milton: I, 401, 276.
- KORN, Alejandro: II, 51, 162; 233, 262; 233, 263; III, 61, 80.
- KORN, Richard: I, 115, 286.
- KOSCH: IV, 548, 101.
- KOSCHORRECK, Walter: I, 349, 70.
- KÖSSING, Karl Gottlob: I, 39, 49.
- KÖSTLIN, Christian: I, 236, 176; II, 172, 23.
- KÖSTLIN, Reinholdt: III, 61, 78; 386, 3; IV, 115, 16.
- KOUPERNIK, Cyrile: V, 456, 8.
- KOURILSKI: II, 403, 97.
- KOZARY: II, 192, 97.
- KRAISELBURD, David: III, 436, 52; 443, 72.
- KRAUS, Herbert: I, 53, 97; 254, 232.
- KRAUSE, Dietmar: III, 468, 101.
- KRAUSE, Karl: II, 271, 384; III, 444, 75.
- KRATZCH, Dietrich: III, 591, 23.
- KREITLER: IV, 169, 191.
- KRETSCHMER: IV, 169, 192; V, 96, 37.
- KREUTZER, Paul: III, 314, 87.
- KRIEGSMANN, Hermann: IV, 21, 42; V, 177, 255.
- KRIES, August von: V, 53, 157.
- KROHNE: V, 157, 211.

- KRÖNING, Georg: I, 214, 122.
 KROPOTKIN: II, 408, 112; 410, 120.
 KRUG, August Otto: III, 358, 262; 448, 4; 453, 33; 468, 103.
 KRÜPELMANN: I, 238, 182; IV, 88, 42.
 KRYLENKO: II, 389, 54.
 KRYNSKI, Stanislaw: IV, 160, 165; 164, 180.
 KUCKUCK, Günther: III, 402, 78.
 KÜHL, Kristian: IV, 420, 32.
 KÜHLIG, Hel Hard: IV, 66, 223.
 KULG: I, 304, 64.
 KUMAR, Sushil: I, 297, 48.
 KUNERT, Karl: III, 285, 73; 347, 213.
 KUNNETH: V, 96, 37.
 KUNTER, Furallah: II, 237, 280.
 KÜPER, Wilfred: III, 261, 116; 334, 177.
 KURY: V, 470, 39.
 KÜSTER, Otto: I, 254, 232.
 KUTTNER, Stephen: III, 318, 106.
 KWIANTKOWSKI, Ernst: I, 360, 96.
 LABARDINI MÉNDEZ, Fernando: III, 17, 18.
 LACHANCE, Louis: II, 38, 113; 53, 172.
 LACHNER, Paul: V, 156, 207.
 LACHS: II, 253, 232.
 LACKNER, Karl: I, 212, 112; 225, 148; III, 446, 82; V, 129, 125.
 LACRETELLE, Pierre Louis: II, 140, 203.
 LAHEY: V, 97, 37; 98, 44; 99, 46.
 LAING, R. D. O.: IV, 168, 191; V, 456, 8.
 LAJE ANAYA, Justo: I, 238, 183; 449, 103; V, 15, 22.
 LALINDE ABADIA, Jesús: I, 351, 75; III, 641, 215.
 LAMBOIS, Claude: I, 255, 235.
 LAMPE, Ernst: III, 477, 133; 572, 40; 572, 41; 576, 56.
 LANDABURU, Laureano: III, 16, 14.
 LANDECHO, Carlos María de: II, 200, 130; 201, 131; 201, 133; 206, 150.
 LANDO, Juan Carlos: I, 224, 148.
 LANDROVE DÍAZ, Gerardo: II, 275, 407.
 LANFRANCO, Héctor: V, 249, 401; 250, 404; 252, 411; 252, 412; 253, 414; 254, 418; 255, 421.
 LANGE, Ernst Joachim: III, 309, 68.
 LANGE, Richard: II, 237, 280; III, 187, 70; 315, 93; 395, 52; 404, 84; 446, 83; 494, 32; 496, 54; 536, 183; 580, 68; 612, 90; IV, 38, 121; 46, 159; 290, 5; 320, 69; 321, 73; 345, 154; 371, 226; 483, 229.
 LANGELÜDDECKE, Albrecht: IV, 131, 65; 149, 133; 160, 168; 161, 170; 165, 181; 168, 191; 169, 192; 265, 74.
 LÁNG-HINRICHSEN, Dietrich: III, 176, 35; 210, 71; IV, 84, 11; 90, 49.
 LANGLE, Emilio: I, 152, 78.
 LANZA, Pietro: IV, 523, 34 bis.
 LANZA, Vincenzo: I, 319, 5; II, 275, 405; III, 429, 23.
 LAPLANCHE, J.: IV, 96, 64; 170, 197.
 LAPLAZA, Francisco: I, 101, 243; 446, 99; II, 89, 63; 98, 71; 134, 190; 235, 277; V, 118, 80.
 LA PORTA, Romualdo: III, 71, 127.
 LAPOUGE, Gilles: II, 249, 309.
 LAQUÍA: I, 205, 82.
 LARDIZABAL, Manuel de: I, 351, 74; 409, 21; II, 105, 103; III, 23, 38; 182, 56; 253, 97; 426, 8.
 LARENZ, Karl: I, 149, 67; II, 185, 74; 298, 35; III, 16, 13; 17, 17; 239, 36.
 LARENZ, Konrad: II, 217, 200.
 LARQUIER, Jean: III, 446, 85.
 LASCANO, David: I, 215, 132; V, 60, 196.
 LATAGLIATA, Angelo Rafael: III, 71, 127; IV, 290, 5; 290, 7; 320, 70; 331, 109; 334, 121; 481, 221; V, 348, 163; 352, 174.
 LAVASSEUR, George: II, 319, 118; III, 23, 45; V, 437, 377.
 LAZARFELD, Paul: I, 295, 39.
 LAZCANO, Carlos Alberto: I, 250, 220.
 LEARS, Kenneth: III, 551, 225.
 LÉAUTÉ, Jacques: III, 23, 45; V, 438, 381.

- LE BON, Gustavo: IV, 173, 206.
- LECKHAS, John: II, 221, 213.
- LELLERCO, Jacques: I, 33, 29.
- LEDERMANN, P.: II, 122, 156.
- LEEP, Aqnacc: II, 359, 232.
- LEFREURE, Henri: II, 277, 410.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: II, 185, 76; 261, 353.
- LEITE, Gervasio: IV, 204, 53.
- LEKSCHAS, Jot: IV, 36, 110; 44, 148; 66, 223; 66, 223 bis; 67, 224.
- LEMKE: IV, 160, 168; 165, 181; 168, 191; 169, 192.
- LEMKIN, Raphael: I, 254, 234.
- LENCKNER, Theodoro: III, 286, 79; 349, 218; 403, 80; 523, 143; 524, 150; 524, 152; 543, 202; 588, 13; 595, 35; 613, 93; 634, 173.
- LENZ, Adolf: I, 96, 223; IV, 42, 134; V, 177 256.
- LEÓN, Carlos: IV, 169, 191.
- LEONOV, M. A.: III, 68, 112
- LERCHENMÜLLER: V, 470, 39.
- LE SELLYER, Acille François: IV, 148, 130.
- LESS: IV, 322, 77; 357, 181.
- LEVAGGI, Abelardo: I, 404, 1; 404, 5; 405, 6.
- LEVENE (h.), Ricardo: I, 185, 8; 191, 32; 194, 41; 215, 132; 237, 179; 241, 197; 241, 198; 297, 53; 388, 185; 394, 218; 395, 229; 396, 234; 396, 236; 397, 237; 404, 1; 406, 10; 406, 11; 406, 16; 407, 17; 440, 96; 450, 103; III, 379, 92; 533, 181; IV, 145, 120; 416, 17; V, 60, 193.
- LEVI-STRAUSS, Claude: II, 257, 341; V, 102, 53.
- LEVITA, Carl: III, 586, 3.
- LEVITT, Albert: I, 251, 225.
- LEVY, Bernard H.: II, 358, 223; 425, 4.
- LEYRET, Henry: V, 313, 78.
- LEIBHARDT: III, 545, 208.
- LIEPMAN, M.: V, 96, 37.
- LILIENTHAL, Karl: IV, 43, 140.
- LIMA QUINTANA, Omar: I, 424, 50; 457, 114; V, 84, 1.
- LINARES: V, 123, 101; 123, 102.
- LINARES QUINTANA, Segundo: I, 42, 65; 198, 59; 199, 61; III, 14, 4.
- LIST, Johannes Fredericus: V, 96, 37.
- LISZT, Franz von: I, 119, 302; 150, 70; 197, 53; 288, 23; 350, 73; 381, 151; II, 226, 229; 236, 279; III, 32, 76; 41, 90; 56, 49; 77, 152; 78, 156; 79, 160; 91, 22; 101, 11; 111, 37; 170, 5; 198, 19; 249, 71; 249, 75; 275, 46; 328, 146; 331, 169; 450, 19; 500, 76; 522, 140; 562, 3; 565, 14; 582, 80; 612, 92; 634, 170; IV, 14, 15; 19, 30; 19, 31; 23, 59; 23, 67; 42, 134; 46, 156; 421, 35; 448, 116; 451, 132; 483, 229; 537, 60; 550, 110; V, 12, 1; 13, 2; 13, 3; 26, 43; 177, 254; 317, 89.
- LIVINSTONE, Edouard: I, 314, 94; 371, 127; 372, 132; II, 116, 139; IV, 204, 55; 237, 7; 273, 90; 441, 86; V, 143, 161.
- LLUESMA URANGA, Estanislao: III, 156, 65.
- LÖBSACK, Theo: III, 532, 178.
- LOEGE, M.: V, 96, 37.
- LOENIO, Richard: IV, 53, 184; 54, 186.
- LÖFFLER, Alexander: I, 203, 75; III, 352, 229; 358, 260; 359, 268; 426, 6; 571, 39; IV, 19, 32.
- LOHBERGER, Ingram Karl: III, 189, 82
- LOHMANN, Friedrich: II, 94, 69 bis.
- LOMBERG, Robert von: IV, 181, 229.
- LOMBROSO: II, 205, 144; 205, 147; 206, 149; 206, 151; 216, 199; 224, 221; 227, 237
- LOMBROSO FERRERO, Gina: II, 200, 129.
- LONGHI, Silvio: I, 98, 227.
- LOOSE, W.: IV, 36, 110; 44, 148.
- LÓPEZ, Daniel: I, 399, 251.
- LÓPEZ, Ibor: IV, 152, 144.
- LÓPEZ, Lucio: I, 36, 36; 188, 18.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo: IV, 85, 24.
- LÓPEZ BOLADO, Jorge: III, 544, 206.
- LÓPEZ LASTRA, Julio: I, 446, 99; 450, 103; V, 81, 250; 81, 251; 81, 252.

- LÓPEZ MORILLOS, Juan: II, 268, 377.
 LÓPEZ REY, Manuel: I, 273, 292; IV, 203, 48.,
 LÓPEZ REY Y ARROJO: I, 397, 239; III, 627, 148.
 LÓPEZ RÍOCEREZO: I, 224, 148.
 LORENZ, Max: V, 24, 39; 24, 40; 26, 43.
 LORENZO: V, 322, 103.
 LO RUSSO, Giuditta: V, 457, 12.
 LOVE, Adolf: III, 404, 84.
 LOZANO, Juan: V, 77, 241.
 LÖWE, Ewald: I, 197, 53.
 LÖWEN HEIM, Ulrich: III, 328, 147.
 LOWENSTEIN, Steven: I, 400, 274.
 LOWIEH: V, 96, 37.
 LOWITH, Karl: II, 171, 17; 277, 410.
 LUBAC, Henri de: II, 359, 232.
 LUCAS, Herrman: II, 115, 137; IV, 14, 16; V, 96, 37.
 LUCCHINI, Luigi: II, 227, 238; 227, 239.
 LUDEN, Heinrich: III, 91, 20; 196, 4; 196, 6; 197, 11; 447, 3; 468, 103.
 LUDER, Italo: I, 42, 66; 201, 65; 201, 66; 201, 68; 205, 83; 208, 96; 209, 100; II, 445, 42; V, 152, 189; 199, 324.
 LÜDERSSEN: IV, 356, 177; 358, 185.
 LUDOVIC BIRÓ: IV, 44, 148.
 LUGON, C.: I, 405, 9.
 LUNA, Antonio: I, 410, 23
 LUISI, LUIS: III, 66, 100; 72, 139; 366, 47; 366, 48; 394, 42; 395, 54; 409, 99; 482, 144.
 LUIZ DORIA: III, 430, 25.
 LUSTKLANDL, W.: II, 103, 87.
 LUYPEN: I, 137, 47; II, 73, 16; 154, 249.
 LUZÓN PEÑA, Diego: III, 275, 45; 469, 108 bis; 589, 19; 596, 39; 597, 45; 597, 46; 598, 48; 599, 52; 599, 54; 601, 60; IV, 243, 23; V, 309, 71.
 LYNKENS, Joseph: I, 70, 144.
 LYRA, Roberto: I, 83, 175; 375, 137; 461, 4; 462, 8; 469, 33; II, 180, 54; 183, 66; 227, 234; 272, 391, 295, 22.
 MAASBURG, Friedrich von: I, 360, 96.
 MACEDO, Miguel: I, 331, 31.
 MAC DONALD: IV, 161, 168; 165, 181.
 MACHADO BANDEIRA de MELLO: III, 60, 73.
 MACHADO NETO, Zahide: I, 375, 137.
 MACHORRO, Ignacio: V, 150 179.
 MAC IVER, Robert: III, 118, 71; IV, 162, 173; V, 102, 52.
 MACKENZIE, WAN: I, 152, 75.
 MAC LEAN, Jan: I, 401 284
 MAESTRO, Marcello: II, 90, 65.
 MAGALHAES, NORONHA: III, 264, 3; 430, 25; IV, 418, 24; 515, 14.
 MAGGIORE, Giuseppe: I, 24, 1; 49, 84; 61, 122; 202, 71; 237, 279; 255, 236; 489, 127; 489, 130; II, 181, 54; 182, 61; 259, 346; III, 110, 33; 586, 6; 598, 50; IV, 16, 22; 434, 70.
 MAGNASCO, Osvaldo: II, 199, 125.
 MAHLING: III, 533, 181.
 MÄHNZ, Geor: III, 270, 24.
 MAINHOFER, Werner: II, 298, 33; 299, 39; 345, 184; 346, 185; 350, 200; 453, 66; III, 70, 120; III, 36; III 42; 114, 55; 116, 64; IV, 504, 294.
 MAINARD, Horacio L.: I, 210, 103; 210, 105.
 MAINEZ PUENTE: IV, 199, 40.
 MAIWALD, Manfred: III, 184, 61; IV, 13, 14; 529, 48.
 MAJNO, Luigi: III, 641, 216; IV, 381, 248; 382, 252; 382, 254; 522, 33; V, 274, 12; 391, 280.
 MALAGARRIGA, Carlos: I, 306, 72; III, 439, 62; IV, 236, 3; V, 30, 60; 36, 74; 95, 26; 137, 147; 151, 181; 151, 185; 178, 264; 202, 327; 263, 449; 284, 26; 337, 134; 383, 263; 399, 289; 420, 327; 440, 389.
 MALAMUD GOTI, Jaime: I, 149, 69; III, 46, 9 ter; 57, 63 bis; 178, 43; 226, 10; 237, 29; 242, 42; 243, 45; 275, 45; 275, 48; 384, 4; 386, 12; 388, 19; 394, 42; 396, 56; 397, 64; 400, 67; 402, 75; 402, 77; 403, 83; 416, 123; 422, 153; 583, 86; 597, 44; 600, 56; IV, 17, 27; 50, 172; 68, 227; 241, 20; 353, 169.

- MALANIUK, Wilhem: I, 197, 55; III, 365, 32.
- MALDONADO, Horacio: IV, 135, 69.
- MALINOWSKI, Bronislaw: I, 320, 6; IV, 89, 44.
- MALINVERNI, Alexandre: III, 380, 100; V, 123, 100.
- MALLO, Marió: III, 157, 69; V, 202, 328.
- MALO CAMACHO, Gustavo: I, 202, 73; 203, 75; IV, 458, 166.
- MALONE DUMAS: II, 114, 134; 115, 136.
- MAMPEL, Siegfried: II, 403, 96.
- MANCI, Filippo: III, 140, 16 bis.
- MANIGOT, Marcelo: V, 36, 74.
- MANNHEIM, H.: I, 268, 272.
- MANTOVANI, Fernando: III, 17, 18; 52, 33; 53, 39; 55, 43; 56, 58; 264, 4; 283, 61; 284, 65; 287, 82; 357, 259; 429, 25; 590, 22; 596, 37; 599, 51; IV, 59, 199; 493, 260 bis; 528, 42 bis; V, 55, 173
- MANUEL Y RODRIGUEZ, Miguel de: I, 352, 77; 353, 78.
- MANUPELLA, Giacundo: II, 88, 60.
- MANZANO, Juan: I, 404, 1.
- MANZINI, Vincenzo: I, 34, 31; 61, 118; 193, 36; 195, 45; 216, 134; 245, 207; 326, 26; 489, 129; II, 260, 348; 260, 350; 260, 351; III, 46, 9; 55, 41; 56, 56; 264, 2; 269, 12; 441, 67; 551, 227; IV, 172, 205; 543, 79; V, 75, 238
- MARANTE, Raúl: V, 114, 73.
- MARAT, J. P.: II, 94, 69 bis.
- MARCEL: II, 67, 218; 425, 2.
- MARCETUS, Karl: IV, 24, 72
- MARCIC, René: II, 422, 1.
- MARCO del PONT: I, 203, 75; 207, 95; V, 143, 161.
- MARCUSE, Herbert: I, 286, 16; 294, 37; II, 100, 76; 125, 168; 127, 180; 167, 8; 170, 15; 179, 50; 185, 77; 256, 337; 261, 352; 279, 418; 283, 436; 316, 103; 316, 105; 328, 39; 328, 140; 329, 142; 329, 145; 331, 153; 335, 171; 394, 75; 411, 126; 445, 45
- MARIAS, Julián: II, 14, 14; 26, 67; 43, 132; 71, 6; 349, 187; III, 44, 2; IV, 248, 32.
- MARINUCCI, Giorgio: III, 130, 106; 396, 55.
- MARITAIN, Jacques: II, 255, 333; 256, 336; 293, 14; 293, 15; 294, 21
- MARQUARDT, Eduardo: III, 39, 81; 62, 87; 109, 26; 110, 30; 122, 85; 258, 105; 307, 60.
- MARQUARDT, Hellmuth: I, 115, 281; III, 431, 31; IV, 17, 23.
- MARQUES, José Frederico: IV, 480, 220; V, 23, 33; 23, 34.
- MARQUEZ MIRANDA, Anfbal: I, 36, 36.
- MARROW, Henry: II, 46, 144.
- MARSICH, Piero: I, 203, 75.
- MARTIN, Christoph: III, 56, 47.
- MARTIN, Ludwing: III, 394, 45; 403, 78.
- MARTÍN GARCÍA, Alicia: V, 156, 209
- MARTÍNEZ, José Agustín: I, 224, 148; II, 53, 171; III, 56, 46; V, 122, 97.
- MARTÍNEZ, Stella Maris: III, 547, 212.
- MARTÍNEZ, Víctor: IV, 205, 56 bis
- MARTÍNEZ ESTRADA, Ezequiel: II, 19, 41; 277, 410.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Ildelfonso: I, 211, 110; 213, 114; 214, 126; 215, 130; 215, 133; 218, 136.
- MARTÍNEZ PAZ, Enrique: I, 446, 99
- MARTÍNEZ VAL, José M.: II, 10, 3.
- MARTÍNEZ de ZAMORA: V, 348, 164
- MARTY, Dick: I, 76, 157; V, 99, 46; 100, 47; 271, 8.
- MARX, Michel: I, 52, 93; II, 304, 61; 359, 232; III, 239, 35; 242, 43; 242, 44; 243, 46; 248, 67; 249, 72; 249, 79.
- MARX, Karl: II, 287, 448.
- MASAVEAU, Jaime: II, 198, 118.
- MASSARI, Eduardo: III, 92, 43; 264, 2; IV, 354, 174; 356, 179.
- MASSI, Alfredo: I, 440, 95; 168, 233; 197, 318; 406, 305; 410, 314.
- MASSON-OURSEL, Paul: II, 18, 36.

- MATEI BASARAP: IV, 44, 148.
- MATHÓ RAGUSCI: I, 203, 75.
- MATIENZO, José Nicolás: I, 422, 45.
- MATTEOTTI, Giacomo: V, 343, 149; 352, 173.
- MATTES: I, 237, 180; 238, 181; 242, 200; 446, 99.
- MATTUTAT, Heinrich: IV, 237, 4.
- MAUCH-MAUCH: V, 154, 199.
- MAUDSLEY: IV, 150, 138; 150, 139; 152, 145; 153, 149.
- MAULANA, Abdul Kalam Azad: II, 15, 18.
- MAURACH, Reinhart: II, 142, 66 ter; 65, 129; 66, 132; 77, 159; 79, 165; 80, 166; 80, 169; 86, 199; 112, 275; 115, 287; 124, 2; 201, 69; 214, 118; 231, 162; 244, 203; 245, 209; 254, 232; 255, 236; 483, 109; 487, 120; 495, 141; II, 390, 60; 399, 85; III, 20, 32; 21, 35; 42, 94; 42, 99; 52, 32; 56, 52; 70, 123; 75, 142; 79, 158; 107, 17 bis; 111, 36; 120, 77; 176, 28; 190, 84; 213, 83; 217, 96; 225, 5; 229, 20; 246, 62; 256, 103; 259, 107; 266, 6 bis; 267, 7; 272, 35; 285, 73; 295, 1; 296, 2; 296, 5; 296, 6; 298, 13; 305, 57; 306, 57; 309, 68; 314, 89; 315, 92; 315, 94; 316, 95; 318, 103; 319, 109; 328, 150; 328, 152; 329, 159; 331, 167; 331, 168; 332, 170; 334, 176; 334, 177; 338, 184; 343, 200; 348, 216 bis; 359, 268; 364, 24; 367, 51; 373, 71; 375, 78; 379, 94; 394, 42; 394, 45; 397, 60; 403, 78; 415, 118; 416, 122; 421, 150; 433, 41; 438, 58; 446, 82; 450, 20; 455, 39; 456, 42; 468, 47; 469, 107; 471, 112; 475, 129; 475, 130; 500, 76; 504, 93; 507, 100; 509, 108; 516, 126; 519, 130; 519, 133; 522, 140; 523, 142; 523, 144; 524, 154; 536, 185; 536, 188; 543, 203; 509, 30; 569, 33; 575, 50; 575, 51; 579, 63; 580, 67; 583, 81; 583, 83; 595, 35; 596, 37; 612, 91; 624, 134; 627, 143; 629, 152; 634, 74; 637, 193; 638, 197; IV, 15, 17; 24, 72; 25, 84; 27, 86; 27, 29; 34, 105; 58, 199; 69, 233; 78, 261; 78, 262; 83, 3; 83, 5; 84, 10; 84, 12; 87, 34; 88, 39; 88, 41; 100, 69; 101, 71; 101, 72; 115, 16; 115, 17; 158, 162; 158, 163; 158, 164; 182, 233; 182, 234; 185, 6; 187, 14; 191, 27; 196, 34; 208, 54; 222, 82; 223, 83; 223, 87; 246, 24; 251, 37; 251, 40; 252, 43; 255, 55; 298, 12; 300, 18; 300, 19; 301, 21; 302, 26; 302, 27; 305, 40; 313, 54; 317, 61; 320, 70; 322, 74; 322, 76; 322, 81; 324, 86; 327, 91; 328, 100; 330, 106; 336, 126; 336, 127; 338, 133; 339, 135; 348, 163; 353, 166; 353, 169; 354, 175; 358, 184; 364, 203; 367, 212; 368, 213; 371, 225; 371, 226; 371, 228; 375, 237; 391, 262; 393, 270; 393, 271; 394, 273; 394, 275; 394, 277; 395, 278; 405, 308; 417, 20; 425, 54; 434, 69; 449, 120, 449, 124; 457, 161; 458, 165; 462, 177; 470, 194; 472, 204; 478, 214; 482, 226; 483, 229; 494, 264; 495, 267; 502, 285; 502, 286; 504, 294; 515, 9; 516, 17; 529, 47; 533, 55; 537, 60; 537, 61; 548, 100; 548, 103; 554, 117; 556, 127; 557, 131; 558, 135; 559, 143; 560, 146; 561, 153; 567, 167; 568, 170; V, 18, 26; 27, 47; 53, 154; 96, 37; 318, 91; 319, 96; 331, 115; 348, 162; 459, 385.
- MAUROIS, André: II, 84, 48.
- MAXWELL, J.: II, 208, 163.
- MAYER, Hellmuth: I, 26, 5; 49, 82; 49, 83; 86, 199; 238, 183; 474, 62; II, 185, 80; 185, 81; 186, 82; 186, 88; 291, 7; III, 20, 38; 26, 57; 56, 52; 70, 120; 76, 143; 175, 23; 176, 29; 201, 31; 207, 52; 225, 5; 292, 93; 299, 22; 328, 150; 331, 169; 332, 171; 353, 237; 365, 37; 394, 46; 420, 148; 430, 30; 433, 40; 438, 58; 446, 84; 465, 84; 477, 133; 492, 14; 496, 56; 497, 65; 498, 66; 522, 140; 524, 150; 536, 185; 579, 63; 588, 13; 597, 47; 624, 133; 634, 171; IV, 58, 197; 59, 203; 62, 215; 71, 237; 71, 238; 83, 7; 115, 16; 116, 18; 182, 233; 189, 21; 262, 70; 322, 75; 329, 103; 340, 138; 357, 181; 371, 227; 373, 235; 391, 262; 410, 1; 417, 20; 422, 40; 445, 100; 469, 194; 482, 226; 482, 227; 484, 230; 490, 247; 515, 11; 516, 17; 542, 75; 560, 146; V, 93, 154.
- MAYER, Max Ernst: I, 60, 116; 77, 160; 237, 178; 307, 73; II, 309, 72; 309, 73; 309, 74; 309, 75; 310, 76; III, 41, 90; 45, 5; 52, 32; 56, 49; 92, 28; 94, 57; 137, 7; 199, 25; 210, 71; 213, 80; 213, 81; 228, 13; 269, 17; 270, 23; 285, 70; 362, 3; 362, 7; 380, 96; 450, 17; 451, 22; 539, 190; 565, 15; 594, 31; 596, 40; IV, 20, 38; 23, 60; 23, 70; 59, 204; 60, 206; 117, 24; 357, 180; 421, 35; 451,

- 136; 514, 6; 515, 7; 535, 56; 550, 108; 550, 110; 558, 135; 559, 149; 564, 159; V, 13, 6; 14, 7; 14, 8; 19, 27; 19, 28; 53, 159; 318, 93.
- MAYER NALY, Theo: III, 318, 104.
- MAZZOLA, Enrico: II, 177, 41.
- MC CORD, Joan: IV, 151, 144.
- MC CORD, William: IV, 151, 144.
- MC CORKLE, Lloyd: I, 115, 286.
- MC NEIL, John: II, 384, 44.
- MEAD, Margaret: IV, 89, 44.
- MEDEIROS PRADE, Pericles Luis, I, 395, 224.
- MEDINA Y ORMAECHEA, Antonio de: I, 314, 95; 373, 135; 383, 160; 383, 163; 414, 35; IV, 204, 56.
- MEDIZ BOLIO, Antonio: II, 19, 43.
- MEDRANO OSSIO, José: I, 382, 152; III, 110, 31; 319, 111; IV, 203, 48.
- MEHRING, Kurt: I, 661, 102; V, 96, 37.
- MEININGEN: V, 96, 37; 97, 37.
- MELLOC, Alec: I, 188, 21.
- MELO FREIRE, Pascoal José de: II, III; IV, 213, 341.
- MELO ALMADA, Celio de: III, 597, 47.
- MELUP, M.: IV, 152, 144.
- MELZER, Michel: II, 320, 118.
- MENDAÑA, Ricardo: V, 407, 307; 413, 320; 414, 324.
- MENDOZA, José Rafael: I, 87, 199; 183, 2; 214, 124; 273, 292; 298, 53; III, 93, 53; 110, 31; 138, 11; 138, 12; 199, 22; 646, 225; IV, 25, 83; 478, 216; V, 24, 36.
- MENDOZA ARÉVALO: III, 615, 99.
- MENTHON, Francis de: I, 253, 232.
- MENZEL, Adolf: II, 24, 61; 26, 69; 26, 70; 27, 72; 28, 75; 29, 77; 29, 79; 29, 81; 35, 102; 38, 110; 409, 115.
- MERCADER, Amílcar: V, 60, 196.
- MERGEN, Armand: I, 86, 195; III, 571, 76; V, 96, 37.
- MERKEL, Adolf: I, 193, 34; 214, 117; 487, 125; 244, 298; III, 20, 30; 31, 67; 197, 15; 208, 57; 468, 103; 572, 40; IV, 20, 37; 116, 80; 558, 139; 559, 141; V, 326, 112.
- MERKEL, Rudolf: III, 590, 20.
- MERLE, Roger: II, 320, 118; III, 24, 46; 503, 90; 575, 49; V, 438, 379; 446, 410.
- MESSNER, Johannes: II, 55, 177; 57, 186; 79, 34; 80, 38; 150, 229; 180, 51; 183, 68; 292, 9; 293, 16; 315, 101; 350, 201.
- MESTIERI, João: III, 72, 139.
- MESTRE, Aquiles: III, 56, 44.
- METZ: II, 360, 236.
- MEYER, Hugo: I, 96, 223; 197, 53; II, 244, 293; III, 20, 27; IV, 451, 131; 451, 138; V, 25, 36.
- MEZGER, Edmund: I, 49, 80; 106, 253; 200, 63; 214, 119; 290, 28; 294, 53; 477, 77; 486, 118; II, 312, 90; 369, 5; III, 29, 32; 27, 62; 41, 89; 44, 3; 52, 32; 63, 90; 69, 119; 70, 120; 76, 143; 76, 145; 78, 156; 91, 27; 101, 8; 101, 11; 102, 13; 137, 7; 176, 36; 201, 33; 201, 34; 208, 56; 208, 61; 210, 71; 210, 72; 223, 3; 249, 78; 256, 101; 259, 107; 271, 28; 275, 46; 284, 68; 285, 71; 292, 93; 300, 27; 303, 44; 304, 51; 309, 68; 311, 74; 311, 75; 312, 77; 314, 85; 328, 150; 338, 185; 304, 193; 348, 216; 351, 226; 352, 230; 355, 250; 355, 251; 356, 253; 358, 262; 359, 268; 363, 12; 363, 13; 363, 15; 367, 52; 368, 57; 370, 61; 373, 73; 379, 89; 392, 36; 397, 60; 404, 84; 413, 108; 415, 117; 418, 132; 418, 133; 418, 135; 425, 4; 438, 58; 451, 21; 451, 23; 456, 40; 494, 31; 508, 105; 519, 134; 522, 140; 523, 144; 523, 148; 524, 153; 526, 164; 533, 181; 541, 196; 543, 204; 565, 22; 580, 68; 581, 76; 583, 84; 587, 10; 595, 35; 605, 81; 612, 91; 616, 101; 616, 104; 617, 109; 628, 148; 629, 159; 634, 170; IV, 11, 8; 24, 72; 24, 73; 46, 157; 46, 159; 52, 181; 52, 183; 56, 190; 57, 191; 57, 192; 57, 193; 57, 195; 63, 217; 84, 13; 185, 9; 301, 25; 334, 120; 371, 226; 403, 302; 425, 56; 425, 57; 435, 71; 462, 177; 475, 208; 480, 220; 495, 267; 515, 8; 537, 60; V, 14, 9; 14, 10; 318, 92.
- MICHAELOWA, Klaus: III, 451, 25.
- MICHAUX, León: IV, 165, 181; 171, 201.
- MIDDENDORF, Wolf: I, 224, 148; 268, 272.

- MIEHE, Olaf: I, 225, 148.
 MIELKE, Fred: I, 254, 232; II, 62, 198.
 MIETSCHERLICH, Alexander: I, 254, 232.
 MIGLIORLI, Carlo: II, 237, 280.
 MIGNET: II, 115, 136; 117, 141.
 MIGUEL, Benjamín: I, 382, 153; III, 110, 31.
 MIGUELEZ DOMÍNGUEZ: III, 251, 91.
 MILILLO, Doménico: I, 112, 272.
 MILLÁN, Alberto: I, 263, 257; 440, 95; 483, 103; 483, 105; 485, 114; III, 188, 80.
 MILNER, Alan: I, 402, 295.
 MINERUINI, G.: IV, 152, 144
 MIRANDA NAÓN, C.: II, 233, 266.
 MIRA Y LÓPEZ, Emilio: I, 270, 278; 275, 297; IV, 136, 71.
 MIRICKA, August: III, 634, 170.
 MIRÓ CARDONA, José: I, 397, 239.
 MIR PUIG, Santiago: III, 133, 113; 134, 114; IV, 50, 173 bis; V, 343, 152.
 MITSCHERLICH: II, 62, 198.
 MITTASCH, Hellmut: II, 242, 287; 243, 290; 267, 374; III, 116, 62.
 MITTELBACH, Hans: III, 403, 78; V, 177, 257.
 MITTERMAIER, C. J.: V, 96, 37
 MITTERMAIER, Wolfgang: I, 203, 75; III, 197, 14; IV, 21, 19; 451, 134.
 MITTLESTADT, Otto: I, 70, 143; II, 221, 214.
 MIYAZAWA, Koichi: I, 322, 12.
 MOHLER, Marcus: III, 461, 66.
 MOLESCHOTT: II, 200, 127.
 MOLINA, Emilio: III, 439, 62.
 MOLINARIO, Alberto D.: I, 424, 51; V, 319, 97.
 MOLINARIO, Alfredo: II, 235, 275; III, 307, 60; V, 122, 98; 145, 172; 431, 351; 440, 391; 440, 392.
 MOLMENTI, Mario: IV, 480, 217.
 MOMMSEN, Theodor: I, 336, 44; 340, 49; 340, 50.
 MONDÍN: II, 360, 234.
 MONDOLFO, Rodolfo: II, 23, 56; 24, 58; 36, 106 bis; 41, 122; 79, 36; 93, 69; 105, 102; 285, 442; 356, 217.
 MONESTIER, André: II, 359, 232.
 MONTALBANO, G.: II, 182, 65; 276, 407; III, 155, 58.
 MONTEALEGRE, Hernán: II, 397, 80.
 MONTES, Jerónimo: I, 87, 203; II, 250, 315; 298, 90; IV, 36, 112; 47, 163.
 MONTES de OCA: I, 40, 54; 188, 18; II, 234, 269; V, 41, 97; 43, 110; 43, 111; 44, 116; 44, 119; 468, 32.
 MONTESQUIEU: III, 253, 96.
 MOOR, Julius: II, 301, 48.
 MOORE, E. H.: II, 115, 136.
 MORAS MOM, Jorge: I, 273, 292; III, 518, 128; 530, 176.
 MORALES COELLO: I, 273, 292.
 MÖRDER, Heinz: III, 495, 45.
 MOREAU, J.: II, 37, 107.
 MOREL: IV, 150, 137.
 MORENO, Antonio: I, 224, 148.
 MORENO (h), Rodolfo: I, 185, 12; 207, 94; 219, 138; 306, 71; 405, 10; 420, 41; 423, 48; 427, 60; 430, 69; 430, 70; 464, 18; III, 144, 23; 145, 27; 620, 120; IV, 276, 98; 378, 246; 381, 251; 384, 260; 389, 261; 414, 12; 440, 79; V, 48, 138; 52, 150; 60, 192; 95, 34; 95, 36; 144, 167; 162, 226; 163, 227; 220, 357; 228, 366; 374, 225; 379, 253; 383, 267; 471, 43.
 MORENO HERNÁNDEZ, Moisés: I, 331, 31; III, 69, 116; 72, 136; 119, 73; 119, 74; 126, 92; 128, 98.
 MORRIS: III, 576, 57; V, 122, 95.
 MORTON, A. L.: II, 413, 136.
 MOSS, Reinhard: I, 360, 96; 461, 99; 361, 101; II, 237, 280; III, 71, 130; 249, 73.
 MOSSE, Georg: II, 278, 413; 383, 39.
 MOUTON, Eugenio: I, 189, 24.
 MOUYARDT de VOUGLANS, Pierre: III, 45, 4 bis; 179, 50 bis; 247, 64; 309, 67; 318, 107 bis; 357, 257; 357, 258; 387, 17; 421, 152; 425, 3 bis; 463, 74; 592, 25 bis; IV, 272, 85; 413, 6 bis.
 MOYANO, Juan Agustín: V, 250, 402; 251, 405; ;251, 407.

- MOYANO GACITÚA, Cornelio: II, 160, 265; 234, 270; 234, 271; III, 323, 132; 417, 125; V, 95, 36.
- MUELLER, Fil: I, 270, 278.
- MUELLER, Gerhard: I, 54, 98; 117, 293; III, 417, 127.
- MÜLLER, Dietz Heinz: I, 51, 90; 69, 139; III, 181, 52; IV, 52, 180; V, 155, 202; 156, 206.
- MÜLLER, Fritz: III, 402, 78.
- MÜLLER, Max Ludwig: III, 270, 19; 270, 25; IV, 445, 102; V, 97, 37.
- MÜLLER, Moriz: V, 96, 37.
- MÜLLER, Wilibald: II, 103, 87.
- MUMFORD, G. A.: I, 224, 148.
- MÜNZEL, Frank: I, 320, 8.
- MUNAGORRI, Ignacio: I, 71, 147 bis; 105, 252 bis.
- MUÑOZ, R.: III, 154, 56; 217, 97; 321, 125; 357, 256; 594, 31; IV, 467, 183; 560, 146; V, 56, 177; 322, 103.
- MUNOZ CONDE, Francisco: I, 42, 66 bis; 100, 239; 126, 5; 304, 63; 309, 80; 314, 96; III, 71, 128; 132, 111; 133, 113; IV, 48, 166; 50, 173 bis; 481, 222; 482, 226; 491, 253.
- MURBE, John: IV, 66, 223.
- MURGUÍA, Daniel: IV, 267, 80.
- MURILLO VACAREZZA: IV, 203, 49.
- MUSCO, Enzo: I, 433, 77; III, 250, 84; V, 164, 231.
- MUSSOTTO, Giovanni: I, 24, 1; 125, 4; 144, 56; 291, 30; III, 23, 42; 246, 53; V, 55, 170.
- NAGEL, Heinrich: I, 116, 290.
- NAGLER, Johannes: I, 65, 129; 111, 268; II, 310, 78; III, 203, 39; 271, 29; 362, 4; 404, 84; 459, 53; 523, 143; 526, 164; 616, 101; IV, 84, 11; V, 26, 45; 343, 150.
- NAPOLITANO, Tomaso: II, 390, 58; 391, 61; 399, 85; 400, 86; 400, 88; 402, 93; III, 564, 11.
- NARCELIO de QUEIROS: III, 438, 58;
- NARDILLO, Miguel A.: I, 487, 119.
- NASS, Gustav: I, 86, 195; IV, 11, 12; 35, 109; 43, 138; 57, 194; 60, 207.
- NAUCKE, Wolfgang: I, 127, 11; 127, 12; II, 148, 226; III, 20, 32; 52, 32; 295, 1; IV, 192, 28; 227, 97.
- NEAVE, M. S.: I, 253, 232.
- NEFTE: III, 110, 34.
- NEGRE, Pedro: II, 18, 36.
- NELSON, Alvar: II, 237, 280; III, 436, 56.
- NENON, Juan: II, 450, 60.
- NENOV: I, 393, 211.
- NEUMAN, Elías: I, 203, 75; 273, 292; 274, 293 bis; V, 87, 6; 143, 160; 143, 161; 144, 162; 153, 193.
- NEUMANN, Oskar: III, 189, 82.
- NEURATH, Otto: II, 314, 96.
- NICEFORO, Alfredo: I, 267, 265; 267, 266; II, 201, 135; 205, 145.
- NICOLAI, Hellmut: II, 218, 212.
- NIESE, Werner: III, 70, 120; 298, 14; 299, 23; 306, 57; 311, 74; 338, 184; 343, 200; 344, 205; 388, 21; 389, 26; 392, 30; 392, 31; 392, 32; 394, 40; 430, 30; 494, 36; 494, 37; 501, 81; 522, 140; 536, 186; 541, 195; 575, 51; 634, 173; IV, 27, 86; 435, 71.
- NIETHAMMER: III, 496, 50.
- NIETZSCHE: I, 81, 170; 84, 181; II, 25, 65; 28, 75; 256, 338; 277, 410; 278, 414; IV, 40, 125; 41, 127; V, 307, 62.
- NIEVES, Héctor: I, 273, 292; III, 283, 65; 606, 84.
- NILVE, Moisés: I, 413, 32; 413, 33; 420, 43.
- NINO, Carlos: III, 53, 39; 178, 50; 242, 42; 245, 55; IV, 520, 26.
- NINO, Luis Fernando: III, 547, 212.
- NIPPERDEY, Hans Karl: III, 493, 24; 497, 63.
- NIVEAU, Maurice: II, 86, 54.
- NYPPELS, J. S. G.: I, 380, 148; III, 322, 126; IV, 521, 29; V, 389, 276.
- NYQUIST: I, 224, 148.
- NOLL, Peter: I, 65, 129; 79, 165; III, 328, 149; 519, 131; 526, 164; IV, 66, 222.
- NOVELLI, Giovanni: I, 201, 69; 202, 74; 203, 75.

- NOVOA MONREAL, Eduardo: II, 237, 280; 299, 40; III, 17, 18; 52, 33; 72, 134; 78, 156, 85, 2; 93, 49; 103, 15 bis; 138, 11; 140, 18; 140, 19; 154, 55; 238, 29 bis; 246, 63 bis; 309, 68; 312, 76; 366, 49; 545, 208; 619, 112; IV, 435, 71; 435, 72; 480, 220; V, 57, 185.
- NOWAKOWSKI, Friedrich: III, 21, 33; 70, 120; 210, 71; 210, 73; 355, 251; 365, 33; 365, 35; 457, 47; 568, 28; 575, 49; 634, 171; IV, 25, 78; 25, 79; 44, 150; V, 71, 241; 97, 37; 268, 1; 308, 65.
- NÚÑEZ, David: V, 96, 36.
- NÚÑEZ, José Manuel: I, 484, 110; V, 286, 38.
- NÚÑEZ, Ricardo: I, 40, 55; 59, 108; 88, 204; 132, 22; 187, 16; 188, 22; 189, 28; 192, 33; 194, 42; 201, 69; 207, 95; 209, 98; 214, 126; 215, 127; 217, 135; 229, 155; 238, 183; 244, 204; 245, 205; 255, 236; 258, 241; 259, 245; 260, 247; 406, 10; 446, 99; 449, 103; 451, 107; 453, 110; 453, 112; 464, 16; 465, 20; 465, 22; 469, 37; 474, 62; 482, 101; 483, 104; 484, 112; 489, 132; 490, 134; III, 27, 62; 40, 86; 45, 7; 46, 9 bis; 51, 29; 57, 59; 62, 85; 63, 90; 63, 91; 76, 144; 78, 156; 92, 34; 94, 38; 109, 23; 109, 26; 151, 45; 157, 67; 161, 72; 162, 76; 162, 77; 174, 20; 228, 17; 266, 6 bis; 274, 39; 274, 40; 274, 41; 291, 93; 307, 60; 308, 64; 311, 73; 316, 96; 328, 144; 338, 187; 343, 199; 358, 264; 359, 265; 365, 38; 365, 39; 366, 46; 367, 53; 386, 10; 386, 11; 404, 84; 406, 93; 414, 110; 417, 129; 428, 11; 430, 27; 430, 28; 436, 52; 503, 90; 536, 186; 572, 42; 593, 29; 594, 31; 596, 38; 596, 41; 605, 79; 606, 84; 615, 100; 616, 102; 620, 119; 625, 136; 625, 141; 627, 143; 627, 144; 631, 160; 639, 203; 640, 211; 645, 220; IV, 16, 23; 17, 26; 18, 29; 22, 56; 34, 105; 86, 26; 113, 13; 117, 23; 236, 3; 255, 53; 256, 58; 275, 93; 276, 104; 278, 107; 278, 108, 281, 112; 303, 31; 319, 67; 331, 110; 335, 123; 335, 124; 346, 157; 348, 162; 353, 169; 366, 208; 372, 232; 374, 236; 381, 249; 383, 257; 391, 262; 396, 285; 398, 287; 406, 312; 423, 49; 440, 82; 445, 103; 449, 119; 455, 157; 455, 158; 457, 163; 466, 180; 467, 183; 470, 197; 471, 198; 474, 207; 475, 210; 480, 218; 482, 226; 482, 228; 488, 242; 490, 248; 494, 265; 520, 24; 520, 25; 542, 76; 543, 77; 543, 78; 544, 84; V, 15, 19; 26, 43; 30, 58; 32, 63; 32, 64; 36, 74; 36, 76; 37, 77; 37, 79; 37, 80; 38, 81; 38, 83; 38, 85; 41, 92; 44, 118; 44, 122; 47, 132; 47, 134; 47, 136; 49, 146; 51, 147; 51, 148; 52, 149; 52, 151; 57, 184; 60, 191; 62, 205; 63, 208; 65, 211; 65, 212; 66, 237; 71, 223; 71, 225; 72, 229; 74, 233; 75, 235; 75, 237; 76, 240; 77, 241; 79, 248; 80, 249; 81, 250; 84, 1; 84, 2; 85, 4; 95, 36; 121, 91; 151, 186; 179, 273; 181, 280; 183, 286; 183, 288; 188, 290; 186, 298; 190, 304; 191, 306; 197, 317; 199, 323; 202, 327; 229, 367; 229, 368; 230, 370; 241, 389; 245, 392; 250, 402; 250, 403; 252, 410; 254, 417; 254, 418; 257, 430; 258, 434; 261, 440; 262, 441; 264, 451; 286, 37; 287, 42; 299, 52; 334, 123; 334, 124; 338, 135; 338, 138; 346, 153; 357, 177; 358, 179; 359, 182; 359, 184; 362, 195; 363, 201; 364, 202; 364, 203; 365, 205; 365, 206; 367, 209; 372, 219; 373, 222; 374, 225; 380, 260; 380, 262; 381, 263; 381, 264; 351, 271; 390, 279; 395, 284; 401, 291; 403, 297; 403, 298; 406, 305; 410, 314; 411, 315; 412, 318; 414, 323; 415, 325; 421, 328; 422, 331; 429, 346; 429, 347; 430, 350; 441, 394; 442, 397; 442, 398; 445, 401; 445, 402; 445, 406; 445, 407; 445, 408; 459, 22; 468, 30; 468, 31; 469, 38; 470, 41; 471, 43.
- NÚÑEZ BARBERO, Ruperto: I, 214, 124; 266, 263; 379, 143; III, 386, 13; 392, 38; 410, 101; 416, 123; IV, 467, 183; V, 426, 371.
- NUVOLONE, Pietro: I, 88, 205; 96, 224; 106, 255; 109, 263; 111, 271; 112, 273; 113, 278; 150, 71; 252, 226; 262, 254; 386, 176; II, 10, 2; 89, 64; 118, 143; 134, 191; 259, 347; 261, 354; 380, 33; 381, 35; III, 12, 2; 243, 53; 283, 65; 284, 66; 443, 71; 493, 29; 516, 125; 564, 12; 565, 17; IV, 23, 55; 30, 93; 288, 1; 541, 71; 554, 118; V, 98, 43; 157, 216; 317, 89; 320, 98; 341, 143; 341, 145; 397, 286; 439, 387.
- ONANCEA: III, 395, 51.
- OBARRIO, Manuel: I, 30, 20; 128, 16; 188, 18; 190, 29; 312, 90; II, 122, 155; 128, 184; III, 439, 62; IV, 446, 108; V, 49, 145; 93, 24; 95, 26; 470, 40.

- OBIOLS TABERNER, C.: I, 391, 202.
- O'CONNOR, Austin: I, 398, 246.
- ODERICO, Mario: I, 451, 107; III, 329, 156; 428, 11; 428, 12; 428, 13; 428, 14; 428, 15; 430, 28; V, 61, 202.
- ODERDA, Cristina: IV, 157, 159 bis.
- OEHLER, Dietrich: II, 291, 7; 349, 219; III, 365, 30; 430, 31; 497, 59; 634, 172.
- OELGART, Bernd: II, 357, 221.
- OERTEL, Rolf: I, 230, 158.
- OETKER, Friedrich: III, 588, 11; 595, 33; IV, 115, 16; V, 177, 255.
- OHM, A.: V, 96, 37.
- OHNO, Heikichi: III, 71, 129
- OLESA MUNIDO, Francisco: I, 105, 250; III, 75, 142; 90, 19; 389, 29.
- OLIVA, Emiliano: V, 286, 36.
- OLIVEIRA, Edmundo: V, 380, 259.
- OLSCHER, Werner: I, 264, 259; V, 105, 57.
- ONDER, Gerhard: V, 156, 207.
- ONNIS, Luigi: V, 457, 12
- OPPLER: IV, 118, 28.
- ORESTANO, Francisco: II, 181, 51.
- ORGAZ, Alfredo: I, 446, 99; III, 195, 1; 157, 128; V, 250, 402; 250, 403; 251, 408; 254, 415; 254, 416; 254, 417; 455, 423; 472, 43.
- ORLANDIS, José: I, 356, 83.
- ORSCHKOWSKI, Walter: IV, 36, 110; 66, 222.
- ORTI y LARA: II, 271, 384.
- ORTIZ de ZÁRATE, Julio César: IV, 165, 181; 165, 183; 167, 185; 167, 186.
- ORTMANN, Rudolf: III, 269, 14.
- OSEN BRÜGGEN, Eduard: I, 344, 59.
- O'SIOCHIANI, P. A.: I, 393, 207.
- OSSORIO, Angel: I, 224, 148
- OTKER, Friedrich: V, 180, 279.
- OTS, José M.: I, 404, 1.
- OTTER, Klaus: III, 131, 107.
- OTTO, Harro: I, 83, 176; III, 20, 32; 52; 32; 128, 99; 174, 16; 177, 39; 212, 76; 232, 23; 268, 9; 276, 49; 292, 93; 295, 1; 298, 12; 304, 54; 312, 79; 312, 80; 328, 142; 328, 150; 416, 123; 433, 42; 445, 81; 470, 110; 489, 5; 508, 101; 508, 106; 596, 37; IV, 15, 17; 20, 33; 27, 86; 27, 88; 34, 105; 49, 171; 76, 234; 187, 16; 206, 57; 227, 97; 305, 40; 423, 17; 467, 185; 469, 193; 469, 194; 470, 195; 478, 213; 478, 214; 482, 226; 484, 233; 486, 237; 486, 239; 488, 242; 491, 251; 494, 263; 495, 267; 496, 272; 507, 305; 557, 132; 558, 138; 560, 146.
- OUVINA, Guillermo: V, 316, 85; 318, 90.
- OVERBECK, Alfred von: I, 111, 268; IV, 144, 116; 145, 119.
- OXIAMENDI, Ricardo: I, 273, 292.
- OXILIA, Adolfo: II, 70, 2.
- PACHECO, Joaquín Francisco: I, 351, 74; 351, 75; 351, 76; III, 137, 9; 155, 58; 606, 84; IV, 112, 9; 179, 217; 237, 8; 275, 96; 415, 15; V, 34, 70; 34, 72; 170, 235; 231, 371; 235, 339; 256, 425; 274, 12.
- PACI, Enzo: II, 307, 68; 318, 112.
- PACIELLO, Oscar: I, 394, 221.
- PADOVANI, Tullio: IV, 319, 68; 321, 72.
- PAGE, Charles: III, 118, 31; IV, 162, 173; V, 102, 52.
- PAGLIARO, Antonio: I, 35, 35; 87, 199; 196, 50; 255, 236; 476, 73; 477, 81; 477, 82; 477, 83; II, 370, 8; III, 17, 18; 56, 56; 93, 45; 110, 33; 292, 93; 359, 265; 429, 20; 529, 170; 529, 172; 536, 186; 549, 222; 598, 50; IV, 290, 5; 358, 187; 391, 262; 447, 110; 492, 256; 497, 275; V, 73, 232; 152, 188; 309, 69.
- PALACIOS, Alfredo: I, 211, 109.
- PALACIOS, J. Ramón: I, 224, 148; IV, 434, 70; 482, 226.
- PALACIOS MACEDO, Xavier: III, 545, 208.
- PALAZZO, Francisco: III, 286, 80; V, 164, 231.
- PALIERO, Carlo Enrico: V, 112, 66.
- PALMIERI, Jean Michel: II, 171, 19.
- PANDIS, Juan: V, 233, 376.
- PANNAIN, Remo: I, 49, 86; 61, 120; 87, 199; 183, 1; 245, 208; 309, 81; 311, 87; 482, 97; 487, 121; III, 46, 9 bis; 56, 55; 78, 156; 92, 40; 292, 93; 293,

- 95; 293, 98; 387, 15; 429, 18; 438, 58; 493, 27; 493, 29; 596, 37; 598, 50; IV, 372, 232; 373, 234; 447, 110; 482, 226; 493, 260; 497, 277; 543, 79; V, 73, 231.
- PAOLI: I, 377, 139.
- PARDINI, F.: II, 128, 185.
- PAREYSON, Luigi: II, 339, 172.
- PARMELEE, Mauricio: II, 217, 200.
- PARRY, Roberto: V, 176, 250; 431, 352; 432, 356; 434, 366; 434, 367; 434, 368; 434, 369.
- PARSONS, Talcott: III, 119, 75.
- PASCHAL, Jorge: I, 136, 40.
- PASINI, Dino: I, 287, 18; 288, 24; II, 288, 451.
- PATCH: IV, 160, 168; 165, 181; 168, 189; 167, 192; 170, 197; 171, 201; 265, 74; 403, 303.
- PATINO ROJAS, José Luis: IV, 151, 144.
- PAULSEN, Monrad: I, 399, 251; III, 143, 22; 156, 62; 463, 78.
- PAVÓN, Cirilo: II, 234, 269; V, 93, 26; 152, 191.
- PAZ ANCHORENA, José: II, 234, 269; V, 94, 31; 163, 227.
- PECO, José: I, 186, 14; 242, 201; 351, 75; 406, 10; 423, 47; 433, 73; 435, 84; 436, 86; 440, 93; II, 235, 274; 319, 115; III, 60, 74; 570, 35; 629, 115; 639, 203; 639, 206; IV, 140, 78; 440, 81; 445, 103; V, 94, 32; 95, 36; 248, 399; 277, 18; 349, 251; 383, 266; 393, 283; 405, 304.
- PECORARO: IV, 290, 5.
- PEDRAZZI, Cesare: I, 249, 218; III, 60, 71; IV, 290, 5; 258, 187.
- PEIXOTO, Afranio: II, 198, 121.
- PELÁEZ, Michelángelo: I, 266, 261; 273, 292; 284, 13.
- PELLA, V. V.: I, 251, 225.
- PELTZER, Gerhard: III, 271, 28.
- PELZ, Monika: II, 72, 12.
- PEÑA GUASAFF, Silvia: IV, 316, 58, 56, 176.
- PEÑA GUASAFF, Silvia: IV, 316, 58.
- PEÑA GUZMÁN: I, 258, 241; IV, 145, 121; 147, 123.
- PEREDA, Julián: I, 349, 69; II, 417, 150; III, 318, 107; 426, 7; 426, 8; 587, 8; IV, 525, 38.
- PÉREZ, Luis Carlos: I, 48, 77; 112, 277; 264, 258; 273, 292; 473, 60; III, 17, 19; 240, 39; IV, 25, 83; 203, 50; 203, 52.
- PÉREZ de PETINTJ y BERTO LO-MEU: IV, 151, 144.
- PÉREZ LLANTADA, Fernando: IV, 44, 146.
- PÉREZ PERDOMO, Rafael: I, 214, 124.
- PÉREZ VITORIA, Octavio: I, 224, 148.
- PERRIS, G.: II, 390, 58.
- PERTILE, Antonio: I, 359, 91.
- PESSINA, Enrico: I, 26, 4; 84, 185; 152, 76; 338, 46; 341, 54; 359, 92; 365, 111; 367, 116; 367, 118; 376, 138; 470, 44; II, 39, 115; 99, 73; 137, 195; 175, 30; 176, 37; 177, 41; 280, 422; III, 20, 31; 357, 259; 442, 69; IV, 440, 77; 481, 221.
- PESSOA, Nelson: III, 611, 88 ter.
- PETERS, Karl: I, 225, 148; 230, 159; III, 495, 47; 510, 112; 510, 113; IV, 90, 47; 90, 49; 422, 40; V, 269, 3.
- PETROCELLI: I, 148, 64; III, 27, 61; 493, 29; IV, 16, 21.
- PETTI, Raffaele: I, 362, 103; 362, 105; 363, 106.
- PETTINATO, Roberto: I, 202, 72; V, 145, 170; 145, 172; 147, 176.
- PETRZILKA: IV, 144, 117; 145, 119.
- PFANDER, Heinz: III, 460, 57; 468, 96; 468, 98; 468, 99.
- PFENNINGER, Hans Félix: I, 197, 56.
- PFLEIDERER, Klaus: III, 468, 101; 471, 114.
- PIACENZA: III, 359, 265.
- PIAGET, Jean: I, 30, 18; 269, 276; 272, 291; 283, 10; 294, 33; 295, 40; 295, 44; II, 29, 80; 189, 92; 191, 95; 393, 74; 445, 46; III, 69, 117.
- PICCIRELLI, Ricardo: I, 407, 17.
- PIEDAD, J. Héitor: III, 73, 179.
- PIERANGELLI, José H.: IV, 480, 218.
- PINATEL, Jean: I, 209, 101; II, 157, 257; 319, 118; III, 56, 45.
- PINTO FERREIRA: II, 185, 48.

- PIÑERO, Osvaldo: I, 422, 45; V, 95, 26; 175, 240; 379, 249.
 PÍO XII: II, 415, 148; IV, 33, 101.
 PIOMBO, Horacio: I, 260, 249.
 PIONTKOVSKI, A. A.: II, 399, 85.
 PISANI, Mario: V, 231, 373 bis.
 PISAPIA, Giandoménico: III, 256, 100; IV, 434, 70; V, 123, 100.
 PITRI, M. A.: I, 318, 2.
 PIZARRO, Néstor: I, 446, 99.
 PIZZI, Annarosa: V, 457, 12.
 PIZZOTTI MENDES, Nelson: I, 32, 24 bis; 153, 80 bis; IV, 304, 93; V, 124, 166; 179, 271; 320, 99.
 PLATÓN: II, 28, 73; 29, 78.
 PLATT, Anthony: I, 227, 151; 271, 286.
 PLATZGUMMER, Winfried: III, 302, 37; 302, 42; 303, 45; 304, 47; 304, 48; 304, 52; 304, 53; 305, 55; 314, 89.
 PLAWOSKII, Stanislaw: III, 319, 111.
 POINCARÉ, Henri: II, 192, 99.
 POL, W. A. von: II, 203, 139; 361, 241.
 POLAINO NAVARRÈTE, Miguel: I, 292, 31; III, 60, 76; 250, 85; 362, 4; 370, 61; 571, 37; 572, 41.
 POLITOFF, Sergio: III, 312, 76; 362, 4; 366, 50; 369, 59; 370, 62; 371, 63.
 POLONIO, Pedro: IV, 163, 178 bis.
 POLTERA, John: 348, 160.
 PONCE, Anibal: II, 232, 259; 232, 260.
 PONFERRADA, Gustavo: II, 61, 196; V, 199, 323.
 PONTALIS, B. B.: IV, 96, 64; 170, 197.
 POPPER: I, 70, 144.
 PORTE PETIT, Celestino: I, 124, 2; 274, 294; 383, 162; 397, 240; 478, 87; III, 17, 18; 19, 22; 20, 23; 51, 31; 53, 38; 84, 1; 93, 50; 110, 31; 137, 7; 199, 22; 266, 6 bis; 269, 12; 288, 85; 292, 93; 503, 90; 639, 200; IV, 441, 85.
 PORTMAN: V, 96, 37.
 PORTO, Jesús Edelmiro: I, 123, 1; 126, 5; 126, 7; 126, 9; 482, 102; V, 19, 26 bis; 95, 34; 98, 42.
 PORZIO, Giovanni: III, 71, 127.
 POSADA, Adolfo: I, 297, 49; 297, 51.
 POZZOLINI: I, 236, 177
 PRADE, Pericles: I, 42, 66 ter.
 PRATS CARDONA, Jaime: I, 483, 105.
 PREISENDANZ: IV, 422, 40.
 PREISER: V, 96, 37.
 PREUSS, Wilhem: III, 635, 176.
 PREZZOLINI, Giuseppe: II, 70, 2.
 PRICE, H.: I, 285, 14; 286, 17.
 PRIETO AGUIRRE, Fermín: IV, 166, 184; 168, 188.
 PRINI, Prieto: II, 63, 205; 278, 412; 339, 172; 349, 189; 432, 12; 435, 20; 441, 38.
 PRINS, Adolfo: I, 369, 121; II, 230, 253; 320, 121; IV, 181, 227.
 PROTETS, X. de: II, 107, 114
 PROTO, E.: IV, 543, 79.
 PROUDHOM: II, 409, 118.
 PUCCIARELLI, Carmelo: I, 224, 148.
 PUCCIO, Umberto: II, 224, 220.
 PUEYRREDÓN, Mariano: V, 466, 411.
 PUFENDORF: III, 585, 2.
 PUGLIA, Fernando: II, 188, 90.
 PUGLIESE, G. A.: IV, 173, 207.
 PUIG BRUTAU: I, 127, 14.
 PUIG PEÑA: III, 292, 93; IV, 558, 136.
 PUNTAMBEKAR, S. V.: II, 18, 40.
 PÜTTMAN, I L.: I, 85, 191.
 QUEZADA SCIARAFFIA, Vitalie: II, 87, 55.
 QUINNEY, Richard: I, 271, 286.
 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: V, 222, 360 bis.
 QUINTANO RIPOLLES, Antonio: I, 250, 222; 253, 230; 263, 256; 273, 292; 289, 26; III, 17, 18; 60, 72; 110, 32; 345, 211; 359, 267; 368, 58; 375, 80; 464, 79; 504, 91; 533, 181; 576, 186.
 QUIROGA, Adán: I, 38, 46; 417, 37; 417, 38; II, 199, 126; III, 528, 169; IV, 306, 44; 442, 92; V, 35, 73; 102, 51; 119, 81; 231, 372; 256, 426; 263, 448.
 QUIROGA, Clodomiro: I, 136, 40.
 QUIROZ CUARÓN, Alfonso: I, 267, 265; 273, 292; II, 192, 98; 201, 135; III, 151, 44; IV, 115, 16; 127, 50; 137, 73; 151, 144; 160, 166; 168, 190; 169, 193; 169, 195; 172, 204; 199, 40; 266, 78.

- RABINOWICZ, León: I, 104, 248.
- RADBRUCH, Gustav: I, 135, 35; 254, 233; II, 152, 240; 153, 247; 240, 284; 254, 325; 267, 375; 291, 3; 298, 32; 310, 80; 311, 84; 311, 85; 311, 86; 440, 35; 450, 59; III, 47, 13; 101, 11; 115, 58; 115, 59; 122, 86; 270, 24; 324, 137; 364, 22; 415, 112; 450, 16; 450, 18; 567, 27; IV, 10, 5; 11, 10; 14, 15; 15, 20; 90, 48; 118, 27; 283, 115; V, 42, 105; 54, 165; 376, 234.
- RADHAKRISHNAN: II, 61, 197.
- RADZINOWICZ, León: I, 152, 74; 367, 117; II, 149, 227; 192, 98; 194, 102.
- RAFFO de LA RETA, J. C.: I, 430, 70; 433, 73; IV, 443, 96; V, 94, 30; 94, 31; 171, 236; 195, 311; 220, 359; 221, 360; 313, 79; 313, 80; 313, 81; 427, 329; 448, 416; 469, 35; 469, 37.
- RAGGI y AGEO, Armando: I, 397, 238.
- RAHNER, Karl: II, 436, 23 ter.
- RAJO, P. T.: II, 13, 12; 45, 138.
- RAMACCI, Febricio: V, 58, 186.
- RAMAYO, Raúl: V, 81, 250.
- RAMÍREZ DÍAZ, María Edith: III, 289, 87.
- RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio: II, 316, 106; III, 12, 3; 20, 25; 48, 16; 48, 17; 72, 135; 93, 54; 209, 66; 226, 8; 246, 59; 258, 102; 295, 1.
- RAMOS, Juan P.: I, 242, 201; 306, 72; 433, 73; 433, 74; II, 160, 268; 233, 265; 234, 272; 235, 277; III, 144, 24; 307, 60; IV, 140, 79; 143, 104; 144, 118; 378, 242; 414, 13; 443, 97 bis; V, 95, 26; 185, 295; 198, 320; 285, 31; 285, 32; 285, 34; 286, 35; 286, 36; 316, 85; 374, 228; 390, 279; 441, 395; 443, 339.
- RAMOS MEJÍA, Enrique: II, 291, 3; 299, 39; III, 31, 72; 53, 38; 58, 66; 318, 102, 319, 110; 388, 19; 436, 52; 501, 79; IV, 228, 102; 262, 68; 391, 263.
- RANFT, Otfried: IV, 195, 38.
- RANIELLA, Pablo: V, 91, 16.
- RANIERI, Silvio: I, 60, 111; 96, 225; II, 237, 280; III, 23, 44; 99, 2; 283, 63; 592, 25; IV, 63, 217; 290, 5; 482, 226; 492, 259; V, 14, 17; 65, 169; 317, 89; 321, 101; 347, 157.
- RAPPAPORT, Emil S.: II, 237, 280.
- RAPPART: I, 372, 134.
- RATNER, Josef: IV, 169, 191.
- RAUSCH: I, 197, 53.
- RAUTER: IV, 148, 130.
- RAVINOVICH, Diana: IV, 265, 76.
- REALE, Jr. Miguel: III, 73, 139.
- RECA, Telma: I, 224, 141.
- RECASENS SICHES, Luis: I, 288, 22; II, 66, 214; 258, 342; 291, 7; 292, 13; 299, 39; 299, 41; 300, 42; 310, 77; 438, 29; III, 67, 107; 101, 7; V, 102, 54.
- RECINOS, Adrián: II, 19, 45.
- REDENTI: V, 60, 194.
- REDLICH: IV, 160, 168; 169, 191; 169, 192; 170, 197.
- REGIS PRADO, Luis: V, 214, 345; 222, 361; 223, 362.
- REHBERG, Jürg: II, 153, 247; III, 405, 87; 633, 167.
- REICHARDT, M.: IV, 131, 65; 149, 133; 161, 168; 165, 181; 169, 192; 170, 197; 171, 201; 265, 74.
- REICHENBACH, Hans: I, 279, 4; II, 167, 9; 314, 94.
- REIN, Wilhelm: I, 336, 44.
- REMPLEIN, Heinz: I, 230, 158.
- REMY, Henri: I, 365, 112; 367, 117; 369, 122; III, 309, 68.
- REMY, W.: III, 309, 68.
- RENDE: III, 53, 39.
- RENDÓN, Silvia: II, 19, 43.
- RENGEL, Jorge Hugo: I, 273, 292; 395, 229.
- RENNEBERG, J.: IV, 36, 110; 44, 148.
- RENNERT: IV, 160, 168; 165, 181; 168, 191; 169, 192.
- REPS, Albert: V, 97, 37.
- RESNIK, Salomón: IV, 168, 190.
- RESUSTA: V, 322, 103.
- REYES, Alfonso: I, 87, 199; II, 44, 135; III, 268, 11; 292, 93; 430, 25; III, 49, 20; 110, 31; 198, 22; 266, 6 bis; V, 57, 185.
- RHEINSTEIN, Max: I, 297, 48.

- RICHARDT: IV, 168, 189.
- RICHTHOFEN, Gothard von: I, 214, 120.
- RICKENBACHER, Hans Dominike: V, 348, 160.
- RICO, José M.: V, 122, 95.
- RICOEUR: III, 154, 40 ter.
- RIEGGER, Ernst: I, 298, 53; IV, 66, 223; V, 212, 337; 214, 346; 223, 362.
- RIETTI, Dardo A.: I, 224, 148.
- RITTAV, Martín: I, 214, 120.
- RITTLER, Theodor: I, 197, 55; III, 21, 33; 70, 120; 365, 31; 365, 36; 371, 67; 420, 147; 457, 47; 634, 171; IV, 25, 78; V, 54, 162; 56, 180.
- RIVACOBIA, Manuel de: I, 73, 150; 124, 3; 129, 19; 220, 143; 364, 110; 446, 99; II, 35, 103; 67, 220; 87, 57; 90, 67; 97, 69 ter; 104, 93; 127, 181; 227, 233; 246, 306; 247, 307; 248, 308; 250, 315; 251, 319; 251, 320; 268, 377; 268, 379; 268, 381; 269, 382; 270, 383; 273, 392; 274, 400; 279, 100; 407, 110 ter; III, 39, 82; 183, 59; 245, 55 bis; 251, 39; 426, 8; 529, 171; 619, 112; 622, 124; 639, 200; IV, 42, 137; 275, 92; V, 287, 43; 325, 110.
- RIVAROLA, Rodolfo: I, 41, 63; 187, 16; 187, 17; 188, 23; 189, 28; 190, 30; 194, 42; 336, 43; 406, 10; 422, 45; 423, 49; 425, 52; 427, 62; II, 160, 263; 160, 266; 160, 269; 161, 270; 235, 277; III, 323, 132; 439, 62; 603, 71; 621, 122; IV, 179, 221; 276, 100; 442, 43; 443, 97; V, 32, 62; 34, 67; 34, 68; 41, 96; 93, 25; 95, 26; 175, 241; 175, 242; 175, 243; 336, 129; 379, 249; 428, 340; 429, 343.
- RIVAS GODIO, Luis: III, 191, 86.
- RIVIERE, Albert: II, 139, 200.
- RIZZI, Luis: I, 238, 183; 240, 195.
- RIZZO DOMÍNGUEZ, Carlos: I, 214, 126; 215, 128.
- ROBERT, Henri: II, 85, 52.
- ROCHA, Jorge Alejandro: V, 77, 243; 81, 250.
- ROCCO, Alfredo: I, 108, 259; II, 376, 26; V, 316, 84.
- ROCCO, Arturo: I, 34, 33; 103, 246; 108, 258; 109, 260; II, 228, 241; 258, 343; 259, 344; III, 210, 70; 250, 83; IV, 119, 30.
- RÖDER: I, 82, 173; 83, 176; 152, 77; 319, 4; II, 271, 386; 272, 392; 273, 394; 273, 395; 275, 396; III, 68, 40.
- RODRIGUEZ BALLESTEROS: IV, 152, 144.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María: I, 33, 28; 61, 118; 61, 121; 87, 199; 100, 236; 125, 4; 126, 5; 141, 54; 144, 56; 184, 6; 193, 35; 203, 75; 214, 124; 224, 148; 225, 149; 229, 157; 245, 209; 249, 219; 255, 236; 255, 237; 298, 53; 301, 59; 305, 69; 309, 80; 388, 185; 389, 190; 400, 263; 400, 268; 446, 99; 475, 68; III, 60, 76; 78, 156; 92, 38; 103, 16; 110, 32; 120, 78; 161, 73; 292, 93; 316, 96; 359, 266; 430, 29; 438, 58; 441, 68; 494, 29; 504, 91; 504, 92; 571, 37; 606, 83; IV, 129, 56; 179, 220; 214, 69; 275, 93; 279, 110; 358, 187; 362, 199; 372, 232; 415, 15; 480, 219; 544, 83; 544, 86; V, 34, 69; 55, 174; 121, 94; 178, 267; 274, 12.
- RODRÍGUEZ DE SOUZA, Alberto: IV, 35, 109 bis; 64, 218 bis; 65, 219; 249, 35 bis.
- RODRÍGUEZ DRAUGUET, Alfonso: I, 100, 233.
- RODRÍGUEZ FLORES, María Inmaculada: V, 43, 109.
- RODRÍGUEZ MÉNDEZ, Lidia: I, 272, 291.
- RODRÍGUEZ MOURULLO: I, 42, 66 bis; 52, 93; 61, 118; 126, 5; 144, 56; III, 60, 76; 71, 125; 88, 16; 426, 9; 494, 29; 504, 91; IV, 275, 95; 362, 199; 415, 15
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo: III, 71, 128; 87, 13; 110, 32; 363, 14; 368, 55; 410, 140; IV, 480, 220.
- RODRÍGUEZ PALMA, Bernardo: III, 547, 212
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: I, 340, 51; III, 269, 12 bis.
- RODRÍGUEZ VARELA, Alberto: I, 446, 99.
- ROEDER, Herrman: III, 634, 170
- ROEMER, Haans: II, 549, 220.

- ROGGE, Karl August: I, 344, 59.
 ROHLAND, Wuom: II, 91, 23; III, 269, 15; 448, 5
 ROHRACHER, H.: III, 303, 43.
 ROJAS, Angel: V, 196, 315
 ROJAS, Nerio: I, 275, 295; IV, 125, 43; 137, 74.
 ROJAS, Ricardo: V, 145, 171.
 ROJAS PELLERANO, Héctor: I, 238, 183
 RÖLING, B. V.: I, 252, 228
 ROLLMANN, Dietrich: V, 155, 202
 ROMAGNOSI, Giandoménico: II, 118, 142; 118, 144; IV, 415, 15; 425, 60.
 ROMANO: II, 375, 24 bis; IV, 445, 101.
 ROMANACH, A.: II, 233, 266.
 ROMAY, Francisco: V, 149, 178.
 RÖMER: III, 545, 208.
 ROMERO, Gladys: III, 475, 129; IV, 469, 192
 ROMERO del PRADO, Víctor: V, 91, 17.
 ROS, Amando Lázaro: II, 348, 187.
 ROSENBERG, Alfred: I, 197, 53; II, 383, 41.
 ROSENFELD, Ernst: IV, 23, 59; 27, 87.
 ROSSA, Kurt: V, 96, 37; 98, 44.
 ROSSHIRT, Conrad F.: III, 196, 2.
 ROSSI: I, 136, 39; II, 81, 40; IV, 112, 7; 148, 130; 150, 135; 306, 43.
 ROTMAN, Edgardo: I, 74, 151; 75, 154; IV, 163, 177; V, 116, 78; 270, 6; 372, 220; 373, 221; 445, 403.
 ROTONDI, M.: I, 297, 48.
 ROUBIER, Paul: I, 470, 39.
 ROXIN, Claus: I, 83, 176; 197, 53; 388, 182; II, 237, 280; 239, 281; 302, 51; 332, 156; III, 26, 60; 52, 32; 70, 120; 86, 4; 112, 46; 126, 93; 131, 109; 134, 115; 168, 1; 177, 38; 182, 55; 183, 58; 209, 67; 246, 62; 244, 63 ter; 250, 86; 268, 9; 277, 53; 278, 54; 279, 55; 295, 1; 312, 78; 313, 84; 351, 227; 388, 18; 397, 62; 405, 90; 422, 153; 433, 41; 451, 24; 453, 22; 465, 85; 488, 4; 489, 7; 490, 8; 496, 60; 496, 62; 499, 74; 517, 128; 524, 152; 554, 236; 554, 237; 567, 26; 574, 46; 588, 13; 612, 91; 613, 94; 613, 95; IV, 32, 99; 48, 164; 48, 165; 48, 168; 49, 170; 50, 173; 60, 211; 72, 248; 77, 260; 87, 35; 195, 38; 227, 96; 250, 57; 262, 71; 302, 27; 305, 40; 307, 46; 309, 51; 317, 64; 321, 73; 322, 79; 323, 82; 332, 113; 333, 115; 337, 130; 340, 136; 341, 145; 345, 154; 353, 170; 398, 299; 403, 303; 423, 46; 453, 149; 459, 169; 460, 171; 482, 224; 484, 232; 487, 241; 491, 252; 495, 269; V, 131, 133; 309, 71.
 RUBIANES, Carlos J.: I, 249, 217; III, 138, 10; 316, 97; 435, 48; 633, 160; IV, 126, 46; 135, 69; 162, 175; 532, 54.
 RUDOLPHI, Hans: I, 53, 97; 388, 182; III, 137, 7; 246, 60; 249, 74; 249, 77; 249, 81; 250, 86; 271, 32; 272, 34; 272, 35; 277, 52; 298, 15; 306, 7; 314, 88; 315, 90; 315, 92; 328, 150; 330, 163; 330, 164; 331, 167; 331, 169; 351, 227; 354, 244; 397, 60; 403, 82; 416, 123; 431, 34; 433, 41; 438, 58; 460, 62; 464, 82; 473, 121; 475, 130; 481, 148; 618, 110; IV, 27, 86; 34, 105; 55, 188; 59, 205; 61, 213; 62, 216; 77, 257; 90, 51; 90, 52; 91, 54; 100, 68; 100, 69; 101, 72; 101, 73; 101, 74; 105, 82; 107, 85; 107, 90; 130, 58; 137, 74; 158, 164; 170, 199; 182, 231; 182, 238; 185, 10; 187, 12; 190, 23; 190, 24; 195, 31; 196, 35; 197, 38; 209, 60; 214, 70; 216, 75; 218, 77; 218, 78; 219, 79; 223, 87; 228, 101; 242, 21; 248, 29; 248, 31; 251, 38; 252, 43; 253, 46; 254, 50; 255, 52; 255, 55; 411, 3; 411, 4; 417, 20; 418, 22; 419, 28; 424, 51; 425, 54; 425, 59; 434, 68; 447, 113; 447, 115; 450, 127; 453, 147; 454, 155; 456, 159; 456, 160; 457, 162; 459, 170; 461, 173; 462, 175; 467, 185; 478, 214; 478, 215; 482, 225; 484, 232; 485, 234; 486, 236; 486, 238; 487, 241; 489, 245; 491, 250; 494, 262; 494, 263; 495, 268; 495, 269; 497, 269; 497, 278; 502, 285; 504, 295; 505, 298; 505, 300; 506, 302; 508, 307; 548, 100; 567, 165; 568, 168; 568, 171; V, 27, 49; 29, 52; 180, 277; 299, 51; 343, 151.
 RUESCH, Arnold: V, 96, 37.
 RUGGIERO, Guido de: II, 14, 13.
 RUSSELL, Bertrand: II, 26, 67; 29, 81; 30, 85; 31, 88; 43, 130; 43, 133; 47, 147; 71, 7; 197, 116; 252, 321; 317, 108; 318, 113; III, 506, 97.

- RUIZ FUNES, Mariano: I, 69, 138; 100, 234; 224, 148; 262, 253; 434, 78; II, 388, 52; III, 251, 91; IV, 151, 141; V, 43, 114; 122, 97; 316, 82; 316, 85; 325, 110.
- RUTKOWSKY: IV, 396, 283.
- RYV, Paul: I, 399, 249; III, 319, 110.
- SABATINI, Guglielmo: II, 228, 240.
- SACKER, J.: V, 341, 144.
- SAINZ CANTERO, José: I, 224, 148; II, 208, 164; 247, 307; 275, 403; 275, 404; IV, 18, 29; 85, 23.
- SAITO KINSAKU: I, 398, 248.
- SAJÓN, Rafael: I, 220, 144.
- SALCEDA, Juan Antonio: II, 232, 260
- SALDAÑA, Quintiliano: I, 96, 223 bis; 150, 72; 151, 72 bis; 273, 292; 378, 141; II, 104, 93; 197, 118; 198, 119; 199, 123; III, 57, 63.
- SALEILLES, R.: V, 270, 7.
- SALES GASQUE, Renato: III, 264, 3.
- SALGADO MARTINS, José: I, 24, 1; 65, 130; 278, 2; 300, 57; 309, 80; 375, 136; 474, 64; II, 323, 129; III, 309, 68; IV, 25, 83; 204, 53; 515, 14; V, 179, 271.
- SALMINI, Carlos A.: III, 545, 208.
- SALOMON: IV, 160, 168; 165, 181; 168, 189; 168, 191; 169, 192; 170, 197; 171, 201; 403, 303.
- SALTELLI, Carlo: II, 376, 27; III, 445, 101.
- SALVINI, Guido: V, 42, 198 bis.
- SAMPAY, Arturo: I, 36, 36; 36, 37; 39, 37, 42; 38, 43; 39, 47.
- SANSON, Erich: III, 546, 210; 618, 110; 619, 113; 627, 143; 629, 153; 634, 175; IV, 299, 16; 300, 19; 301, 20; 306, 41; 317, 63; 324, 85; 327, 95; 328, 96; 338, 131; 353, 169; 356, 177; 357, 183; 359, 190; 359, 191; 360, 192; 366, 207; 367, 210; 368, 216; 369, 220; 371, 223; 371, 226; 371, 228; 375, 237; 393, 272; 394, 274; 394, 276; 395, 280; 396, 282; 399, 296; 399, 297; 403, 303; 403, 304; 404, 306; 512, 3; 513, 4; 519, 23; 529, 47; 536, 58; 536, 59; 538, 65; 540, 67; 548, 96; 548, 97; 549, 102; 549, 104; 551, 111; 556, 123; 557, 129; 557, 130; 559, 133; 560, 146; 560, 150; 561, 152; 562, 154; 564, 160; 565, 163; V, 299, 51; 390, 278; 404, 299.
- SAN AGUSTÍN: V, 97, 38.
- SANCHEZ de BUSTAMANTE: I, 250, 222.
- SANCHEZ GALINDO, Antonio: V, 156, 209; 233, 376.
- SANCINETTI, Marcelo A.: III, 139, 14; 310, 71; 316, 96; 322, 127; 324, 134; 335, 180; 335, 180 bis; 346, 212; IV, 185, 4; 188, 17.
- SANDERS, Theodor: III, 403, 78.
- SANDRO, Jorge Alberto: III, 440, 64 bis; 443, 73; 445, 81 bis; 640, 209; 640, 213; 643, 219; IV, 479, 216 bis.
- SAN MARTÍN, Horacio: IV, 125, 40; 128, 54.
- SANTAMARÍA, Darío: III, 26, 58; 53, 39; 71, 127; IV, 18, 28; 22, 56.
- SANTANIELLO: I, 87, 199; 124, 2; III, 110, 33; 429, 25; IV, 492, 258; 497, 276; V, 73, 231.
- SANTARELLI, Enzo: II, 212, 183; 392, 64.
- SANTILLÁN, Diego Abad de: I, 147, 61.
- SANTORO, Arturo: I, 60, 110; 87, 199; 215, 208; 311, 89; II, 419, 153; III, 56, 57; 71, 124; 93, 48; 292, 93; 429, 19; IV, 447, 110; 482, 226; 493, 261; V, 14, 18; 73, 231.
- SANTO TOMÁS: IV, 9, 1.
- SARMIENTO, Domingo F.: I, 204, 77.
- SARTRE, Jean Paul: II, 286, 444; 343, 180; 350, 198; 393, 70; 394, 79; 439, 24; III, 68, 114.
- SAVER, E. Friedrich: II, 65, 210; 167, 10.
- SAVER, Wilhelm: I, 238, 183; 268, 272; 299, 55; III, 47, 14; 199, 21; 210, 32; 292, 93; 328, 150; 353, 235; 363, 9; 363, 10; 368, 57; 522, 140; IV, 23, 61; 57, 195; 84, 11; 114, 15; 423, 45; V, 17, 24; 54, 163; 350, 168.
- SAURI, José: IV, 152, 144; 154, 151.
- SAVITZ, Leonard: II, 202, 135 bis.
- SCALVANTI, O.: II, 134, 190.
- SCARANO, Luigi: IV, 20, 34; 20, 36; 445, 100; 445, 101; 446, 108.
- SCHAAD, Pierre Luigi: V, 54, 167; 58, 187.

- SCHAEFER, August: III, 536, 185; 541, 196; 543, 203; 543, 204.
- SCHÄFERS, Bernhard: I, 270, 280; 271, 282; II, 330, 148.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich: I, 66, 131; 225, 148; 348, 67; 349, 68; II, 70, 1; 367, 3; III, 15, 10; 16, 12; 17, 17; 41, 91; 209, 65; 245, 56; 493, 21; 523, 143; 575, 55; 591, 23; 597, 47; IV, 70, 235; 87, 35; 112, 12; 403, 303.
- SCHAMBECK, H.: II, 299, 38.
- SCHARFETTER, Christian: IV, 168, 191.
- SCHEEL, Willy: I, 349, 71.
- SCHELER, Max: III, 189, 94; 204, 141; 351, 203; 445, 44.
- SCHENK: I, 230, 158.
- SCHEUFEL, Hans-Jürgen: IV, 418, 24.
- SCHIAPPOLI, Doménico: I, 345, 62; 346, 63; 347, 64; IV, 173, 208.
- SCHILEBEECKX, Edward: II, 358, 225; 361, 242.
- SCHLICK, Moritz: II, 316, 104.
- SCHLIEPHAKE, Walter: IV, 160, 168.
- SCHLUTTEER: IV, 357, 180.
- SCHMIDEBERG: IV, 150, 138.
- SCHMIDT, Eberhard: I, 65, 127; 120, 305; 148, 63; 196, 47; 196, 50; 197, 53; 341, 53; 342, 57; 360, 95; 361, 99; 361, 101; 361, 102; 362, 105; 369, 124; II, 79, 35; 82, 46; 101, 80; 103, 90; 139, 202; 173, 21; 174, 27; 237, 280; 242, 287; 267, 375; 274, 397; III, 92, 29; 101, 11; 111, 37; 111, 39; 113, 48; 114, 52; 117, 68; 328, 146; 331, 169; 343, 200; 363, 22; 500, 96; 523, 144; 536, 186; 540, 191; 582, 80; 612, 92; 634, 170; IV, 34; 106; 46, 156; 94, 61; 301, 24; 543, 80; V, 26, 46; 96, 37; 129, 122; 129, 126; 130, 129; 157, 216.
- SCHMIDT, Werner: III, 309, 68; 354, 46; 300, 75; 354, 245; IV, 41, 130; 421, 35.
- SCHMIDT, Werner: III, 309, 68; 354, 255.
- SCHMIDT GUEBAUER: V, 22, 30.
- SCHMIDTHÄUSER, Eberhard I, 65, 129; 77, 159; 79, 165; 197, 37; 245, 209; 246, 214; 255, 236; III, 20, 22; 31, 71; 31, 72; 32, 77; 52, 32; 56, 52; 63, 89; 123, 86; 125, 91; 137, 7; 177, 40; 177, 41; 178, 45; 242, 44; 292, 93; 304, 52; 312, 77; 328, 150; 331, 169; 344, 204; 353, 233; 353, 236; 376, 82; 438, 58; 459, 52 bis; 461, 67; 471, 115; 596, 91; IV, 25, 82; 67, 225; 86, 28; 182, 232; 196, 34; 223, 85; 226, 93; 250, 36; 251, 37; 251, 39; 256, 59; 317, 63; 321, 73; 322, 78; 327, 94; 328, 98; 330, 106; 338, 132; 341, 142; 341, 143; 341, 145; 346, 156; 356, 176; 356, 178; 371, 224; 371, 229; 391, 262; 395, 281; 424, 53; 459, 168; 470, 194; 486, 240; 495, 266; 508, 306; 515, 13; 516, 17; 546, 88; V, 18, 26; 29, 52; 53, 154; 58, 187; 60, 199; 271, 9; 303, 58; 309, 67; 318, 94; 318, 95; 331, 115.
- SCHMITT, Carl: II, 282, 429; 383, 39; IV, 21, 47.
- SCHMITT, Rudolf: III, 241, 42; 420, 146; 637, 192; IV, 560, 148; 561, 151.
- SCHNEIDER, Kurt: III, 353, 253; IV, 126, 45; 127, 49; 131, 64; 151, 144; 161, 108; 165, 181; 168, 189; 169, 191; 170, 197.
- SCHNITZER, Adolf: I, 297, 48.
- SCHOCH, Adolf: III, 575, 51.
- SCHÖDER, Friedrich Christian: III, 588, 16; 592, 26; 609, 85.
- SCHÖNE, Wolfgang: I, 72, 148; 88, 206; III, 457, 46; 465, 86.
- SCHÖNKE, Adolf: I, 197, 53; 310, 85; 473, 58; 478, 85; 479, 92; 495, 141; III, 70, 122; 101, 8; 118, 72; 151, 44; 176, 33; 188, 79; 298, 8; 309, 68; 328, 150; 331, 169; 334, 177; 348, 214; 348, 216; 353, 233; 353, 236; 355, 250; 356, 253; 397, 62; 413, 109; 416, 23; 455, 39; 456, 45; 460, 59; 467, 94; 468, 98; 469, 105; 471, 112; 498, 67; 500, 76; 517, 128; 522, 140; 523, 143; 523, 146; 524, 153; 524, 154; 525, 158; 533, 181; 542, 199; 545, 207; 545, 208; 550, 224; 552, 230; 552, 232; 575, 55; 588, 13; 595, 36; 596, 37; 613, 93; 634, 171; 638, 199; 640, 210; IV, 25, 80; 46, 159; 57, 196; 84, 11; 137, 74; 182, 232; 187, 13; 209, 60; 277, 76; 224, 89; 253, 46; 253, 48; 255, 54; 259, 62; 301, 24; 324, 84; 327, 93; 334, 119; 337, 128; 339, 134; 342, 150; 345, 154; 348, 163; 353, 169; 358, 184; 361, 194; 368, 216; 369,

- 218; 394, 274; 395, 279; 396, 282; 399, 296; 405, 305; 405, 308; 405, 309; 406, 310; 411, 3; 417, 20; 422, 40; 433, 66; 434, 67; 450, 125; 450, 128; 458, 164; 462, 175; 471, 202; 472, 204; 482, 223; 484, 230; 490, 251; 494, 263; 496, 271; 500, 281; 501, 282; 501, 284; 503, 288; 515, 11; 515, 12; 527, 40; 528, 43; 528, 46; 529, 49; 538, 65; 543, 80; 545, 103; 549, 105; 552, 115; 565, 164; V, 37, 78; 38, 82; 53, 154; 179, 269; 186, 298; 279, 23.
- SCHOOF, T. M.: II, 360, 234.
- SCHOONENBERG, Piet: II, 360, 238; 360, 239.
- SCHOPENHAUER, Arturo: III, 300, 33.
- SCHRAFL, Claudia María: III, 553, 234.
- SCHREIBER, Hans: I, 309, 80; IV, 91, 54.
- SCHRÖDER, Horst: I, 197, 53; 310, 85; 473, 58; 478, 85; 479, 92; 495, 141; III, 70, 122; 101, 8; 118, 72; 176, 33; 188, 79; 298, 8; 304, 49; 309, 68; 328, 150; 331, 169; 334, 177; 348, 214; 348, 216; 353, 233; 353, 236; 355, 250; 356, 253; 397, 62; 404, 84; 413, 109; 416, 126; 430, 31; 455, 39; 456, 45; 460, 59; 467, 94; 468, 98; 469, 105; 471, 112; 498, 67; 500, 76; 517, 128; 522, 140; 523, 143; 523, 146; 524, 153; 524, 154; 525, 158; 533, 181; 536, 186; 541, 196; 542, 199; 545, 207; 545, 208; 550, 224; 552, 230; 552, 232; 575, 57; 580, 68; 588, 13; 595, 36; 596, 37; 596, 37; 613, 93; 634, 171; 638, 199; 640, 210; IV, 25, 80; 46, 159; 57, 196; 80, 265; 84, 11; 137, 74; 182, 232; 187, 13; 209, 60; 217, 76; 221, 80; 224, 89; 253, 46; 253, 48; 255, 54; 259, 62; 301, 24; 305, 40; 324, 84; 327, 93; 334, 119; 337, 128; 339, 134; 342, 150; 345, 154; 348, 163; 353, 169; 358, 184; 358, 194; 361, 194; 368, 216; 369, 218; 394, 274; 395, 279; 396, 282; 399, 296; 405, 305; 405, 308; 405, 309; 406, 310; 411, 3; 417, 20; 422, 40; 422, 43; 433, 66; 434, 67; 450, 125; 450, 128; 458, 164; 462, 165; 471, 202; 472, 204; 482, 223; 484, 230; 490, 251; 494, 263; 496, 271; 500, 281; 501, 282; 501, 284; 503, 288; 515, 11; 515, 12; 527, 40; 528, 43; 528, 46; 529, 49; 538, 65; 543, 80; 548, 100; 549, 103; 549, 105; 552, 115; 165, 164; V, 26, 44; 37, 78; 38, 82; 53, 154; 179, 269; 186, 298; 279, 23.
- SCHUBART, Walter: II, 15, 19.
- SCHUBERT, Gernot: I, 371, 125; II, 151, 239.
- SCHUDT, Rolf: III, 364, 24; 364, 25; 379, 91.
- SCHUMANN, Hellmuth: V, 97, 37.
- SCHUKNECHT, Heinz: III, 523, 147; 525, 162.
- SCHÜLER: I, 225, 148.
- SCHULTZ, Hans: I, 26, 6; 44, 68; 45, 70; 49, 81; 84, 180; 86, 196; 88, 207; 90, 211; 124, 2; 214, 124; 245, 208; 385, 170; 474, 62; 477, 80; 482, 100; 490, 135; II, 237, 280; III, 56, 53; 145, 28; 145, 31; 174, 15; 300, 25; 314, 89; 331, 167; 418, 136; 438, 58; 583, 85; 596, 37; 596, 38; 624, 128; IV, 391, 262; 418, 21; 470, 194; 546, 89; 550, 109; 559, 145; V, 18, 26; 27, 51; 30, 59; 53, 154; 183, 289; 357, 158.
- SCHULTZE: I, 201, 69; II, 139, 201
- SCHUMACHER, Oskar: IV, 23, 68; 41, 130; 41, 132; 42, 136; V, 177, 255.
- SCHURMANN PACHECO, Rodolfo: III, 571, 37; IV, 33, 100.
- SCHUNEMANN, Werdan: III, 460, 63; 461, 64; 467, 91; 467, 93; 471, 113.
- SCHÜTZE, Theodor: I, 254, 232; II, 244, 293; IV, 14, 16.
- SCHWALM, Georg: I, 212, 112; V, 58, 187.
- SCHWANDER, Vital: IV, 144, 117.
- SCHWARTZ, Otto: III, 331, 169; 351, 227; IV, 83, 8.
- SCHWARTZ, José L.: I, 446, 99.
- SCHWARZ, Joachim: III, 405, 91; 413, 109; 460, 58; 595, 35.
- SCHWARZBERG, Carlos: III, 51, 25.
- SCHWEBE, Günther: III, 128, 97; IV, 97, 65.
- SCHWEIKERT, Heinrich: III, 31, 72; 196, 3; 197, 16; 199, 26; 203, 41; 207, 52 bis; 208, 60; 216, 93; 431, 32.
- SCHWENCK, Hans Günther: III, 516, 123.
- SCHWINGE: III, 17, 18.

- SCHVTER, Karl: II, 237, 280.
- SCIACCA, Michele Federico: II, 14, 13; 43, 129; 48, 151; 50, 159; 166, 4; 179, 48; 183, 67; 252, 432; 307, 69; IV, 248, 32.
- SCOTT, Donald: IV, 165, 181.
- SCREVENS, Raymond: II, 404, 100.
- SEEBER, Ricardo: I, 434, 78.
- SEEL, Paul: III, 181, 54
- SEELING, Ernst: I, 267, 264; 270, 281; III, 188, 80; IV, 126, 45.
- SEEMAN, Otto: II, 43, 128.
- SEGARRA: IV, 266, 79; 268, 83.
- SEGOVIA, Alberto L.: III, 545, 208.
- SEGOVIA, Lisandro: I, 424, 50; 424, 51; IV, 179, 222.
- SEILER, Robert: I, 53, 97.
- SÉJOURNÉ, Laurette: II, 20, 49.
- SEMPERE, Juan: I, 351, 74; 352, 77
- SENTIS MELENDO, Santiago: V, 60, 194.
- SERINI, Eugen: I, 387, 179; IV, 475, 209.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso: I, 57, 105; bis.
- SERRAU, René: II, 171, 17
- SERVAN, Michel de: II, 106, 108; III, 252, 95; 253, 97; 253, 98; V, 233, 375.
- SESSO: IV, 119, 30.
- SEWING, Johanna: V, 97, 37.
- SHAPIRO, Isaac: II, 399, 85.
- SHERIDAN: I, 400, 264.
- SICARD, Horacio: I, 450, 103.
- SIEGERT, Carl: III, 364, 22; 563, 7.
- SIERRA, Hugo Mario: IV, 292, 9; 316, 60; 319, 66; 322, 74; 391, 264; 467, 183.
- SIEVERTS, Rudolf: II, 237, 280; III, 362, 8; 364, 22.
- SIGHELE, Espiñón: IV, 173, 207; 398, 290.
- SILVA FRANCO: V, 69, 221.
- SILVA RUESTRA, Juan: I, 191, 32; 438, 92; II, 235, 277.
- SILVELA, Eugenio: III, 574, 45.
- SILVELA, Luis: IV, 111, 3; 112, 8.
- SILVING Helen: III 319, 110; 320, 120.
- SIMSON, Werner von: II, 436, 23; III, 397, 60; 403, 82
- SINA, Peter: III, 112, 46; 239, 39; 246, 58; 248, 66.
- SIRACUSA: I, 201, 69; 203, 75.
- SISCO, Luis: III, 534, 181.
- SKEIE, Jon: III, 110, 34; IV, 17, 23
- SLATTERY, Brian: I, 401, 289.
- SMIRNOV, L.: II, 400, 87; 401, 90; 401, 91.
- SMYTHIES, John Raymond: IV, 169, 191; 169, 192.
- SODI, Demetrio: III, 162, 77.
- SOKOL, Ronald: II, 22, 54.
- SOLÁ CANIZARES, Felipe de: I, 297, 48.
- SOLALINDE, Antonio: I, 355, 82.
- SOLER, Sebastián: I, 33, 29; 59, 108; 88, 204; 91, 212; 102, 244; 103, 245; 124, 2; 126, 8; 127, 13; 132, 22; 132, 24; 132, 25; 188, 15; 193, 34; 194, 42; 195, 46; 207, 95; 229, 155; 235, 169; 242, 201; 244, 202; 255, 236; 258, 241; 266, 261; 310, 83; 310, 86; 406, 10; 459, 2; 463, 11; 464, 16; 468, 31; 469, 32; 472, 52; 472, 54; 472, 56; 474, 62; 474, 65; 476, 72; 483, 104; 484, 112; 486, 116; 490, 133; 495, 140; II, 136, 194; 235, 278; 287, 449; 312, 92; 410, 125; III, 51, 25; 52, 34; 57, 62; 58, 64; 62, 83; 78, 156; 92, 35; 94, 58; 109, 22; 109, 27; 109, 28; 136, 1; 151, 47; 151, 49; 154, 55; 161, 72; 162, 74; 162, 75; 174, 17; 190, 85; 191, 86; 215, 88; 228, 16; 266, 6 bis; 274, 38; 291, 93; 307, 60; 317, 98; 317, 101; 328, 144; 338, 187; 365, 41; 368, 54; 385, 8; 414, 110; 417, 128; 426, 8; 430, 26; 431, 35; 433, 38; 436, 52; 436, 55; 457, 49; 466, 88; 503, 90; 536, 186; 572, 42; 594, 31; 596, 38; 596, 41; 600, 56; 605, 76; 605, 77; 605, 79; 614, 96; 615, 100; 616, 102; 620, 119; 620, 121; 625, 135; 625, 140; 625, 141; 626, 142; 631, 159; 639, 203; 639, 205; 640, 212; IV, 15, 20 bis; 16, 23; 86, 25; 117, 23; 145, 120; 236, 3; 276, 102; 280, 111; 304, 33; 346, 157; 346, 158; 353, 169; 358, 187; 365, 205; 366, 208; 366, 209; 370, 229; 372, 231; 381, 250; 383, 255; 391, 262; 396, 295; 406, 313; 423, 50; 440, 80; 466, 181; 468, 187; 471, 199; 482, 226; 482, 227;

- 482, 228; 489, 243; 520, 24; 520, 27; 542, 76; 544, 86; V, 15, 20; 23, 32; 32, 63; 36, 74; 37, 80; 38, 84; 41, 92; 47, 136; 49, 145; 51, 147; 51, 148; 60, 191; 61, 201; 63, 206; 66, 214; 66, 215; 66, 216; 67, 217; 71, 225; 75, 235; 75, 237; 77, 242; 84, 1; 85, 4; 95, 26; 120, 88; 131, 140; 178, 259; 184, 293; 185, 296; 200, 325; 202, 327; 229, 367; 245, 391; 250, 402; 250, 403; 254, 417; 254; 418; 255, 422; 255, 423; 257, 430; 257, 431; 258, 434; 262, 442; 262, 443; 264, 450; 264, 452; 287, 41; 316, 85; 318, 90; 322, 105; 327, 106; 337, 131; 357, 157; 358, 179; 359, 184; 360, 187; 372, 218; 374, 225; 375, 229; 380, 260; 380, 261; 383, 268; 390, 279; 395, 284; 401, 292; 413, 321; 429, 345; 440, 393; 441, 396; 442, 398; 445, 407; 459, 23; 472, 43.
- SOLER RICAURTE: II, 232, 261.
- SOLIZ QUIROGA, Héctor: I, 273, 292.
- SOLNAR, Vladimir: I, 87, 202.
- SOMMARUGA, Alberto: III, 572, 40.
- SOMMERLATE, Hans W.: I, 104, 248.
- SONNENFELS: II, 103, 88; 103, 89.
- SOROKIM: I, 318, 2.
- SOSA CHACÍN, José: I, 396, 234.
- SPAAN: III, 545, 208.
- SPENCER, Herbert: II, 269, 382; 371, 10; V, 144, 161.
- SPENCER, Kenrard: II, 208, 169.
- SPENDEL, Günther: III, 408, 96; IV, 421, 36; V, 269, 3.
- SPINA, Pedro A.: I, 238, 183.
- SPINO PÉREZ, Julio: IV, 203, 51.
- SPINOZA, B.: II, 74, 17.
- SPIRITO, Ugo: II, 75, 22; 87, 56; 88, 59; 89, 62; 98, 72; 100, 79; 121, 152; 121, 153; 133, 189; 134, 190; 177, 42; 180, 53; 209, 175.
- SPITZ, René: IV, 161, 171.
- SPOLEANSKI, Norberto: III, 40, 85; 60, 75; 109, 21; 317, 102; 444, 78; 476, 131; IV, 93, 58; 95, 62; 121, 34; 124, 38; 152, 144; 180, 223
- SPRINGORUM: I, 225, 148.
- SQUELLA, Agustín: II, 258, 342.
- STAFF, Alse: II, 381, 35.
- STALLYBRASS, W. T.: II, 377, 29.
- STAMMKÖTTER, Franz Ernst: IV, 115, 16.
- STAMMLER, Rudolf: II, 308, 71; 309, 75; 310, 77.
- STAMPA BRAUN, José María: II, 41, 120; 259, 345.
- STANGLEIN, M.: V, 255, 420.
- STANOIV: III, 395, 51.
- STAPLES, Robert: I, 271, 286.
- STARK, H. D.: V, 114, 76.
- STAUTON, George: I, 322, 13.
- STEENBERGEN: II, 54, 173; 67, 221.
- STEFANY, Gastón: III, 23, 45; V, 437, 377.
- STEGBAUER, Rainer: I, 343, 58.
- STEHENBERGHEN, Fernand von: II, 46, 145.
- STENGLEIN: I, 185, 9; 380, 146; III, 153, 53; IV, 414, 9.
- STENNER, Peter: III, 123, 98.
- STEVENSON, S. L.: II, 315, 97.
- STHAL, Friedrich: I, 84, 184.
- STILLER, Gerhard: II, 221, 213.
- STIRNER, Max: II, 409, 117.
- STOLL, Hans: III, 497, 63.
- STONE, Julius: II, 299, 39
- STOOS, Karl: I, 94, 218; 95, 219; 95, 220; 96, 222; 106, 254; 385, 169; II, 79, 35; III, 200, 28; 537, 184; IV, 140, 80; 140, 81; 140, 82; 141, 86; 141, 94; V, 26, 42; 376, 235.
- STRAHL, Juan: III, 270, 24.
- STRATENWERTH, Günther: I, 49, 82; 53, 95; 88, 207; 111, 269; 238, 183; 244, 203; 245, 209; II, 60, 193; 66, 215; 298, 34; 304, 61; III, 20, 32; 31, 72; 52, 32; 79, 158; 176, 31; 177, 40; 263, 1; 264, 5; 281, 59; 292, 93; 295, 1; 296, 6; 298, 10; 306, 57; 308, 66; 314, 89; 318, 103; 328, 150; 331, 169; 338, 184; 348, 215; 348, 216 bis; 352, 232; 364, 24; 375, 81; 376, 84; 383, 1; 397, 60; 397, 63; 401, 72; 402, 74; 402, 74 bis; 409, 99; 412, 103; 412, 104; 412, 106; 412, 107; 416, 123; 438, 58; 450, 12; 454, 34; 455, 39; 456, 44; 456, 45; 460, 56; 461, 65; 464, 81; 464, 83; 467, 90;

- 467, 92; 468, 95; 468, 100; 468, 102;
 469, 106; 469, 108; 469, 109; 471, 112;
 473, 122; 475, 128; 475, 129; 477, 132;
 481, 142; 494, 39; 494, 40; 508, 103;
 508, 107; 522, 140; 522, 141; 523, 142;
 524, 150; 526, 163; 526, 164; 527, 167;
 545, 208; 552, 233; 577, 58; 578, 61;
 579, 63; 580, 70; 590, 21; 592, 24; 592,
 27; 595, 32; 595, 34; 595, 36; 597, 47;
 599, 53; 603, 67; 603, 69; 603, 81; 618,
 111; 619, 114; 624, 130; 634, 173; 637,
 188; 637, 190; 637, 191; 638, 195; 639,
 201; IV, 11, 9; 15, 17; 27, 86; 30, 92;
 35, 108; 44, 149; 46, 149; 48, 167; 69,
 232; 74, 252; 76, 254; 80, 266; 84, 10;
 88, 41; 191, 26; 214, 67; 214, 68; 216,
 74; 223, 87; 229, 103; 242, 21; 251,
 38; 253, 49; 254, 50; 255, 55; 261, 65;
 278, 105; 278, 106; 301, 22; 304, 34;
 304, 37; 305, 38; 305, 40; 307, 45; 308,
 48; 317, 63; 324, 87; 327, 94; 330, 107;
 331, 111; 332, 112; 334, 117; 337, 129;
 345, 153; 347, 160; 352, 165; 353, 169;
 354, 172; 356, 177; 358, 185; 358, 188;
 359, 189; 361, 195; 366, 208; 367, 210;
 368, 214; 370, 222; 371, 230; 375, 238;
 375, 239; 391, 262; 395, 281; 396, 284;
 410, 1; 420, 30; 422, 40; 434, 68; 446,
 105; 449, 121; 449, 122; 449, 123; 450,
 129; 454, 153; 467, 184; 469, 194; 472,
 203; 482, 226; 489, 246; 494, 263; 496,
 273; 501, 283; 503, 293; 516, 17; 529,
 47; 546, 90; 551, 111; 552, 114; 552,
 115; 555, 122; V, 18, 26; 53, 154; 58,
 187; 303, 57; 303, 58.
- STRAUSS, Hans: IV, 165, 181
- STREE, Walter: III, 468, 98; V, 56, 179.
- STREICHER, H.: V, 177, 256.
- STREJILEVICH, Mario: IV, 168, 189.
- STRÖM, Folke: I, 343, 58.
- STÜBEL, Christoph Carl: III, 196, 9;
 197, 10; 468, 103.
- STÜRUP: V, 154, 199.
- STURZNEGGER, Hubert: V, 179,
 270; 180, 278; 195, 312.
- SUAREZ, Eloy Emiliano: V, 81, 250;
 219, 356.
- SUAREZ MONTES, Rodrigo F.: III, 71,
 128; 101, 8; IV, 252, 144; 158, 161.
- SUAZO LAGOS, René: IV, 25, 83.
- SUBIRATS, Eduardo: II, 411, 127.
- SUEIRO, Daniel: V, 98, 44.
- SUERI, Knut: I, 116, 228; V, 376, 236.
- SULHI ERMAN, Sahir: III, 53, 39; 624,
 130.
- SULZ, Eugen: III, 61, 78; 61, 79.
- SUSSEKIND, Elisabeth: V, 157, 216.
- SUSTERHENN: V, 96, 37.
- SWANEPOEM, H. L.: III, 426, 8.
- SWINFENGREEN: I, 134, 30.
- SZASZ, Thomas: V, 456, 8.
- SZILASI, Wilhelm: I, 28, 12; 31, 21; II,
 33, 97; III, 54, 40 ter.
- SZNICK, Valdir: IV, 552, 113; V, 380,
 258.
- TABIO, Evelio: I, 224, 148.
- TAILLANDER, M. A.: II, 117, 141.
- TAKAKUSU, Junjiro: II, 18, 35.
- TAMAYO, José Miguel: I, 396, 234.
- TAMAYO, Rolando: III, 275, 47.
- TAMMELO, Ilmar: II, 299, 39.
- TAPIA, Eugenio: III, 446, 85.
- TARDE, Gabriel: II, 207, 157; 208, 162;
 IV, 173, 209.
- TARELLO, Giovanni: I, 358, 88; 359,
 93; 360, 97; 360, 98; II, 142, 207.
- TAYLOR, Laurie: I, 254, 232; 271, 284;
 271, 286; III, 103, 14.
- TEJA ZABRE, Alfonso: III, 17, 19;
 60, 73.
- TEICHMANN, Albert: IV, 141, 85.
- TEILHARD de CHARDIN, Pierre: II,
 78, 32; 359, 226; 359, 228.
- TEISSEIRE, Edovar do: V, 87, 6; 87,
 7; 161, 222; 379, 247.
- TEJEDOR, Carlos: I, 185, 9; 189, 27;
 193, 34; 410, 22; 410, 23; II, 121, 154;
 199, 125; III, 136, 2; 323, 129; IV,
 150, 136; 298, 11; V, 41, 93; 77, 244;
 92, 21; 92, 22; 95, 36; 109, 61; 118,
 79; 120, 86; 258, 433; 278, 21.
- TELFORD: I, 254, 232.
- TELLO, Julio C.: II, 19, 41.
- TEMMELE, J. D. H.: III, 442, 69.
- TERÁN LOMAS, Roberto: I, 328, 28;
 436, 87; 449, 103; III, 17, 18; 51, 28;
 52, 34; 57, 61; 62, 87; 88, 16; 92, 37;
 94, 58; 109, 26; 110, 35; 151, 48; 151,

- 49; 154, 56; 162, 77; 228, 17; 274, 43; 307, 60; 317, 101; 348, 216 bis; 366, 43; 384, 3; 418, 131; 434, 46; 436, 52; 503, 90; 536, 186; 545, 208; 547, 212; 568, 29 bis; 572, 42; 618, 109 ter; 636, 182; 639, 203; IV, 17, 23; 117, 23; 178, 216; 236, 3; 289, 3; 346, 157; 371, 231; 416, 19 bis; 466, 179; 467, 183; 468, 189; 520, 24; V, 15, 20; 47, 136; 57, 184; 206, 333; 257, 430; 258, 434; 284, 25; 287, 417; 337, 131; 455, 5; 459, 23; 468, 30.
- TEREBÍLOV, V.: II, 390, 60.
- TERRAGNI, Marco Antonio: III, 162, 77; 435, 48; 436, 52; 439, 60.
- TESAR, Otto Karl: I, 253, 232; II, 225, 228; III, 301, 25; IV, 43, 142; 43, 143; 128, 53.
- TESTENA, Folco: II, 209, 171.
- THERBORN: II, 329, 144; 330, 147; 330, 152; 335, 171; 374, 24.
- THIBON, Gustavo: II, 277, 410.
- THIERFELDER, Rudolf: III, 565, 18; IV, 16, 21.
- THON, August: III, 31, 65; 572, 41.
- THONISSEN, Jean Josef: I, 323, 18; 324, 22; 328, 28; 332, 35.
- THORMANN: IV, 144, 116; 145, 119.
- THORNSTEDT, Hans: I, 389, 189.
- THORPE, Francis: I, 137, 44.
- THORSTEN, Eriksson: I, 203, 75.
- THOT, Ladislao: I, 203, 75; 224, 148; 251, 225; 274, 294; 275, 296; 320, 7; 320, 8; 321, 9; 321, 11; 322, 14; 322, 15; 323, 16; 323, 17; 323, 18; 324, 20; 324, 21; 324, 22; 325, 23; 325, 24; 327, 27; 328, 25; 330, 30; 331, 31; 333, 36; 334, 38; 334, 39; 335, 41; 336, 43; 347, 65; 364, 110; 375, 136; 428, 65; V, 46, 125; 431, 351.
- THOULESS, Robert: IV, 478, 216.
- TIBERGHEN, G.: II, 271, 384.
- TIEDEMANN, Klaus: III, 242, 44; 554, 239; V, 157, 216.
- TIFFANY, Joel: I, 136, 42; 136, 43; V, 46, 124; 46, 126; 48, 141.
- TILLICH, Paul: II, 49, 154; 60, 194 bis; 354, 214.
- TIMASHEFF, Nicholas: I, 270, 279; II, 66, 213; 207, 158.
- TISSOT, J.: III, 155, 58; V, 349, 165.
- TITTMANN, Karl August: I, 32, 26; III, 58, 66.
- TJONG, Zong U. K.: I, 320, 8; 321, 10; 322, 12; 324, 19; 324, 20; 399, 249; II, 16, 26; 291, 4; 301, 47; 302, 54; 312, 89; 405, 107; III, 69, 116; 71, 129.
- TOCQUEVILLE, Alexis de: V, 144, 161.
- TOFFOLETTO, Ettore: II, 203, 136.
- TOMÁS y VALIENTE, Francisco: I, 357, 86.
- TOMÉ, Eustaquio: I, 224, 148.
- TOMMASI, Donato: II, 98, 72.
- TORMAN, Philip: V, 438, 382.
- TORRADILLOS BASOCO, Juan María: V, 462, 26.
- TORRE REVELLO, José: I, 404, 1.
- TORRES CHAVES, Efraín: IV, 151, 140.
- TOSCA: I, 101, 242.
- TOSCANO, Salvador: II, 19, 41.
- TOZZINI, Carlos: III, 220, 1; 321, 125; 401, 68; 407, 95; 545, 208; IV, 86, 25; 152, 144; 300, 19; 309, 50; 335, 123; 353, 169; V, 123, 102.
- TRAEGER, Ludwig: III, 270, 24.
- TRAININE, A. N.: I, 253, 232; 254, 233.
- TRANCHINA, Giovanni: V, 155, 208.
- TRECHSEL: IV, 357, 182.
- TREJO, Wonfilio: IV, 93, 58.
- TREPLIN: IV, 421, 36; 490, 247.
- TRESMONTANT, Claude: II, 359, 232.
- TRIFFTERER, Otto: I, 255, 235; V, 113, 70; 114, 74.
- TRIPS, Günther: I, 212, 113.
- TRÖNDLE, Herbert: V, 214, 347.
- TUCKER, John Randolph: I, 136, 43.
- TURBERVILLE, Arthur S.: II, 369, 7.
- TURNER, Cecil: IV, 150, 138.
- TURNER, Stanley: II, 202, 135 bis.
- TUZEMEN, Siddik: V, 449, 417.
- UCHA, Antonio: I, 224, 148.
- UHSE, Bernd: IV, 115, 16.
- ULMAN, Emanuel: V, 53, 157.
- ULSENHEIMER, Klaus: III, 404, 85; 405, 91; 406, 96; 430, 31.

- UNAMUNO, Miguel de: II, 171, 20; 349, 188.
- UNCAL, Juan de Dios: IV, 480, 220.
- URTEAGA, Horacio: II, 19, 41.
- UTZERATH, Mathias: II, 310, 79.
- UZANDIVARAS: IV, 148, 132; 152, 144.
- VALBUENA: IV, 236, 3 bis.
- VALDEZ, Horacio: V, 250, 402; 252, 411; 252, 414.
- VALENCIANO GAYA, Luis: IV, 149, 133; 151, 142.
- VALERGA ARAOZ, Jorge: III, 546, 208 bis.
- VALLS, Francisco Javier: II, 247, 307.
- VALOTTA, Marcelo R.: III, 311, 73; V, 27, 50.
- VANNINI, Ottorino: I, 109, 262; III, 248, 69; 440, 64; IV, 419, 25; V, 15, 18; 390, 277.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo: I, 158, 82; 305, 68.
- VARELA, Bernardo Carlos: III, 545, 208; V, 15, 22.
- VARELA, Luis: I, 204, 77; V, 143, 161; 152, 191; 157, 212; 160, 220.
- VARELA FEIJOÓ, Jacobo: I, 255, 235.
- VÁSALLI, Giuliano: I, 34, 30; 87, 199; 386, 175; IV, 445, 99; V, 15, 18; 18, 25; 123, 100.
- VATEL, C.: I, 185, 9; III, 153, 54; 323, 130; 323, 131; IV, 103, 76; 139, 77; 237, 5; 273, 89; 414, 9; V, 41, 94; 120, 87; 277, 19.
- VAZ FERREIRA, Carlos: II, 349, 187.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: III, 136, 1; 318, 102; 329, 156; 639, 203; IV, 416, 17; 446, 108.
- VECILLA de las HERAS, Luis: III, 589, 17; V, 97, 39.
- VED, P. Nanda: I, 255, 235.
- VEJAR VÁZQUEZ, Octavio: I, 210, 105.
- VÉLEZ, MARIGONDE, Alfredo: I, 191, 32; V, 60, 195.
- VERA BARROS, Oscar: I, 236, 177; 246, 214; 246, 215; V, 38, 86; 75, 239; 77, 242; 413, 319; 440, 390.
- VERDROSS, Alfred: I, 81, 172; II, 14, 15; 21, 50; 21, 51; 23, 57; 24, 59; 26, 69; 28, 76; 32, 90; 33, 95; 34, 100; 35, 104; 38, 111; 39, 114; 42, 124; 42, 125; 49, 153; 62, 200; 69, 1; 70, 2; 71, 11; 74, 18; 291, 5; 292, 13; 293, 17; 349, 196; 361, 243; 409, 116; III, 67, 106; 305, 56; 587, 9.
- VERGARA, Pedro: V, 311, 76; 338, 136.
- VERGÉ, Charles: I, 184, 7.
- VERHAEGEN, Jacques: IV, 283, 114.
- VERIN, Jacques: II, 319, 118.
- VERMEIL: I, 372, 133.
- VERNENGO, Roberto José: V, 22, 31.
- VERNET, Maurice: II, 359, 232.
- VERWEYEN, J. M.: II, 46, 145; 48, 151; 51, 163; 52, 166; 53, 169.
- VETERE, Eduardo: V, 157, 210; 157, 216.
- VETTER, August: II, 277, 410.
- VIADA y VILASECA, Salvador: IV, 179, 218; 440, 78; V, 34, 71; 34, 72; 170, 235; 274, 12.
- VIALE, César: I, 224, 148.
- VIALETON, Louis Marius: II, 204, 141.
- VIAZZI, Pio: I, 236, 177; 237, 179.
- VICHWEG: III, 133, 112.
- VICO, C. M.: I, 250, 220.
- VICO Y BRAVO, Juan de Dios: I, 322, 13.
- VIDA, Fernenco: II, 227, 236.
- VIDAL, Georges: III, 139, 16; V, 437, 376.
- VIDAL, Guillermo: IV, 170, 196; 170, 198; 265, 75.
- VIDAL, Humberto: III, 312, 77 bis; IV, 148, 132; 152, 144; 339, 135.
- VIDAL ALBARRACÍN, Héctor: III, 544, 206.
- VIDAL RIBEROLL, Carlos: III, 289, 87.
- VIDAL Y QUITART, J. M.: I, 391, 202.
- VIEIRA, Manuel A.: I, 250, 222; 253, 230.
- VIGNAUX, Paul: II, 47, 148; 48, 150.
- VILANOVA, José M.: I, 129, 17.
- VILLADA, José Luis: I, 450, 103; V, 33, 63.

- VILLALMONTE: II, 360, 234.
- VILLALOBOS, Ignacio: III, 110, 31; 292, 93; 503, 90; 588, 15.
- VILLAREAL MÓRO, Eduardo: III, 210, 70.
- VILLARI, Pasquale: II, 98, 72.
- VILLAVICENCIO, Víctor Modesto: I, 331, 32.
- VILLEY, Edmond: I, 358, 87; 365, 114.
- VINALES SORICH: V, 22, 30.
- VIÑAS, Raúl Horacio: IV, 17, 23.
- VIRASORO: I, 446, 99.
- VITA, André: II, 320, 118; III, 24, 46; 503, 90; 575, 49; V, 438, 379; 446, 410.
- VITORIA, Francisco de: III, 318, 106.
- VIVEIROS de CASTRO: II, 208, 168.
- VLAHOFF, I. S.: II, 404, 99.
- VOGEL: I, 320, 8.
- VOGLER, T.: I, 255, 235; IV, 255, 55.
- VOGT: II, 472, 120.
- VRIJ, M. P.: II, 238, 280.
- VOUIN, Robert: III, 23, 45; V, 438, 381.
- WACH, Adolf: V, 177, 255.
- WÄCHTER, Karl Georg von: II, 172, 22; III, 197, 13; IV, 115, 16.
- WAHLE, Eberhard: III, 184, 61.
- WAHRIG, Gerhard: III, 14, 5.
- WALDER, H.: IV, 144, 117; 145, 119.
- WALEY: II, 16, 25.
- WALTON, P.: I, 271, 284; 271, 286; III, 103, 14.
- WARD, L.: II, 229, 250.
- WARDA, Günther: III, 637, 185; IV, 107, 89.
- WARREN, Margarita: V, 154, 201.
- WASCHINGER, Michael: III, 364, 22.
- WATERMANN, Fredrich: III, 86, 9; 299, 24.
- WATSON, J. B.: I, 270, 277; III, 103, 14 bis.
- WATZLAWICK, Paul: III, 486, 2.
- WEBER, Hans: IV, 36, 110.
- WEBER, Hellmuth von: I, 135, 37; 139, 49; 251, 225; 308, 75; III, 32, 78; 40, 85; 41, 92; 69, 118; 112, 44; 113, 47; 124, 87; 169, 4; 203, 42; 203, 43; 207, 54; 209, 63; 251, 90; 268, 8; 275, 47; 295, 1; 296, 2; 306, 57; 317, 98; 324, 135; 328, 149; 329, 157; 333, 173; 337, 182; 338, 184; 343, 200; 344, 207; 358, 262; 363, 15; 364, 23; 364, 25; 417, 124; 421, 151; 424, 2; 424, 3; 430, 30; 456, 40; 493, 25; 494, 41; 507, 100; 575, 51; 575, 55; 580, 69; 634, 173; IV, 11, 9; 20, 40; 27, 86; 27, 89; 87, 35; 214, 67; 228, 100; 278, 106; V, 126, 46; 129, 122.
- WEBER, Hermann: IV, 90, 47.
- WEBER, Max: II, 329, 146.
- WEBER, Rudolf: I, 214, 123.
- WEGNER, Arthur: III, 351, 223; 351, 224; 351, 225; 365, 30; 575, 49; 597, 47; IV, 23, 63; 422, 40; 469, 191.
- WEILAND, J.: II, 361, 244.
- WEINDLER, Karl: III, 188, 80.
- WEISS, André: I, 250, 220.
- WEITBRECHT, Hans J.: IV, 131, 65; 133, 67; 148, 133; 160, 168; 161, 170; 165, 181; 168, 189; 168, 191; 169, 192; 171, 200; 265, 74.
- WELCKER, Karl: I, 84, 183.
- WELP: III, 468, 101; 469, 107; 472, 117; 473, 123.
- WELZEL, Hans: I, 44, 69; 49, 82; 81, 172; 86, 199; 110, 266; 124, 2; 137, 47; 255, 236; 288, 23; 288, 25; 289, 26; 289, 27; 294, 34; 477, 78; II, 14, 16; 21, 52; 25, 63; 32, 90; 33, 94; 38, 112; 42, 124; 52, 166; 53, 170; 57, 185; 59, 192; 62, 199; 64, 207; 67, 219; 69, 1; 71, 5; 71, 10; 78, 33; 149, 228; 175, 29; 242, 285; 243, 289; 243, 291; 246, 303; 267, 375; 280, 425; 282, 431; 288, 450; 300, 43; 301, 49; 301, 50; 302, 52; 303, 58; 303, 60; 304, 63; 310, 79; 311, 81; 311, 82; 312, 88; 352, 204; 361, 243; 436, 23 bis; 445, 41; 449, 55; III, 16, 15; 20, 32; 31, 71; 31, 72; 32, 74; 32, 75; 32, 77; 42, 96; 52, 32; 61, 78; 62, 81; 64, 93; 65, 97; 66, 99; 67, 103; 67, 104; 67, 105; 68, 115; 70, 120; 78, 155; 86, 5; 86, 8; 99, 4; 100, 6; 101, 9; 119, 73; 137, 7; 175, 23; 176,

25; 182, 57; 187, 71; 188, 79; 197, 18;
 202, 35; 205, 47; 207, 51; 213, 82; 223,
 3; 224, 4; 225, 5; 233, 25; 239, 32;
 246, 57; 249, 72; 250, 87; 263, 1; 271,
 32; 271, 33; 275, 48; 280, 56; 295, 1;
 296, 6; 298, 7; 298, 16; 298, 17; 299,
 20; 303, 44; 303, 45; 304, 52; 305, 57;
 306, 58; 309, 68; 314, 86; 314, 87;
 315, 94; 324, 138; 325, 139; 325, 140;
 327, 141; 328, 148; 328, 151; 329, 155;
 330, 160; 330, 165; 330, 166; 331, 167;
 331, 169; 335, 179; 338, 184; 343, 200;
 348, 215; 349, 219; 351, 225; 351, 227;
 352, 228; 352, 231; 354, 245; 355, 247;
 355, 249; 355, 251; 356, 252; 364, 24;
 367, 51; 371, 68; 373, 72; 375, 81; 378,
 88; 386, 9; 388, 20; 388, 22; 392, 32;
 392, 36; 394, 39; 394, 41; 394, 47;
 397, 60; 397, 64; 398, 66; 401, 69; 402,
 78; 404, 87; 405, 88; 405, 89; 408,
 97; 409, 98; 411, 102; 412, 105; 412,
 107; 415, 120; 416, 123; 430, 30; 433,
 41; 434, 44; 434, 45; 438, 58; 446,
 83; 447, 1; 450, 12; 454, 35; 454, 36;
 455, 38; 455, 39; 456, 41; 457, 50;
 458, 52; 459, 54; 460, 59; 461, 68; 461,
 70; 464, 82; 465, 84; 467, 94; 468, 97;
 469, 108; 469, 109; 473, 126; 473, 127;
 475, 129; 477, 135; 478, 136; 478, 137;
 482, 143; 491, 9; 491, 10; 492, 15; 493,
 17; 493, 22; 493, 26; 496, 49; 496,
 52; 496, 57; 496, 58; 497, 62; 498, 68;
 498, 71; 498, 72; 502, 84; 503, 87; 503,
 88; 503, 89; 507, 100; 510, 111; 510,
 114; 512, 116; 513, 118; 517, 128; 519,
 130; 519, 132; 521, 138; 522, 140; 523,
 142; 523, 144; 523, 145; 523, 146; 523,
 147; 524, 149; 524, 150; 524, 154;
 525, 157; 525, 159; 526, 164; 536, 186;
 539, 189; 561, 2; 565, 20; 566, 23;
 569, 30; 571, 37; 573, 45; 575, 51; 576,
 56; 579, 65; 580, 67; 580, 74; 581, 77;
 588, 12; 591, 23; 592, 24; 594, 31;
 595, 32; 595, 33; 595, 35; 596, 37;
 596, 42; 597, 47; 599, 51; 599, 53; 601,
 62; 602, 65; 603, 69; 605, 80; 605,
 81; 614, 97; 614, 98; 624, 130; 627,
 143; 634, 173; 637, 187; 639, 200;
 IV, 10, 4; 11, 9; 15, 17; 25, 84; 25,
 85; 27, 86; 27, 89; 29, 91; 34, 105;
 35, 108; 36, 113; 36, 114; 38, 118; 46,
 159; 51, 178; 69, 229; 76, 255; 83, 9;
 84, 10; 84, 12; 85, 18; 86, 29; 88, 38;
 88, 40; 88, 41; 89, 45; 89, 46; 90, 47;
 90, 49; 91, 53; 91, 54; 91, 56; 100,

69; 101, 72; 101, 73; 171, 200; 185, 6;
 187, 14; 190, 24; 191, 26; 196, 34;
 212, 63; 214, 67; 222, 82; 223, 87;
 242, 21; 251, 41; 252, 45; 253, 46;
 253, 47; 255, 55; 261, 66; 262, 69; 299,
 16; 300, 19; 301, 22; 302, 28; 303, 29;
 305, 39; 305, 40; 309, 52; 313, 55; 316,
 56; 320, 70; 322, 75; 324, 86; 328, 99;
 329, 102; 336, 127; 340, 137; 341, 143;
 345, 152; 352, 165; 353, 167; 353,
 167 bis; 353, 168; 356, 177; 357, 182;
 362, 200; 366, 208; 368, 213; 368, 217;
 371, 226; 375, 237; 391, 262; 392,
 267; 394, 275; 394, 277; 395, 279; 395,
 281; 396, 283; 397, 286; 399, 296; 410,
 2; 420, 31; 422, 40; 422, 41; 435, 71;
 449, 122; 452, 146; 453, 148; 453, 150;
 456, 160; 462, 175; 467, 184; 469, 192;
 469, 194; 472, 203; 482, 226; 484, 230;
 485, 235; 489, 244; 494, 263; 494, 264;
 503, 290; 503, 291; 516, 17; 524, 36
 bis; 527, 41; 530, 50; 533, 55; 535,
 57; 537, 60; 537, 62; 542, 74; 543, 80;
 544, 83; 548, 95; 548, 100; 549, 103;
 550, 106; 551, 111; 552, 114; 555, 119;
 556, 125; 556, 126; 560, 146; V, 14,
 14; 29, 53; 53, 154; 398, 287.

WENLEY, Robert Mark: II, 41, 121.

WERNER, IV, 144, 117; 145, 119.

WERNY, Karl: III, 402, 78.

WESSELS, Johannes: I, 49, 79; 115, 287;
 III, 20, 32; 52, 32; 79, 158; 115,
 56; 176, 32; 178, 46; 178, 47; 184, 60;
 271, 33 bis; 272, 35; 285, 73; 295, I;
 296, 6; 304, 52; 306, 57; 314, 89; 328,
 150; 330, 160; 330, 162; 333, 172; 348,
 216 bis; 351, 227; 416, 122; 433, 41;
 569, 34; 574, 48; 575, 51; 578, 60; 583,
 84; 637, 187; 639, 201; IV, 11, 9; 27,
 86; 32, 98; 46, 159; 77, 259; 107, 85;
 185, 7; 191, 26; 223, 87; 254, 51; 305,
 40; 322, 82; 328, 99; 391, 262; 395, 278;
 434, 68; 470, 194; 484, 230; 509, 308;
 538, 65; 560, 146; V, 18, 26; 55, 168.

WETTER, Gustav: III, 68, 113.

WEK, Peter: III, 181, 54.

WEYGAND, W.: 147, 125.

WHAL, Jean: II, 349, 190.

WIECK: IV, 149, 133; 165, 181. 168,
 189; 169, 191; 171, 201.

WIECKER, Franz: III, 497, 63.

WIJETUNGE: III, 633, 166.

- WILD, John: II, 27, 71.
- WILDA, Wilhelm E.: I, 344, 59.
- WILLENBÜCHER, Ferdinand: I, 361, 102.
- WIMMER, August: III, 394, 45; 403, 78.
- WINDELBAND, G.: II, 70, 4; 75, 20; 77, 30; 197, 117; 240, 283; 267, 376; 268, 378; 268, 381.
- WINKHAUS, Dietrich: III, 548, 217.
- WINKLER, Günther: IV, 418, 24.
- WITTGENSTEIN, Ludwig: II, 315, 100; 315, 102; 317, 109.
- WIKKLER, Wolfgang: II, 438, 30.
- WOESNER, Horst: III, 595, 36.
- WOLF, Ernst: III, 472, 116; V, 96, 37.
- WOLF, Erik: I, 224, 148; 239, 184; 288, 21; II, 21, 51; 22, 55; 25, 66; 32, 90; 155, 250; 155, 251; 436, 21; III, 70, 120; 115, 55; 186, 62; 187, 68; 256, 101; 285, 69; 363, 16; 363, 18; 379, 90; 379, 94; 456, 40; IV, 11, 9; 43, 139; 43, 144; 56, 191; V, 318, 92.
- WOLF, Karl: III, 51, 30; 53, 38.
- WOLTER, Wladylaw: III, 573, 45.
- WOLTZENDORF, Kurt: I, 236, 173.
- WOODCOCK: II, 408, 111; 408, 113; 409, 119; 410, 121.
- WUNDT, Wilhelm Max: II, 240, 282; III, 304, 47.
- WÜRTEMBERGER, Thomas: I, 53, 96; 75, 153; II, 54, 175; 56, 181; 57, 186.; 302, 51; III, 115, 55; 116, 62; 256, 101; 364, 24; IV, 117, 25; V, 96, 37; 130, 132; 155, 202; 157, 213; 216, 354.
- WUSSOW, Werner: III, 497, 67.
- WYETUNGE, E. P.: I, 400, 265.
- WYNHOLT, M. R.: I, 397, 242.
- WYSS, Oskar: V, 348, 160.
- YAKATA, Masuda: III, 457, 46.
- YANEZ, Agustín: II, 19, 43.
- YANEZ PÉREZ, Sergio: IV, 300, 19; 333, 116.
- YANEZ ROMAN: V, 99, 46.
- YOUNG, J.: I, 271, 284; 271, 286; III, 103, 74.
- YRURETA, Gladis: IV, 203, 50; 204, 53; 204, 54.
- YUNGANO, Arturo R.: III, 546, 208 bis.
- YUNGANO, Marta: III, 72, 134.
- ZAC, Jod: IV, 151, 144; 154, 152; 154, 153; 158, 160.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: I, 145, 56 bis; 211, 106 bis; 266, 262; 334, 40; 387, 181; 394, 218; 395, 224; 395, 227; 395, 228; 395, 229; 396, 234; 396, 236; 397, 237.; II, 316, 106; 371, 11; 417, 110 ter; III, 12, 3; 20, 25; 39, 84; 47, 10; 72, 134; 72, 135; 72, 137; 139, 13; 140, 17; 150, 42; 280, 57; 287, 83; 293, 97; 296, 3; 296, 4; 301, 36; 307, 60; 317, 102; 341, 194; 342, 196; 375, 79; 375, 80; 380, 98; 401, 73 426, 10; 436, 51; 439, 61; 492, 12; 511, 115 bis; 528, 169 bis; 533, 180; 538, 183; 540, 193; 544, 205; 592, 25 ter; 630, 157 bis; IV, 39, 124; 66, 223; 75, 253; 94, 60; 115, 16; 117, 26; 139, 76; 150, 138; 152, 146; 189, 2; 279, 110; 412, 4 bis; V, 108, 60; 139, 149; 214, 344; 386, 273; 390, 279; 399, 289.
- ZAHN, K.: II, 102, 86.
- ZALAZAR, Daniel E.: II, 233, 262.
- ZAMBRANO, M.: II, 41, 121.
- ZANARDELLI: IV, 161, 169.
- ZANGANI: III, 548, 215.
- ZANGRANDI, Ruggero: II, 212, 184.
- ZAPATA CESPI, Victor: I, 273, 292.
- ZAVALÍA, Clodomiro: V, 48, 142.
- ZDRAVOMISLOV: II, 399, 85; 402, 92; III, 110, 34; 564, 8.
- ZEBALLOS, Estanislao: V, 91, 17.
- ZELICHT: II, 388, 51.
- ZELLER, Eduard: II, 32, 92; 36, 105; 38, 109; 44, 135; 45, 139; 45, 141; 45, 142.; 49, 157.
- ZERBOGLO: I, 236, 177.
- ZIMMERMANN, Leopold: III, 17, 18; 363, 11; IV, 298, 13; 301, 23.
- ZINGARELLI, Nicola: III, 54, 40.
- ZIPF, Heinz: I, 42, 66 ter; 66, 132; 115, 287; 124, 2; 153, 80 bis; 157, 81 bis; 231, 162; III, 20, 32; 70, 120; 79, 158;

- 213, 83; 272, 35; 306, 57; 314, 89; 328, 152; 348, 216; 554, 240; 575, 51; IV, 52, 179 bis; V, 214, 347; 269, 3; 293, 48; 309, 68; 309, 70.
- ZLATARIC, Bogdian: II, 237, 280.
- ZOBEL, Cristof: I, 349, 70
- ZORRAQUIN BECÚ, Ricardo: I, 404, 1.
- ZUCCHERINO, Ricardo: I, 261, 250.
- ZULVETA, Luis: I, 380, 147.
- ZUMPT, A. W.: I, 336, 44.
- ZUNINI, G.: I, 270, 278.
- ZÜRCHER: IV, 144, 117; 145, 119.
- ZUTT, J.: V, 456, 11.
- ZWEIG, Stephan: II, 410, 121.

ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS

ACCION:

Concepto idealista. La teoría causal de la acción: III, 97.

Razf filosófica del concepto causalista: III, 99.

Problemas de la teoría causalista: III, 104.

La esencia de la teoría causalista: III, 106.

Concepto social de acción: III, 111.

Otras teorías: III, 121.

a) Baumann: III, 121.

b) von Weber: III, 123.

c) Schmidhäuser: III, 125.

d) Roxin: III, 126.

Unidad y pluralidad de acciones: IV, 520 y ss.

ACTIONES LIBERAE IN CAUSA.

TEORIA: III, 438.

Crítica de la teoría: III, 439.

AGOTAMIENTO DEL HECHO: IV, 418.

AGRESION ILEGITIMA: III, 599.

ALTERACION MORBOSA DE LAS FACULTADES: IV, 123.

AMNISTIA: I, 481.

ANALOGIA: I, 302.

ANCEL, Marc: II, 319.

ANTI JURIDICIDAD:

Formal y material. Planteamiento: III, 562.

Formal y material. Consecuencias: III, 567.

Objetiva e injusto penal: III, 571.

Tipo permisivo y la mecánica de averiguación de la antijuridicidad: III, 573.

Estructura del tipo permisivo: III, 574.

Congruencia de los tipos permisivos: III, 578.

Fundamento genérico de los tipos permisivos: III, 581.

Clasificación general de las causas de justificación: III, 583.

Disminución (art. 35 Código Penal): III, 639.

Y culpabilidad: IV, 67 y ss.

Y comprensión de la: IV, 81.

ANTINORMATIVIDAD. *Conexiones*: III, 404.

AQUIESCENCIA: III, 517 y ss.

El acuerdo y el consentimiento: III, 521.

Requisitos: III, 523.

En delitos de peligro y culposos: III, 525.

En consentimiento presunto: III, 526.

Pretensiones de tutelar bienes jurídicos, contra la propia voluntad del titular: III, 527.

ARISTOTELES:

Esquema de la culpabilidad en: IV, 53 y ss.

ATIPICIDAD:

Conglobante resultante del mandato de la conducta realizada: III, 502.

Por la insignificancia de la afectación: III, 553.

AUSENCIA DE CONDUCTA. *Importancia*: III, 159.

Casos dudosos: III, 161.

AUTODETERMINACION: IV, 44.

AUTOR:

Naturaleza del concepto: IV, 289

AUTORIA:

Concepto extensivo y restrictivo: IV, 298.

Y participación. Criterios delimitadores: IV, 300.

Criterio del dominio del hecho: IV, 305.

Formas de:

- el autor en el Código Penal: IV, 309.

- el autor como ejecutor y como determinador.

Por determinación e instigación: IV, 311.

Mediata y culpabilidad del autor determinado: IV, 316.

Por determinación: directa - mediata: IV, 319.

Mediata - Problemas propios: IV, 320.

Mediante determinación y error: IV, 323.

Coautoría: IV, 329.

Por determinación y la figura del cómplice primario: IV, 340.

a) Delito de propia mano y delicta propia: IV, 340.

b) El autor de determinación y la autoría mediante determinación: IV, 342.

c) El coautor y el cómplice primario: IV, 346.

Dolosa y culposa: IV, 349.

BECCARIA: II, 87.

BENTHAM: II, 193.

BETTIOL: II, 324.

BIEN JURIDICO: III, 218.

BIENES JURIDICOS: III, 238.

Concepto: III, 240.

La moral: III, 243.

Prescendencia del concepto: III, 245.

Evolución y distintos conceptos: III, 247.

Funciones del concepto: III, 250.

Clasificación de los tipos penales en razón del bien jurídico afectado: III, 251.

Afectación de bienes jurídicos y resultado material: III, 257.

Tipos penales de daño y de peligro: III, 258.

Clasificación de los tipos penales por la intensidad de la afectación al bien jurídico: III, 260.

BINDER: II, 183.

BINDING: II, 261.

CARMIGNANI: II, 128.

CARRARA: II, 133.

CAUSALIDAD:

Y resultado: III, 76.

Y resultado material: III, 265.

Relaciones de: III, 269.

Forma categorial de pensamiento o categoría del ser: III, 275.

e imputación objetiva: III, 277.

Causación en los tipos omisivos: III, 455 y ss.

CAUSALISMO:

Teoría causal de la acción: III, 97 y ss.

CAUSAS DE JUSTIFICACION:

Clasificación: III, 583.

Legítima defensa: III, 585 y ss.

Estado de necesidad justificante: III, 625 y ss.

El ejercicio del derecho: III, 632.

La teoría del riesgo permitido: III, 633.

Causas específicas de justificación: III, 636.

Concurrencia: III, 636.

En los delitos culposos: III, 637.

En los delitos omisivos: III, 639.

COAUTORIA: IV, 329 y ss.

CODIFICACION PENAL ARGENTINA:

La precodificación: I, 403.

1. El derecho penal indiano: I, 403.

2. El derecho penal patrio: I, 405.

La legislación penal en la Constitución de 1853 hasta el Código Penal Federal.

1. Período 1853-1868: I, 409.

2. El Código Tejedor: I, 410.

3. El Proyecto Villegas Ugarriza y García: I, 406.
4. Código Penal de 1886: I, 417.
- Curso posterior hasta el Código de 1921.
1. Los proyectos de 1891 y 1895: I, 421.
2. El proceso legislativo hasta la reforma de 1903: I, 424.
3. El proyecto de 1906: I, 427.
4. La reforma iniciada en 1916: en agosto de 1921: I, 429.
- Proyectos de reformas al Código de 1921.
1. Los proyectos de estado peligroso: I, 433.
2. El proyecto de 1937: I, 436.
3. El proyecto de 1941: I, 438.
4. El proyecto de 1951: I, 440.
5. El proyecto de 1953: I, 442.
6. El proyecto de 1960: I, 444.
7. Los proyectos de parte general de 1973-74: I, 446.
- Reformas al Código Penal de 1921 y leyes penales especiales.
1. La reforma al Código Penal de 1921: I, 450.
2. Las leyes penales especiales: I, 455.
- COERCION PENAL:** I, 61.
- Concepto: I, 61.
- La pena en la estructura de la ley penal: objeto y medio: I, 64.
- La resocialización como medio preventivo especial: I, 63.
- Concepto trinario de pena: I, 77.
- Teoría de la pena: I, 82.
- Crítica del concepto contemporáneo de retribución: I, 88.
- Las penas sin delitos, o las llamadas medidas predelictuales: I, 99.
- La agravación indeterminada y las penas llamadas medidas de seguridad post delictuales: I, 103.
- Conclusiones: I, 121.
- Coerción materialmente penal: V, 11.
- Manifestación de la coerción: V, 83.
- Panorama general: V, 83.
- Prisión, reclusión, multa, inhabilitación, destierro, confinamiento y sometimiento a vigilancia: V, 86 y ss.
- La llamada pena de muerte y otras formas inconstitucionales de coerción: V, 92.
- Límites que emanan de los principios constitucionales: V, 110.
- Coerción formalmente penal: V, 452.
1. Medidas de seguridad: V, 452 y ss.
2. Indemnización de daños: V, 467.
- COMPETENCIA** para la unificación de penas, condenas y sentencias: V, 421.
- COMPLICE** primario: V, 340.
- COMPLICIDAD:**
- Aspectos objetivos de la complicidad secundaria: IV, 397.
- Aspectos objetivos de la complicidad primaria: IV, 406.
- Aspecto subjetivo: IV, 407
- Escala y reducción de la pena: V, 339.
- COMPRESION** de la antijuridicidad:
- Requerimiento legal: IV, 81.
- Ubicación sistemática: IV, 84.
1. Teorías del dolo:
- a) Teoría estricta del dolo: IV, 84.
- b) Teoría limitada del dolo: IV, 84
2. Teorías de la culpabilidad: IV, 86.
- a) Teoría estricta.
- b) Teoría limitada.
- Conciencia de la antijuridicidad y conciencia individual: IV, 88.
- Naturaleza: el carácter potencial y el significado de la comprensión: IV, 91.
- Posibilidad efectiva de la: IV, 96.
- Culpabilidad y conciencia individual (etisación del derecho): IV, 98.
- Comprensión exigible: IV, 100.
- y conocimiento de la punibilidad: IV, 102.
- Formas especiales: IV, 106.
- Inexigibilidad de la misma por incapacidad psíquica: la imputabilidad: IV, 109 y ss.
- Inexigibilidad de la misma, proveniente del error (error de prohibición): IV, 183.
- CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD:** III, 305.
- Conciencia, perturbación de: IV, 130.
- Conciencia, parcialización de: IV, 148.

CONCURSO:

- Real: IV, 540.
- Ideal propio: IV, 554.
- Ideal impropio: IV, 557.
- Aparente de leyes y delitos continuado: IV, 541.
- Real calificado: V, 382
- Real y pena total resuelto en única condena: V, 395.
- Real y las penas en las hipótesis del artículo 56 C. Penal: V, 399.
- De penas: planteamiento general: IV, 287.
- Naturaleza de los conceptos: autor y autoría: IV, 289
- Concepto jurídico de ejecutores, determinadores: IV, 292.
- Cooperadores necesarios y no necesarios - autoría y participación: IV, 298.

CONDUCTA:

- Conducta e injusto: III, 43.
- Conducta, acto, acción, hecho, evento, resultado: III, 50.
- Su regulación jurídica: III, 55
- Conducta y voluntad final: III, 60
- Conducta biocibernética: III, 64.
- Voluntad y deseo: III, 73.
- Voluntad y conocimiento: III, 73.
- Resultado y nexo causal:
- Ubicación sistemática: III, 76.
- Conducta y tipicidad: III, 84.
- Conducta y acción: III, 97.

CONDUCTA, AUSENCIA:

- Concepto: IV, 135.
- Fuerza física irresistible: III, 136.
- Supuestos: III, 138.
- Involuntabilidad: III, 140.
- Involuntabilidad en el Código Penal: III, 143.
- Estado de inconciencia: III, 149.
- Supuestos: III, 154.

CORRECCIONALISMO: II, 246.

- Correccionalismo de Krause: II, 267.

CRITICA de la sociedad, teoría: II, 327.**CRITICISMO PENAL: II, 143.****CROCE: II, 178.****CULPA: estructura general: III, 283.****CULPABILIDAD:**

- Concepto: IV, 9.
- Ensayo de una conceptualización: IV, 11.
- Distintos conceptos: IV, 14.
- a) como relación psicológica: IV, 14.
- b) como concepción compleja: IV, 19.
- Como reprochabilidad: IV, 26.
- El reproche y la reprochabilidad: IV, 27.
- Y reprochabilidad: IV, 30.
- c) Normativismo como culminación de la evolución conceptual: IV, 26.
- Normativa y dolo: IV, 31.
- El principio, de, fundamento antropológico: IV, 33.
- Su imposibilidad sobre una base antropológica distinta: IV, 41.
- Autodeterminación y exigibilidad: IV, 44.
- El renacer positivista: IV, 47.
- De acto y de autor (responsabilidad moral): IV, 52.
- 1. Planteamiento: IV, 52.
- 2. Culpabilidad y el esquema aristotélico: IV, 53.
- 3. El traspaso inalterado del esquema aristotélico: IV, 54.
- 4. El desarrollo doctrinario del problema: IV, 56.
- Y personalidad del autor: IV, 61.
- La co-culpabilidad: IV, 65.
- Y antijuridicidad: IV, 67.
- Culpabilidad y antijuridicidad, precisión de sus límites: V, 67.
- La tesis de la exigibilidad considerada como principio equitativo: IV, 71.
- Los presupuestos que requiere el reproche de planteamiento: IV, 73.
- Otras posiciones: IV, 76.
- Comprensión de la antijuridicidad: IV, 81 y ss.
- Inexigibilidad de otra conducta por la situación reductora de la autodeterminación: IV, 234.

- El estado de necesidad exculpante: IV, 235.
- Delimitación respecto de la coacción: IV, 235.
 - Naturaleza jurídica del estado de necesidad: IV, 241.
 - Requisitos de la situación de necesidad exculpante: IV, 248.
 - Reconocimiento de la situación de necesidad y la falsa suposición de la misma: IV, 253.
 - El error de culpabilidad: IV, 257.
 - La necesidad exculpante en los delitos culposos: IV, 261.
- Reducción de la autodeterminación por incapacidad psíquica: IV, 262 y ss.
- Reducción de la autodeterminación: obediencia jerárquica: IV, 272.
- DEBER:**
- De cuidado, su violación: III, 396.
su individualización: III, 396.
Colisión de: III, 507 y ss.
- DECOMISO:** V, 255.
- De los instrumentos del delito y los efectos del mismo: V, 258.
- DEFICIENCIAS MENTALES:** IV, 50.
- DELITO:**
- Teoría del: III, 11.
Evolución teórica: III, 31.
- Sistema de Liszt-Beling: III, 31.
 - Sistema finalista: III, 33.
 - Sistema neoclásico: III, 32.
- Esquemas: III, 36.
Evolución teórica de la dogmática argentina: III, 39
Etapas del: IV, 109 y ss.
- DELITOS:**
- Calificados por el resultado: III, 427.
Calificados por el resultado en el Código Penal Argentino: III, 431.
Continuado: IV, 541.
De propia mano: IV, 340.
Imaginario: IV, 467.
Imposible: IV, 463.
Putativo: IV, 213.
- DERECHO PENAL:** I, 23.
- Definición: I, 24.
Denominación: I, 26.
Proyección: I, 27.
Relaciones con la filosofía: I, 30.
Carácter público: I, 32.
Límite constitucional de ingerencia del Estado en relación con la función constitucional de la pena: I, 39.
Función: I, 13.
- Planteamiento: I, 43.
 - Seguridad jurídica o defensa social: I, 44.
 - Tutela de valores jurídicos o éticos: I, 48.
- Cometido asegurador del derecho penal: I, 54.
- El derecho penal y su carácter diferenciador: I, 54.
 - El carácter sancionador del derecho penal y su autonomía: I, 58.
- Conclusiones: I, 121.
Relaciones con otras disciplinas jurídicas: I, 183 y ss.
Relaciones con disciplinas no jurídicas: I, 264 y ss.
Derecho Penal: y estado de derecho: II, 366.
y estado gendarme: II, 370.
Fuentes: I, 133.
- DESISTIMIENTO, voluntario:** IV, 479.
- DOGMÁTICA PENAL:** I, 156.
(ver método de la ciencia jurídica penal): I, 277 y ss.
- DOLO:**
- Concepto: III, 295 y ss.
Aspectos cognoscitivos: III, 301.
Formas de conocimiento: III, 301.
Conocimiento actual o actualizable: III, 303.
Naturaleza del conocimiento, presupuestos (conciencia de la antijuricidad): III, 305.
Dolo avalorado y disvalorado: III, 311.
Conocimiento de los elementos normativos del tipo: III, 314.
Conocimiento de los elementos normativos y el error de derecho: III, 315.

- Conocimiento de los caracteres negativos del tipo: III, 324.
- Previsión de la causalidad y su resultado: III, 325.
- Casos particulares de error de tipo: III, 327.
- Error sobre agravantes y atenuantes: III, 333.
- Delimitación del error de tipo y el error de prohibición: III, 337.
- Error de tipo por incapacidad psíquica: III, 341.
- Error de tipo en el Código Penal Argentino: III, 341.
- Error de tipo. Delimitación sobre otra clase de errores: III, 347.
- Momento conativo o volitivo: III, 348.
- Clases: dolo de 1er. grado, de 2do. grado y eventual: III, 348.
- Dolo alternativo: III, 355.
- Dolo de ímpetu: III, 356.
- Otras formas: III, 358.
- Y culpabilidad: IV, 31.
- Dolo eventual y tentativa: IV, 435.
- Dolo en la omisión: aspectos cognativos y conocitivos: III, 476.
- DOMINIO DEL HECHO:** IV, 305.
- EJERCICIO DE UN DERECHO:** III, 632.
- ELEMENTOS NORMATIVOS** de los tipos penales: III, 284.
- Elemento normativo del tipo: III, 314.
- Conocimiento de los elementos y el error de derecho: III, 315.
- EMOCION VIOLENTA:** IV, 139.
- EPILEPSIA:** IV, 165.
- ERROR:**
- De derecho: III, 315
 - De tipo:
 - 1) Clases: III, 327.
 - 2) Sobre agravantes y atenuantes: III, 333.
 - 3) Delimitación del error de tipo y error de prohibición: III, 337.
 - 4) Error de tipo por incapacidad psíquica: III, 341.
 - 5) Error de tipo en el Código Penal Argentino: III, 341.
 - 6) Delimitación del error de tipo sobre otras clases de errores: III, 347 y ss.
 - 7) Sobre la atipicidad conglobante: III, 557.
- De prohibición:
- 1) Concepto: IV, 183.
 - 2) Delimitación respecto a otras formas de error: IV, 183.
 - 3) Error de prohibición vencible. Formas particulares de aparición: IV, 194.
 - a) Error directo que afecta el conocimiento de la norma: IV, 194.
 - b) Error de comprensión y la condición disidente: IV, 196.
 - c) Error indirecto de prohibición: IV, 206.
 - d) Error sobre la relevancia penal de la antijuricidad: IV, 207.
 - e) Error de prohibición invencible que disminuye la antijuricidad: IV, 207.
 - f) El delito putativo (error al revés): IV, 213.
 - 4) Error de prohibición vencible e invencible: IV, 215.
 - 5) Efectos de la vencibilidad: IV, 220.
 - 6) Error de prohibición vencible para la teoría del dolo y para la teoría de la culpabilidad: IV, 223.
 - 7) Justificación putativa y exceso: IV, 230.
- ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE:** IV, 235.
- ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE:**
- Concepto. Fundamentos: III, 625.
- Requisitos: III, 626.
- ESTRUCTURAS LOGICAS OBJETIVAS:** II, 298.
- ETICA MATERIAL:** II, 351.
- EXISTENCIALISMO:** II, 378 y ss., 438 y ss.
- FARMACO DEPENDENCIA:** IV, 265.

FASCISMO: II, 374.

FERRI: II, 208.

FEUERBACH: II, 15-158.

FINALISMO. Origen y evolución: III, 67 y ss.

FUENTES DEL DERECHO PENAL:

1. En nuestro derecho penal en sentido estricto:

Conceptos: I, 123.

Fuente de producción y de conocimiento: el principio de legalidad: I, 131.

El destinatario de la norma penal: I, 147.

2. El derecho penal como materialización de la política penal (ver política penal): I, 149 y ss.
3. Las fuentes de información en nuestro derecho penal: I, 160
4. Las fuentes de información en el extranjero: I, 164.

FUERZA FISICA IRRESISTIBLE: III, 136.

Supuestos: III, 138.

FUNDAMENTACION FILOSOFICA:

II, 9.

A. Pensamiento antiguo y medieval:

1. Pensamiento oriental: II, 14
2. Pensamiento griego: II, 20.
3. Sócrates: II, 31.
4. Platón: II, 33.
5. Aristóteles: II, 37.

B. Pensamiento pos-aristotélico:

1. El estoicismo: II, 41
2. Otras corrientes: II, 44.

C. Pensamiento medieval:

1. Caracterización: II, 46.
2. Pensamiento antropológico medieval: II, 47.
3. San Agustín: II, 48.
4. La escolástica, Santo Tomás: II, 53.
5. Duns Escoto: II, 58.
6. La mística: II, 65.

D. Racionalismo penal: II, 69

1. Su gestación: II, 69.

2. El pensamiento iluminista: II, 74.

3. Los penalistas ilustrados y sus herederos racionalistas: II, 86.

a) Caracterización: II, 86.

b) Beccaria: II, 87.

c) Marat: II, 93.

d) El penalismo ilustrado en lengua alemana: II, 101.

e) Lardizábal: II, 103.

f) Serván: II, 106.

g) Mello Freire: II, 111.

h) Livinstong: II, 114.

i) Romagnosi: II, 117.

j) Rossi: II, 122.

k) Carmignani: II, 128.

l) Carrara: II, 133.

ll) Otros autores: II, 139.

4. El criticismo penal: II, 143.

a) Kant: II, 143.

b) Feuerbach: II, 150.

c) Valoración antropológica de Kant y Feuerbach: II, 158.

E. Romanticismo penal: II, 163.

1. Caracterización: II, 163.

2. Hegel: II, 165.

3. Los penalistas hegelianos alemanes: II, 171.

4. Pessina: II, 175.

5. El neo-idealismo penal italiano (Gentile-Croce): II, 178.

6. El neo-hegelialismo alemán (Binder-Larenz): II, 183.

F. El positivismo:

1. Caracterización: II, 187

2. Concepto positivista de hombre y consecuencias penales: II, 189.

3. Panorama de positivismo penal: II, 192.

4. El positivismo utilitario: Bentham: II, 193.

5. El positivismo penal-evolucionista-materialista: Lombroso: II, 199.

6. El positivismo penal sociológico: Ferri: II, 208.

7. Garófalo: II, 214

8. La lucha de escuelas: la antropología biológica contra la antropología filosófica: II, 222.

9. El positivismo penal en von Liszt: II, 236.

10. El positivismo correccionalista: Dorado Montero: II, 246.
11. El positivismo jurídico penal: II, 252.
12. El positivismo jurídico de Binding: II, 261.
- G El Romanticismo "strictu senu": II, 267.
 1. El correccionalismo (Krause): II, 267.
 2. La escuela penal humanista: II, 275.
 3. Nietzsche: II, 277.
 4. Otras románticas: II, 282.
- H. Materialismo dialéctico:
 1. Marx: II, 285.
- I. Pensamiento contemporáneo: II, 289.
 1. Caracterización general: II, 289.
 2. El neo-escolasticismo:
 - a) Planteamiento general: II, 291.
 - b) El penalismo neo-tomista: II, 296.
 3. La Teoría de la estructura lógico-objetiva:
 - a) Exposición: II, 298.
 - b) Posibilidades y límites de la teoría: II, 302.
 4. El neo-criticismo penal:
 - a) Planteamiento general: II, 306.
 - b) Principales manifestaciones: II, 308.
 - 1º) Mayer: II, 309.
 - 2º) Radbruch: II, 310.
 5. El neo-positivismo: II, 313.
 6. El neo-defensismo social:
 - a) Caracterización: II, 318.
 - b) La crítica de Bettiol: II, 324.
 - c) Gramática: II, 326.
 7. La teoría crítica de la sociedad:
 - a) Caracterización: II, 327.
 - b) Proyección penal (Roxin): II, 331.
 8. Corrientes existenciales:
 - a) Heidegger: II, 338.
 - b) Maihofer: II, 344.
 - c) Otros pensamientos existencialistas: II, 348.
 9. La ética material (Max Scheller-Nicolai Hartmann): II, 351.
 10. Otras corrientes del pensamiento contemporáneo:
 - a) El impacto tecnológico: II, 355.
 - b) El neomarxismo: II, 356.
 - c) La nueva teología: II, 358.
- J. El derecho penal y el pensamiento político: II, 363.
 1. Justificación del tema penal: II, 363.
 2. La política penal liberal: II, 364.
 - a) La dualidad contradictoria de la expresión: II, 364.
 - b) El derecho penal del estado de derecho: II, 366.
 - c) El derecho penal en el "estado gendarme": II, 370.
 3. Las políticas penales de los autoritarismos de pre-guerra: II, 374.
 - a) El fascismo: II, 374.
 - b) El nacional-socialismo: II, 380.
 - c) La política penal soviética: II, 386.
 - d) La política penal de la seguridad nacional: II, 394.
 4. La política penal soviética: II, 397.
 - a) La política penal: II, 397.
 - b) La política penal de otros países socialistas: II, 403.
 5. La política penal utópica: II, 407.
 - a) El anarquismo penal: II, 407.
 - b) El pensamiento penal en el socialismo utópico: II, 411.
 6. La política penal católica: II, 413.
- K. Fundamentación antropológica en el derecho penal: II, 421
 1. Necesidad de la fundamentación: II, 421.
 2. El derecho penal y el iusnaturalismo:
 - a) El derecho penal sin fundamento antropológico: II, 426.
 - b) El derecho penal y el ejercicio en el poder: II, 427.
 3. El derecho penal antropológicamente:
 - a) Las condiciones de efectividad: II, 429.
 - b) Caracteres: II, 429.
 - 1º) No se basa en un ser derivado del valor: II, 431
 - 2º) No es ni racionalismo ni voluntarismo puro: II, 433.

- 3º) Base realista: II, 434
 4º) No se funda en la fe: II, 435.
 5º) No se margina a la filosofía: II, 437.
 6º) La libertad y la seguridad jurídica: II, 438
 7º) Diferencia con la moral: II, 444.
 8º) Debe posibilitar actitud positiva y liberadora en la convivencia: II, 446.
 9º) Diferencia con la ética social: II, 447.
 10º) Aspiración ética: II, 450.
 11º) Debe ser dinámica: II, 452
 12º) Rechazo de la antinomia individuo - sociedad: II, 454.
4. Efectos de la ausencia de fundamentación antropológica:
 a) Efectos: II, 455.
- GARANTE, en tipos omisivos: III, 475.
 GARANTIA, tipo de: III, 173.
 GAROFALO: II, 214.
 GENTILE: II, 178.
 GRAMATICA: II, 326.
 HARTMANN, Nicolai: II, 351.
 HEGEL: II, 165.
 HEIDEGGER: II, 378.
 HISTORIA de la legislación penal: I, 316 y ss.
 1. Panorama general: I, 317.
 2. La legislación penal en las culturas lejanas: I, 319.
 3. El derecho penal greco-romano: I, 332.
 4. El derecho penal romano: I, 336.
 5. El derecho penal germano: I, 341.
 6. El derecho penal canónico: I, 344.
 7. El derecho penal árabe: I, 347.
 8. Los prácticos y los glosadores: I, 348.
 9. La Carolina: I, 349.
10. El derecho penal en España: I, 350.
 11. El movimiento reformador en el siglo XVIII: I, 357.
 12. El Código de Napoleón: I, 366.
 13. El Código Bávaro de 1813: I, 369.
 14. Proyecto de Código para Lousiana: I, 371.
 15. Código Criminal del Imperio del Brasil: I, 373.
 16. Código italiano de 1889: I, 376.
 17. Códigos en el siglo XIX: I, 378.
 18. Códigos penales contemporáneos: I, 386.
- HUMANISMO, escuela penal: II, 275
 ILUMINISMO: II, 74 y ss.
 ILUSTRACION: II, 86 y ss.
 IMPUTABILIDAD disminuida: IV, 175.
 Imputabilidad, reclusión por incapacidad psíquica: V, 473.
 INCONCIENCIA, estado de: III, 149.
 INCULPABILIDAD provocada: III, 434
 INDEMNIDAD de las opiniones parlamentarias: I, 488.
 INDEMNIZACION del daño:
 Naturaleza jurídica: V, 467.
 Principales problemas que se han señalado: V, 470.
 INHABILITACION:
 Evolución legislativa: V, 227.
 Absoluta: V, 229.
 a) Como pena accesoria: V, 234.
 b) Como pena principal: V, 237.
 Especial: V, 238.
 a) Conjunta prevista en forma genérica: V, 241.
 Para el ejercicio de ciertos derechos civiles: V, 247.
 INIMPUTABILIDAD:
 Concepto: IV, 109.
 Ubicación sistemática: IV, 114.
 La incapacidad psíquica de comprensión de la antijuridicidad: IV, 120.
 1. Fórmula legal: art. 34, inc. 1º Código Penal:

- a) La insuficiencia y la alteración morbosidad de las facultades: IV, 123.
 - b) La perturbación de la conciencia: IV, 130.
2. Problemática particular:
- a) Trastorno mental transitorio: IV, 134.
 - b) El miedo y el momento normativo de la imputabilidad: IV, 139.
 - c) Emoción violenta: IV, 139.
 - d) Los intervalos lúcidos: IV, 147.
 - e) La parcialización de la conciencia: IV, 148.
 - f) La psicopatía: IV, 151.
 - g) Deficiencias mentales: IV, 159.
 - h) Epilepsia: IV, 165.
 - i) Neurosis: IV, 168.
 - j) El efecto del grupo sobre el individuo: IV, 172.

La reducción de la autodeterminación por incapacidad psíquica, 2ª fórmula: IV, 262.

- a) Conductas impulsivas: IV, 264.
- b) La fármaco dependencia: IV, 265.
- c) Valoración de estas formas de inimputabilidad: IV, 271.

INJUSTO penal y antijuridicidad objetiva: III, 571.

Injusto, tipo de: III, 210.

INMUNIDAD impuesta por el derecho internacional: I, 490.

INSTIGACION:

Concepto y aspecto subjetivo: IV, 391.
Aspecto objetivo: IV, 393.

INTERES JURIDICO y bien jurídico: III, 219.

Interés jurídico y norma jurídica: III, 220.

INTERVENCION QUIRURGICA: III, 535 y ss.

INVOLUNTABILIDAD: III, 272 y ss.

ITER CRIMINIS:

Actos preparatorios: IV, 409.
Actos de tentativa: IV, 412.

La consumación y el agotamiento: IV, 418.

Teorías del fundamento de la punición en la tentativa: IV, 421.

Fundamento de la punición de la tentativa en nuestro código: IV, 427.

JUSTIFICACION, causas de: III, 585 y ss.

KANT: II, 143.

KRAUSE: II, 267.

LARDIZABAL: II, 103.

LARENZ: II, 183.

LEGITIMA DEFENSA:

Naturaleza y fundamentos: III, 585.

Su racionalidad: III, 589.

Objetos legítimamente defendibles: III, 594.

La agresión ilegítima: III, 595.

La acción defensiva que afecta bienes de terceros: III, 602.

Límite temporal de la acción de defensa: III, 603.

La provocación suficiente, III, 604.

Casos dudosos de necesidad racional del medio empleado: III, 613.

Defensa de terceros: III, 615.

La defensa del estado: III, 618.

Casos especiales: III, 620.

LESIONES en la práctica de los deportes: III, 532.

LEY PENAL:

En el tiempo: I, 459.

a) Principio general (principio de irretroactividad: I, 459.

b) Retroactividad de la ley más benigna: I, 462.

c) El fundamento de la excepción y sus consecuencias: I, 468.

d) Casos dudosos: I, 471.

e) El tiempo de comisión en el delito: I, 475.

f) Leyes discriminadoras anómalas (leyes de amnistía): I, 481.

El derecho de aplicación de la ley penal respecto a personas que desempeñan determinadas funciones:

- a) Concepto: I, 486.
 - b) Indemnidad de las opiniones parlamentarias: I, 488.
 - c) Indemnidad impuesta por el derecho internacional: I, 490.
- y antijuridicidad: III, 221.
en blanco y tipicidad: III, 189.

LIBERTAD CONDICIONAL:

La libertad condicional como última etapa de la ejecución de la pena: V, 173 y ss.

- 1) Concepto y antecedentes: V, 173.
- 2) Naturaleza jurídica: V, 177.
- 3) El derecho a la libertad condicional: V, 181.
- 4) Requisitos para la obtención: V, 184.
- 5) Condiciones a que es sometida la libertad: V, 192.
- 6) Violación de las condiciones: V, 200.
- 7) Libertad de los condenados o reclusión por tiempo indeterminado: V, 202.
- 8) La libertad condicional en los proyectos posteriores a 1921: V, 209.

LISZT: II, 236.

LIVINGSTON: II, 114.

LOMBROSO: II, 199.

MAIHOFER: II, 344.

MARAT: II, 93.

MARX: II, 285.

MATERIALISMO DIALECTO: II, 285.

MAYER: II, 309.

MEDIDAS DE SEGURIDAD:

En nuestro Código Penal: I, 91.

Medidas predelictuales - pena sin delito: I, 99.

Medidas administrativas para incapaces psíquicos de delito (medidas de seguridad para inimputables): I, 102.

Las llamadas medidas de seguridad post-delictuales o la agravación indeterminada de las penas: I, 103.

Conclusiones: I, 121.

Reclusión no penal en el Código Penal: V, 452.

La indeterminación de las medidas en el inc. 1º del art. 34 del Código Penal: V, 457.

Reclusión para incapaces psíquicos: V, 463.

Reclusión para no alienados: V, 465.

Medidas de seguridad no penales en los proyectos de reforma: V, 166.

MELO FREIRE: II, 111.

METODO DE LA CIENCIA

JURIDICA-PENAL:

a) La dogmática jurídica: I, 277.

Exposición de nuestro punto de vista: I, 278.

Dogmática y positivismo: I, 286.

Dogmática y jurisprudencia: I, 288.

Función de la dogmática: I, 288.

Dogmática y realismo social: I, 290.

Dogmática y legis ferenda: I, 292.

Dogmática e ideología: I, 293.

Objeciones a la cientificidad del método dogmático: I, 294.

Método comparativo: I, 296.

Antecedentes legislativos en la construcción dogmática: I, 300.

b) Principios a que debe ajustarse toda tentativa de comprensión de la ley penal:

Planteamiento general: I, 300.

Prescripción de la analogía: I, 302.

La comprensión restrictiva, el principio in dubio pro reo: I, 310.

El principio de intrascendencia de la pena: I, 315.

MIEDO: V, 138.

MORAL: III, 243.

MULTA:

Carácter y problemática actual: V, 210.

En nuestro derecho vigente: V, 216.

Conjunta en el art. 22 bis Código Penal: V, 225.

MULTIREINCIDENCIA calificada: V, 373.

NACIONAL-SOCIALISMO: II, 380.

NEOCRITICISMO PENAL: II, 306.

NEODEFENSISMO SOCIAL: II, 318.

NEOESCOLATICISMO: II, 391.

NEOMARXISMO: II, 356.

NEOPOSITIVISMO: II, 313.

NEOTOMISMO: II, 296.

NEUROSIS: IV, 168.

NIETZSCHE: II, 277.

NORMATIVISMO, culpabilidad y dolo: IV, 31.

Como culminación de la evolución conceptual de la culpabilidad: IV, 26.

NUEVA TEOLOGÍA: II, 358.

OBEDIENCIA JERARQUICA: IV, 272.

Fórmula legal: IV, 272.

Naturaleza jurídica: IV, 277.

Replanteo dentro de la postura expuesta: IV, 278.

OMISION:

a) Tipos omisivos: III, 447.

Estructura típica: III, 447.

Pre típica: III, 450.

Estructura: III, 454.

Tipos omisivos: equivalentes típicos de la causación: III, 455.

b) Tipo subjetivo —el conocimiento de la posición de garante: III, 475.

Aspectos cognocitivos del dolo: III, 476.

Aspectos conativos del dolo: III, 477.

c) Las omisiones culposas: III, 482.

d) Particularidades de la tentativa en la estructura omisiva: IV, 502.

PARTICIPACION:

Concepto y naturaleza: IV, 354.

Fundamento: IV, 354.

Delimitación del concepto: IV, 360.

Estructura de la participación:

a) El aspecto objetivo: IV, 366.

b) El aspecto subjetivo: IV, 370.

Algunas formas de aparición: IV, 374.

a) Participación de la omisión: IV, 374.

b) Participación mediante omisión: IV, 374.

El problema de la llamada comunicabilidad de las circunstancias: IV, 375.

Las circunstancias penales que influyen sobre los partícipes: IV, 385.

PARTICIPE:

Desistimiento en la tentativa: IV, 498.

PELIGROSIDAD:

Concepto dogmático: V, 315.

Función correctiva: V, 324.

PENA:

Penas de muerte: V, 92.

Penas privativas de libertad: V, 117.

Evolución legislativa: V, 117.

Otras penas: V, 121.

Reclusión y prisión: V, 130.

Cómputo: V, 138.

Ejecución en nuestro país: V, 142.

Ejecución en nuestro país y corrientes contemporáneas en la materia: V, 153.

Derechos de los penados: V, 156.

Reclusión accesoria por tiempo indeterminado: V, 160.

La detención domiciliaria: V, 170.

Penas de Multa: V, 210 y ss.

Penas de Inhabilitación: V, 227 y ss.

Decomiso y otras penas accesorias: V, 255.

Otras penas accesorias: V, 265.

Determinación en el caso concreto: V, 267.

Determinación, cuantificación e individualización: V, 268.

Derecho de cuantificación penal: V, 268.

Individualización: V, 269.

Determinación técnico-legislativo en nuestro Código: V, 272.

Criterios para su determinación: V, 278.

Criterio de cuantificación en nuestro Código: V, 278.

Criterio de determinación penal en particular:

- a) La magnitud del injusto: V, 293.
- b) Casos particulares de mayor contenido injusto (delito continuado y concurso ideal): V, 298.
- c) La culpabilidad como criterio cuantificador y determinante: V, 201.
- d) Concepto dogmático de peligrosidad: V, 315.
- e) Función correctiva de la peligrosidad: V, 324.

Reglas generales para la aplicación de criterios de determinación penal: V, 330.

- a) La determinación penal y el principio de intrascendencia o de personalidad de la pena: V, 330.
 - b) La cuestión de la doble valoración: V, 331.
 - c) El mínimo de intermediación: V, 332
- Escalas penales alteradas por la magnitud del injusto:*

- a) El art. 35 del Código Penal: V, 335.
- b) Escalas penales en la tentativa: V, 336.
- c) Escalas reducidas en la complicidad: V, 339.

Agravación de la pena por el mayor contenido de injusto y peligro de alarma social por reiteración:

- a) Naturaleza y consecuencia: V, 340.
- b) Reincidencia y tercera reincidencia: V, 354
- c) Multireincidencia calificada: V, 373.
- d) El concurso real calificado: V, 382.
- e) Escalas penales alteradas por la culpabilidad: V, 384.
- f) El principio de unidad de la reacción penal: V, 387.
- g) Pena total y el concurso real resuelto en una única condena: V, 395.
- h) Pena del concurso real y la hipótesis del art 56 del Código Penal: V, 399.
 - 1) Pena total en la unificación de condena: V, 405.
 - 2) Pena total y la unificación de pena: V, 413.
 - 3) Competencia para la unificación

de pena condena y de sentencia: V, 421.

PENSAMIENTO oriental: II, 14.

- Griego: II, 20
- Post-aristotélico: II, 44.
- Medieval: II, 46.
- Contemporáneo: II, 289 y 355.
- Pensamiento político y derecho penal: II, 363.
- Pensamiento penal y socialismo utópico: II, 411.

PERSONA JURIDICA: III, 55.

PESSINA: II, 175.

PODER REPRESIVO:

Límites: III, 517.

POLITICA PENAL:

- Concepto: I, 149.
- Legislación penal: I, 153.
- Y la dogmática penal: I, 156.
- Función crítica: I, 158.
- Política penal, derecho penal y filosofía: I, 164.
- Política penal liberal: II, 364.
- Y autoritarismo: II, 374.
- Soviética: II, 386 y 397.
- Y la seguridad nacional: II, 394.
- Y países socialistas: II, 403.
- Utópicas: II, 407.
- Católica: II, 413.

POSITIVISMO: II, 187 y ss.

- Utilitario: II, 193.
- Evolucionista-materialista: II, 199.
- Sociológico: II, 208.
- En von Liszt: II, 236.
- Jurídico-penal: II, 252.
- Jurídico-penal en Binding: II, 261.
- El renacer del positivismo: IV, 47.

PRETERINTENCION: III, 427.

PRINCIPIOS:

- De legalidad: I, 131.
- "in dubio pro reo": I, 310.
- De intrascendencia de la pena: I, 315.
- De irretroactividad: I, 459.
- "Nullum crimen sine culpa": III, 423.
 - 1) Y el principio de culpabilidad: III, 423.
 - 2) Fundamento: III, 425.

- 3) Negación del principio (*versari in re illicitas*): III, 425.
- 4) La responsabilidad objetiva: III, 427.
- 5) Delitos calificados por el resultado:
- 6) Figuras complejas y la preterintención: III, 427.
- 7) Delitos calificados por el resultado en el Código Penal Argentino: III, 421.
- 8) La llamada prohibición de regreso: III, 423.
- 9) La inculpabilidad provocada III, 424.
- 10) La teoría de las acciones liberae in causa: III, 435.
- 11) La teoría de las acciones liberae in causa. Crítica: III, 439.
- Principio de la unidad de la reacción penal: V, 387.
- PSICOLOGIA:**
La culpabilidad con relación a: IV, 14.
- PSICOPATIA:** IV, 151.
- PUNIBILIDAD:** V, 11.
Doble sentido de la expresión: V, 11.
Apartamiento de las condiciones de operatividad en la coerción penal: V, 18.
Causas personales de exclusión: V, 20.
- a) Casos especiales que cancelan la punibilidad: V, 22.
- b) Prescripción de la pena: V, 20.
- c) El indulto: V, 40.
- d) Perdón del ofendido: V, 50.
- Supuestas condiciones objetivas de punibilidad: V, 52.
- Condiciones procesales de operatividad de la coerción penal: V, 59.
- a) Respecto de ciertos delitos: V, 59.
- b) Ausencia de impedimentos de perseguibilidad: V, 59.
- 1) La muerte: V, 70.
- 2) Prescripción de la acción: V, 74.
- 3) Suspensión e interrupción: V, 77.
- RACIONALISMO PENAL:** II, 69 y ss.
- RADBRUCH:** II, 310.
- RECLUSIÓN:** V, 130.
Reclusión accesoria por tiempo indeterminado: V, 160.
No penal en el Código Penal: V, 452 y ss.
Para incapaces psíquicos: V, 463.
Reclusión para no alienados: V, 465.
(Ver Medidas de Seguridad).
- REHABILITACION:** V, 245
- REINCIDENCIA:** V, 354.
- REPROCHABILIDAD:**
La culpabilidad como reprochabilidad: IV, 26.
Reproche y reprochabilidad: IV, 27.
Y culpabilidad: IV, 30.
Reproche y los presupuestos de la reprochabilidad: IV, 73 y ss.
- RESPONSABILIDAD OBJETIVA:** III, 425.
- RIESGO permitido, teoría del:** III, 633.
- ROMANTICISMO PENAL:** II, 263.
Strictu sensu: II, 267.
Otras escuelas: II, 282.
- ROSSI:** II, 122.
- ROXIN:** II, 331.
- SCHELLER, Max:** II, 351.
- SERVAN:** II, 351.
- SUJETOS:** III, 282.
- TENTATIVA:**
Actos de: IV, 412.
Consumación y agotamiento: IV, 418.
Teorías del fundamento de la punición: IV, 421.
Fundamento de su punición en el código argentino: IV, 427.
Tipicidad subjetiva: IV, 432.
El dolo eventual y su aspecto subjetivo: IV, 435.
Comienzo de ejecución; distintos criterios que distinguen los actos preparatorios de los actos ejecutorios: IV, 444.
Límite en los delitos calificados, en los del de pura en los habituales, y en la autoría mediata: IV, 456.
Y culpabilidad: IV, 461.
Tentativa de del imposible: IV, 463.

- 1) Fundamento y naturaleza de su función: IV, 463.
- 2) Tentativa inidónea, del imaginario y ausencia de tipo: IV, 467.
- 3) La inidoneidad del objeto y en sujeto con casos de ausencia en el tipo: IV, 471.
- Tentativa idónea e inidónea, límites: IV, 442.
- Tentativa irreal: IV, 477.
- Tentativa, desestimiento voluntario. Naturaleza jurídica y fundamento: IV, 479.
- Desestimiento voluntario - los presupuestos: IV, 484.
- Desestimiento voluntario - su voluntariedad: IV, 488.
- Desestimiento de la tentativa inacabada y de la acabada: IV, 492.
- Desestimiento del partícipe: IV, 498.
- Desestimiento de la tentativa calificada: IV, 500.
- Particularidades en la estructura omisiva: IV, 502.
- Escalas penales de la: V, 336.
- TEORIA:**
- De la adecuación social de la conducta: III, 490.
- Objetiva del tipo: III, 200.
- De los elementos negativos del tipo: III, 207.
- Del "Leitbild" o figura rectora: III, 214.
- Del tipo del delito: III, 215.
- De la imputación: III, 488.
- Del riesgo permitido: III, 633.
- TIPICIDAD:**
- Y conducta: III, 83.
- Definición: III, 167.
- Y ley penal en blanco: III, 189.
- Carácter induciario: III, 213.
- Y antinormatividad: III, 219.
- Y antijuridicidad: III, 223.
- Y gestación del tipo: III, 227.
- Elementos normativos: III, 284.
- Y atipicidad conglobante: III, 485.
- a) Planteamiento: III, 485.
- b) La teoría de la imputación: III, 488.
- c) Teoría de la adecuación social de la conducta: III, 490.
- d) Casos de adecuación social: III, 495.
- e) Crítica de la teoría y aplicación en el derecho argentino: III, 497.
- f) El error sobre la adecuación social: III, 501.
- g) Atipicidad conglobante, resultante del mandato de la conducta realizada (cumplimiento del deber jurídico): III, 502.
- h) Diferencia entre atipicidad y justificación: III, 502.
- Crítica de la consideración del cumplimiento de un deber jurídico como causa de justificación: art. 34/4 C. Penal: III, 507 y ss.
- La llamada "collis" de deberes: III, 507 y ss.
- Límite del poder represivo. Titularidad y disponibilidad, la agnoscencia: III, 517.
- Límite del poder represivo, el acuerdo y el consentimiento: III, 521.
- Requisitos de la agnoscencia en general: III, 523.
- Agnoscencia en delitos de peligro y culposos: III, 525.
- El consentimiento presunto: III, 526.
- La pretensión de tutelar bienes jurídicos con la propia titular: III, 527.
- Atipicidad conglobante fundada en el fomento de la condición que queda abarcada en el tipo legal. La lesión en la práctica de los deportes: III, 532.
- Las lesiones deportivas típicas y atípicas: III, 534.
- La intervención quirúrgica: III, 535.
- El resultado positivo y las reglas del arte médico: III, 540.
- Las intervenciones quirúrgicas sin fines terapéuticos: III, 543.
- El deber de explicación del médico: III, 548.
- ¿Puede actuar el médico con la voluntad del paciente?: III, 550.
- Atipicidad conglobante la insignificancia de la afectación: III, 553.
- Atipicidad conglobante, el error sobre la: III, 557.
- Tipicidad, problemática especial de:
- a) Concurso de penas: IV, 287 y ss.
- b) Las etapas del delito: IV, 409 y ss.
- c) Unidad y pluralidad de delitos: IV, 511 y ss.

TIPOS:

Tipos dolosos y culposos: III, 85.

● Finalidad y dolo: III, 85.

● Finalidad y dolo eventual: III, 87.

● La culpa: III, 87.

Tipos activos y tipos omisivos: III, 90.

● La omisión: III, 90.

● La exteriorización de la omisión: III, 94.

● La causalidad en la omisión: III, 95.

Tipos legales y tipos judiciales: III, 179.

Tipos abiertos y tipos cerrados: III, 181.

Tipos de autor y de acto: III, 181.

Tipo penal hasta 1906: III, 195.

Beling: III, 490.

Concepto mixto: III, 202.

Tipo penal, concepción avalorada: III, 206.

Tipo del injusto: III, 210.

Tipo legal y tipo conglobante: III, 229.

Tipo penal y orden jurídico: III, 233.

Tipo y tipicidad conglobante: III, 235.

Tipos penales de daño y de peligro: III, 258.

Tipos penales, clasificación por la intensidad de afectación al bien jurídico: III, 260.

Tipo doloso, aspecto objetivo: III, 263.

Manifestación típica de la voluntad: III, 263.

Mutación física: III, 265.

a) Resultado material: III, 265.

b) Relación de causalidad: III, 269.

c) La causalidad como forma categorial del pensamiento o categoría en el ser: III, 275.

Causalidad e imputación objetiva: III, 277.

Tipos legales, cuadros: III, 290-291.

Los sujetos: III, 282.

Tipos legales, clasificación en razón de su formulación legal: III, 292.

Tipos legales, clasificación por la ejecución de la condición: III, 293.

Tipos activos, aspecto subjetivo de los tipos dolosos, el dolo: III, 295.

Tipos dolosos, estructura: III, 295.

Tipos dolosos, forma de congruencia típica: III, 297.

Tipos dolosos activos, elementos subjetivos distintos al dolo: III, 361.

Tipos dolosos activos, concepto y origen: III, 361.

Tipos dolosos activos, negación de su existencia: III, 361.

Tipos dolosos activos, doctrina nacional: III, 365.

Tipos dolosos activos, ubicación sistemática: III, 367.

Tipos dolosos activos, dificultad sistemática para una ubicación en la estructura causalista del tipo: III, 369.

Tipos dolosos activos. Clasificación (delitos de intención y del de tendencia): III, 372.

Tipos dolosos activos, la distinción de los elementos subjetivos en el tipo y la culpabilidad: III, 350.

Tipos culposos activos, estructura general de la culpa: III, 383.

Problemática: III, 383.

Tipos culposos como tipos abiertos: III, 388.

Tipos culposos, función del fin en el: III, 389.

Tipos culposos, función del resultado: III, 393.

Tipos culposos, violación en el deber de cuidado: III, 396.

Tipos culposos. Individualización del deber de cuidado: III, 396.

Tipos culposos, relación de determinación de resultado por parte de la violación de un deber de cuidado: III, 404.

Tipos culposos, tipo subjetivo: III, 408.

Tipos culposos, síntesis de los requerimientos: III, 414.

Tipos culposos, ¿es la culpa una omisión?: III, 415.

Tipos culposos, dificultades que apareja la ubicación de la culpa en la culpabilidad: III, 416.

Tipos culposos, crítica al concepto finalista: III, 419.

Tipos omisivos, omisión: III, 447.

Tipos omisivos, la omisión como estructura típica: III, 447.

Tipos omisivos, la omisión pre-típica: III, 450.

Tipos omisivos, estructura: III, 454.

(Situación objetiva, exteriorización y posibilidad física).

Tipos omisivos, equivalente típico de la causación: III, 455.

Tipos omisivos, tipo subjetivo, el conocimiento de la posición de garante: III, 475.

Tipos omisivos, aspectos cognocitivos del dolo: III, 476.

Tipos omisivos, aspectos cognocitivos del dolo III, 477.

Tipos omisivos, las omisiones culposas: III, 482.

Tipos permisivo y la mecánica de averiguación de la antijuridicidad: III, 573.

Tipo permisivo, estructura: III, 574.

Tipo permisivo, la congruencia en: III, 581.

Tipo permisivo, fundamento genérico: III, 581.

Tipo permisivo, clasificación general: III, 583.

TRASTORNO MENTAL

TRANSITORIO: IV, 134.

UNIDAD Y PLURALIDAD DE

ACCIONES: IV, 520.

1. Unidad de hecho es unidad de conducta: IV, 520.

2. La insuficiencia del concepto de conducta como carácter genérico del delito para determinar su unidad: IV, 525.

3. El rechazo del criterio del uso del lenguaje o natural concepción de la vida: IV, 527.

4. El factor penal y el factor normativo en la unidad de la conducta: IV, 529.

5. Distintos supuestos de unidad de conducta: IV, 534.

UNIDAD Y PLURALIDAD DE

DELITOS:

La diversa consideración legal: IV 571.

El concurso real propio: IV, 540.

El del continuado como caso de concurso real aparente: IV, 541.

Unidad y pluralidad del concurso ideal propio: IV, 534.

Concurso ideal impropio o concurrencia aparente de tipos o leyes penales: IV, 557.

Unificación de condena en la pena total: V, 405.

Unificación de penas y la pena total: V, 413.

Unificación de penas - condenas y sentencias, competencia: V, 421.

UTOPISMO: II, 407.

"VERSARI IN RE ILICITAS: III, 425.

VOLUNTAD:

Y deseo: III, 73.

Y conocimiento: III, 73.

Manifestación típica: III, 263.

ÍNDICE GENERAL

TERCERA PARTE

TEORÍA DE LA COERCIÓN PENAL

TÍTULO PRIMERO

LA COERCIÓN MATERIALMENTE PENAL

CAPÍTULO XXXIX

LA COERCIÓN MATERIALMENTE PENAL

I - LA PUNIBILIDAD

- | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 582. El doble sentido de la expresión "punibilidad" | 11 |
| 583. El apartamiento de las condiciones de operatividad de la
coerción penal | 18 |

II - LAS CAUSAS DE NATURALEZA PENAL QUE APARTAN LA PUNIBILIDAD

- | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 584. Causas procesales de exclusión de la punibilidad | 20 |
| 585. Los casos especiales de causas personales que cancelan
la punibilidad | 22 |
| 586. La prescripción de la pena | 23 |
| 587. El indulto | 39 |
| 588. El perdón del ofendido | 49 |
| 589. Las supuestas condiciones "objetivas" de punibilidad ... | 51 |

III - LAS CONDICIONES PROCESALES DE OPERATIVIDAD DE LA COERCIÓN PENAL

- | | |
|--------------------------------------------------------|----|
| 590. Respecto de ciertos delitos | 58 |
| 591. Ausencia de impedimentos de perseguibilidad | 69 |

CAPÍTULO XL

MANIFESTACIONES DE LA COERCIÓN PENAL

I - LAS MANIFESTACIONES DE LA COERCIÓN PENAL
EN EL SISTEMA PENAL ARGENTINO

592. Panorama general	83
593. La llamada "pena de muerte" y otras formas inconstitucionales de coerción penal	92
594. Limitaciones a la coerción penal que emanan de los principios constitucionales	111

II - LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

595. Evolución legislativa	118
596. Las penas privativas de libertad en el marco general de las penas	122
597. La reclusión y la prisión	144
598. El cómputo de las penas privativas de libertad	139
599. La ejecución de las penas privativas de libertad en nuestro país	143
600. La ejecución penal argentina y las corrientes contemporáneas en la materia	154
601. Los derechos del penado sometido a pena privativa de libertad	157
602. La reclusión accesoria por tiempo indeterminado	161

III - LA DETENCIÓN DOMICILIARIA COMO FORMA
DE EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

603. La detención domiciliaria como forma de ejecución de la pena privativa de libertad	171
-----------------------------------------------------------------------------------------------	-----

IV - LA LIBERTAD CONDICIONAL COMO ÚLTIMA ETAPA
DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

604. Concepto y antecedentes	174
605. Naturaleza jurídica	178
606. El derecho a la libertad condicional	182
607. Requisitos para la obtención de la libertad condicional ..	185
608. Condiciones a que queda sometida la libertad	193
609. Violación de las condiciones	201

610. La libertad condicional de los condenados a reclusión por tiempo indeterminado	203
611. La libertad condicional en los proyectos posteriores a 1921	210

V - LA PENA DE MULTA

612. Carácter y problemática actual	211
613. La multa en nuestro derecho vigente	217
614. La multa conjunta del art. 22 bis	227

VI - LA INHABILITACIÓN

615. Evolución legislativa	229
616. La inhabilitación absoluta	231
617. La inhabilitación absoluta como pena accesoria	237
618. La inhabilitación absoluta como pena principal	239
619. La inhabilitación especial	240
620. La inhabilitación especial conjunta prevista en forma genérica	243
621. La rehabilitación	247
622. Inhabilitación para el ejercicio de ciertos derechos civiles	249

VII - EL DECOMISO Y OTRAS PENAS ACCESORIAS

623. El texto vigente y la evolución legislativa	257
624. Los "instrumentos del delito" y los "efectos provenientes del mismo"	260
625. Otras penas accesorias	267

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA
EN EL CASO CONCRETO

I - DETERMINACIÓN, CUANTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN

626. El derecho de cuantificación penal	270
627. La "individualización" de la pena	272

II - LA TÉCNICA LEGISLATIVA Y LOS CRITERIOS
DE DETERMINACIÓN DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

628. La técnica legislativa de nuestro código	274
629. Los criterios de determinación de las penas	280

630. La estructura general de los criterios de cuantificación penal de nuestro código	290
III - LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN PENAL EN PARTICULAR	
631. La magnitud del injusto	295
632. Casos particulares de mayor contenido injusto (delito continuado y concurso ideal)	300
633. La culpabilidad como criterio cuantificador y determinante	303
IV - LA FUNCIÓN CORRECTIVA DE LA PELIGROSIDAD	
634. El concepto dogmático de peligrosidad	317
635. La función correctiva de la peligrosidad	326
V - REGLAS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN PENAL	
636. La determinación penal y el principio de intrascendencia o de personalidad de la pena	332
637. La cuestión de la doble valoración	333
638. El mínimo de inmediación	334
VI - LAS ESCALAS PENALES ALTERADAS POR LA MAGNITUD DEL INJUSTO (EN RAZÓN DEL GRADO DE LESIÓN OBJETIVA A LA SEGURIDAD JURÍDICA)	
639. El artículo 35 del Código Penal	337
640. Las escalas penales de la tentativa	338
641. Las escalas reducidas de la complicidad	341
VII - AGRAVACIONES PENALES DERIVADAS DEL MAYOR CONTENIDO DEL INJUSTO EN RAZÓN DEL MAYOR PELIGRO DE ALARMA SOCIAL PROVOCADO POR CIERTAS REITERACIONES (MAGNITUD DE LA AFECTACIÓN AL ASPECTO SUBJETIVO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA)	
642. Naturaleza y consecuencia	342
643. Reincidencia y tercera reincidencia	356
644. La multi-reincidencia calificada	375
645. El concurso real calificado	384
VIII - ESCALAS PENALES ALTERADAS POR LA CULPABILIDAD	
646. Escalas penales alteradas por la culpabilidad	386

IX - EL SISTEMA DE LA PENA TOTAL

647. El principio de unidad de la reacción penal	389
648. La pena total y el concurso real resuelto en una única condena	397
649. La pena del concurso real en las hipótesis del art. 56 del código alemán	401
650. La pena total en la unificación de condenas	407
651. La pena total y la unificación de penas	415
652. Competencia para la unificación de condenas de penas y de sentencias	423

X - LA CONDENACIÓN CONDICIONAL

653. Su incorporación a la legislación argentina	433
654. Naturaleza de la condenación condicional	437
655. Condiciones formales para su pronunciamiento	444
656. Condiciones materiales para su pronunciamiento	448
657. La condicionalidad de la condenación	452

TÍTULO SEGUNDO

LA COERCIÓN FORMALMENTE PENAL

CAPÍTULO XLII

MANIFESTACIONES DE LA COERCIÓN FORMALMENTE PENAL EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

I - LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

658. La reclusión no penal en el Código Penal	457
659. La indeterminación de las medidas del inc. 1º del artículo 34	462
660. Supuestos de reclusión de incapaces psíquicos de delito alienados	468
661. Supuestos de reclusión de no alienados	470
662. Las medidas no penales en los proyectos de reforma ..	471

II - LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO

663. Naturaleza jurídica	473
664. Principales problemas que se han señalado	475
ULTÍLOGO	479
ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES	485
ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS	535

**Este libro se terminó de imprimir en los
Talleres EDIGRAF S.A., Delgado 834,
Buenos Aires, República Argentina,
en el mes de febrero de 1988**