

Derecho Público Provincial y Municipal

Los sistemas electorales en el derecho público provincial argentino

POR VICENTE S. ATELA (*)

Sumario: 1. Introducción. 2. La selección de candidatos. 3. Sistemas electorales. 4. Clasificación de los sistemas electorales de acuerdo al método de conversión de votos en bancas. 5. Los sistemas electorales en el Derecho Público Provincial Argentino. 6. Separación de las elecciones locales de las nacionales. 7. Consideraciones finales. 8. Bibliografía.

Resumen

Los sistemas electorales son parte del derecho electoral, constituyendo mecanismos que establece el Estado para estructurar la voluntad popular expresada mediante el sufragio y traducirla en representaciones públicas. Los sistemas electorales se clasifican en: mayoritarios, proporcionales y mixtos. El derecho público provincial argentino como expresión de su autonomía política reconocida por la Constitución Federal, permite que cada Provincia adopte su propio sistema electoral.

Palabras clave: Derecho Público Provincial Argentino — Sistemas electorales — Concepto — Caracterización

Abstract

Electoral systems are part of the electoral law, they are mechanisms that the Estate use to structure the popular will expressed through the vote and to translate into public performances and public representations. Electoral Systems are classified as mayor, proportional or mixed. Argentine Public Provincial Law as an expression of their political autonomy recognized by the Federal Constitution allows each province to adopt its own electoral system.

Keywords: Argentine Public Provincial Law — Electoral Systems — Concept — Characterization

1. Introducción

El estudio de los sistemas electorales es una parte del derecho electoral, el cual comprende, de acuerdo a Nohlen [et al.] (2005: 1297), los siguientes aspectos: “el conjunto de normas reguladoras de la titularidad y del ejercicio del derecho al sufragio, activo y pasivo; de la organización de la elección; del sistema electoral; de las instituciones y de los organismos que tienen a su cargo el desarrollo del proceso electoral, y del control de la regularidad de ese proceso y la veracidad de sus resultados”.

Coincidimos con Nohlen y Sabsay (2005: 34) en la función cívica que cumple el derecho electoral, en la medida en que se constituye en una valiosa herramienta de educación ciudadana. Destacan los autores que el conocimiento de los diferentes aspectos que lo integran trae aparejada la observación de muchos de los momentos cruciales de la vida política dentro de un marco pluralista.

En tal sentido, consideramos importante dedicar el presente trabajo al análisis de los sistemas electorales vigentes en las Provincias Argentinas.

En el desarrollo del presente, se mencionan los distintos sistemas de selección de candidatos de cada partido político que luego competirán por los cargos, cuyo análisis consideramos relevante,

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Público Provincial y Municipal, Cátedra I y Docente Ordinario de Derecho Constitucional, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Constitucional II. UNNOBA.

pese a que se trata de un procedimiento previo a la aplicación de los sistemas electorales objeto del trabajo, atento la puesta en vigencia a nivel nacional y en la provincia de Buenos Aires de un nuevo sistema de elecciones primarias abiertas y simultáneas.

Posteriormente, se desarrolla una clasificación de los principales sistemas electorales y particularmente, de los que tienen aplicación en el Derecho Público local, y finalmente se relevan los distintos sistemas a los que recurren las provincias argentinas para la elección de sus Poderes Ejecutivo y Legislativo.

2. La selección de candidatos

Un aspecto a tenerse en cuenta está vinculado a los sistemas de selección de candidatos que formula cada partido político. El reconocimiento constitucional que se ha hecho de los partidos políticos como organizaciones esenciales, fundamentales del sistema democrático, (1) incluye la potestad de cada partido político de elaborar su propia propuesta de cara a una contienda general, para ello pueden utilizarse diferentes sistemas:

a) Internas cerradas. En este sistema, la selección de los candidatos se hace en el interior de los partidos políticos, dado que sólo sus afiliados pueden participar de la elección. Es el procedimiento que regía en la Nación y la Provincia de Buenos Aires con anterioridad a la modificación reseñada en el presente. Estas internas se rigen exclusivamente por la carta orgánica de cada partido político.

b) Internas abiertas con adhesión o semi abiertas. Se diferencia del anterior en que, además de los afiliados al partido, pueden participar quienes en forma previa a la elección manifiesten su voluntad de tomar parte de ella. A tales efectos, con anterioridad a la elección interna se abre un período para que los ciudadanos no afiliados al partido, manifiesten su intención de participar.

c) Primarias abiertas y simultáneas. La selección de candidatos se realiza en un acto electoral único, en el que participa toda la ciudadanía, que puede votar por el candidato de un solo partido.

Es el sistema establecido por la ley nacional 26.571 para la selección de candidatos a cargos públicos electivos nacionales y de parlamentarios del Mercosur. (2)

Cabe destacar que la participación en las elecciones primarias es obligatoria tanto para los partidos, aun en aquellos casos en que se presentare una sola lista, como para los ciudadanos, caso contrario no podrán participar de la elección general.

La elección de los candidatos a presidente y vicepresidente de la Nación de cada agrupación se hará mediante fórmula en forma directa y a simple pluralidad de sufragios, en tanto los senadores se elegirán por lista completa a simple pluralidad de votos. En la elección de diputados nacionales, y parlamentarios del Mercosur, cada agrupación integrará la lista definitiva mediante el sistema de distribución de cargos que establezca cada carta orgánica partidaria o el reglamento de la alianza partidaria.

Según lo dispuesto por la Ley Nacional 26.571 solo podrán participar de la elección general aquellos partidos políticos que hubieren obtenido votos en un mínimo equivalente al 1,5 % de los votos válidos emitidos para la categoría electoral.

3. Sistemas electorales

Los sistemas electorales son los mecanismos que establece el Estado para estructurar la voluntad popular expresada mediante el sufragio, y traducirla en representaciones públicas en cargos de gobierno.

(1) Art. 38 C.N.

(2) Además de la Nación y la Provincia de Buenos Aires adoptan este sistema de primarias abiertas, con ciertas particularidades, Neuquén, Salta, San Luis, Santa Fe y Río Negro.

Dieter Nohlen (1994: 34) señala que: “*Los Sistemas Electorales contienen el punto de vista técnico, el modo según el cual el elector manifiesta a través del voto el partido o el candidato de su preferencia, y según el cual esos votos se convierten en escaños*”. Y destaca que: “*...regularan ese proceso mediante el establecimiento de la distribución de las circunscripciones, de la forma de la candidatura, de los procesos de votación y de los métodos de conversión de votos en escaños*”.

Ningún sistema electoral resulta inocente o inocuo a las intenciones que se tenga para estructurar el poder, como así tampoco su utilidad teórica a veces no logra plasmarse en la realidad.

A partir de estos cuatro aspectos que describe Nohlen, se pueden realizar algunas distinciones respecto de los sistemas electorales:

a) Distribución de las circunscripciones electorales: comprende el territorio que se considera para la votación y el componente demográfico de los mismos, que en las elecciones de legisladores corresponde a la cantidad de ciudadanos a la que representa cada uno de ellos. Por otro lado, el tamaño de cada circunscripción electoral está dado por la cantidad de bancas que le corresponden. Según este criterio se distinguen dos tipos de circunscripciones: la circunscripción uninominal, donde se pone en juego una sola banca; y la circunscripción plurinominal, que implica elegir más de un representante.

b) Candidaturas: en este aspecto tenemos la candidatura unipersonal y el sistema de lista, la cuál puede ser cerrada y bloqueada, donde el orden de los candidatos es fijo; cerrada y no bloqueada, donde el orden de los candidatos puede ser modificado, ya sea mediante votos preferenciales o reubicación en la lista; y abierta, lo que permite la libre reubicación de los candidatos dentro de la lista y entre ellas.

c) Procedimientos de votación: son las distintas modalidades que adquiere el voto: el “*voto único*”, cada lector tiene un voto; el “*voto preferencial*”, cuando el elector expresa a través de su voto la preferencia por un candidato determinado; el “*voto múltiple*”, se da cuando el elector tienen tantos votos como los escaños disputados por circunscripción; entre otras.

d) Conversión de votos en escaños: Existen diferentes fórmulas para convertir los votos en representación, en este sentido se distinguen mayoría y proporción como principios de decisión. Dentro del principio mayoritario tenemos aquellas fórmulas que exigen una mayoría relativa, y los que exigen una mayoría absoluta o calificada. Dentro del principio proporcional, tenemos los diferentes métodos de cómputos, donde se encuentran los procedimientos del divisor, por el ejemplo el sistema D’Hondt y los procedimientos del cociente electoral.

4. Clasificación de los sistemas electorales de acuerdo al método de conversión de votos en bancas

4.1 Sistemas electorales mayoritarios

Poseen como elemento preponderante afianzar la mayoría de los cargos y representaciones a favor de quien obtenga la mayor adhesión de sufragios.

Encontramos entre ellos:

a) de mayoría simple: se adjudican el o los cargos al partido que mayor cantidad de votos obtiene, sin importar la diferencia con el resto de los partidos. Es el habitual para la elección de los Poderes Ejecutivos de las provincias o para cargos legislativos cuando son circunscripciones uninominales.

Para listas de candidatos plurinominales no permite ninguna representación de las minorías y además, si en una elección con tres listas la primera saca el 40% de los votos, la segunda y la tercera el 30%, la primera se llevará todos los cargos y las restantes no obtendrán ninguno pese a sumar el 60% de los votos, con lo que desvirtúa fuertemente la representación.

Se lo utilizó en el país para la elección de los Diputados Nacionales entre 1857 hasta 1902 y de 1904 a 1912.

b) de mayoría absoluta: se adjudican el o los cargos al partido que obtiene al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos.

c) ballotage o doble vuelta: es la alternativa al sistema anterior, cuando en primera vuelta ningún partido político obtiene la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos. Si ningún partido obtiene la mitad más uno de los votos se debe realizar una segunda elección con los dos partidos más votados.

La Constitución Nacional adopta para la elección presidencial un sistema de ballotage pero que no exige la mayoría absoluta, sino el cuarenta y cinco por ciento de los votos positivos válidamente emitidos para proclamar al presidente y vicepresidente de la Nación. También se evita la segunda vuelta si la fórmula hubiere obtenido el cuarenta por ciento o más de los votos y existiere una diferencia igual o mayor a diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos, de la que sigue en el número de votos. (3)

d) mayoría tasada o tarifada: el partido político que más votos obtiene se lleva una cantidad ya establecida de cargos, igual o superior a la mitad más uno de los cargos en disputa, sin que importe la cantidad de votos de diferencia con las otras listas. Los cargos restantes se distribuyen proporcionalmente o pueden estar tasados previamente. (4)

Este sistema tiende a asegurar el principio de gobernabilidad en tanto aseguran una mayoría al partido que gana las elecciones de legisladores, asumiendo que será el mismo que el que gane para los cargos del Poder Ejecutivo.

e) plurinominal de lista incompleta: se adjudica al partido que ha obtenido la mayor cantidad de votos válidos emitidos los dos tercios de los cargos y el tercio restante a la agrupación que le sigue en el número de votos. (5) (6)

f) circunscripciones uninominales: consiste en dividir un determinado distrito en tantas circunscripciones como candidatos deban elegirse, reduciendo la elección a la de un representante en cada circunscripción, siendo designado el candidato más votado. (7)

4.2 Sistemas electorales proporcionales

Poseen como rasgo esencial establecer mecanismos que permitan una esencial proporcionalidad, una distribución aritmética y exacta —o al menos una aproximación— entre los cargos a distribuir y la cantidad de sufragios que obtiene cada partido político.

(3) Arts. 97 y 98 C.N.

(4) Utilizado por la Provincia de Córdoba para la Cámara de Diputados con anterioridad a su reforma del año 2001, el artículo 78 establecía: La Cámara de Diputados se integra por sesenta y seis representantes elegidos directamente por el pueblo de la Provincia, considerada ésta como distrito único. Del número expresado, treinta y seis corresponden al partido político que obtenga mayor cantidad de votos. Los treinta restantes se distribuyen entre los cuatro partidos políticos que sigan a aquél en orden a los votos obtenidos y que superen un mínimo del dos por ciento de los votos emitidos. La distribución entre la minorías se hace del siguiente modo, conforme al orden que surja del resultado de la elección: veinte representantes al segundo; cinco al tercero; tres al cuarto y dos al quinto. Si alguno de los cuatro partidos no alcanza el mínimo electoral exigido, el número de representantes que le corresponde por su orden, es adjudicado entre las minorías que han alcanzado ese mínimo en forma proporcional conforme lo establezca la ley.

(5) Tercio excluido de la Ley Saénz Peña, ley nacional 8871.

(6) Este sistema actualmente se aplica en la elección de senadores nacionales art. 54 CN.

(7) "Es el clásico sistema de los países anglosajones, donde se lo conoce con el nombre de "sistema mayoritario simple", en cuanto a su origen, está incorporado a la tradición electoral inglesa desde el siglo XVI, continuando su aplicación sin cambios mayores al promulgarse en Inglaterra la primera Reform Act en 1832" (Carlos Fayt, 2003: 161).

Son sistemas proporcionales:

a) de cocientes: luego de realizado el escrutinio se suman todos los votos positivos emitidos y se los divide por la cantidad de cargos, obteniéndose así el cociente electoral, para luego adjudicar los cargos tantas veces como esté incluido el cociente en los votos obtenidos por cada partido.

Supongamos el ejemplo de una elección para cubrir 12 cargos, descripto en la *Tabla 1*.

El cociente resultante de la división se constituye en el “piso electoral” por lo que los partidos políticos que hubiere obtenido una cantidad inferior de votos no podrán acceder a ningún cargo. En el ejemplo todos superan el piso.

Luego de obtener el cociente repartidor, se dividen los votos obtenidos por cada uno de los partidos políticos por el cociente repartidor (votos del partido / cociente electoral), resultando en el caso lo detallado en la *Tabla 2*.

Luego de esta segunda operación, se adjudican los cargos según la cifra entera que hubiere obtenido cada partido: Lista 1: 2 cargos; Lista 2: 6 cargos; Lista 3: 1 cargo; y Lista 4: 1 cargo.

Para cubrir los cargos restantes se utilizan los residuos —se llama así a los decimales que arrojó la división, prescindiendo de la cifra entera—, adjudicándose de acuerdo a los residuos de mayor a menor, por lo que en nuestro ejemplo de 12 cargos ya tenemos que por cifra entera fueron cubiertos 10 cargos restando cubrir 2, que se adjudicarían al residuo “0,6508” de la Lista 4 y “0,6068” de la Lista 3.

Finalmente, de acuerdo al ejemplo utilizado, con la aplicación del sistema electoral proporcional de cocientes el resultado final es: Lista 1: 2 cargos; Lista 2: 6 cargos; Lista 3: 2 cargos; y Lista 4: 2 cargos.

b) Sistema de divisor común o D’Hont: (8) consiste en dividir el número de votos obtenido por cada partido por 1, 2, 3 y hasta igual número a la cantidad de cargos a elegir. El cociente menor que se obtenga correspondiente a la cantidad de cargos, será utilizado como divisor común, adjudicándose a cada partido tantos cargos como su cifra de votos contenga al divisor común.

Supongamos una elección para cubrir ocho cargos en la que participan 5 partidos que obtienen los votos detallados en la *Tabla 3*.

El cuadro con las divisiones de los votos de cada partido por los cargos, quedaría tal como se describe en la *Tabla 4*.

Ordenando los mayores ocho cocientes correspondientes a los cargos en juego, obtenemos los resultados que se observan en la *Tabla 5*.

El cociente divisor sería 12.354, y la cantidad de veces que está incluido —considerando números enteros— en los votos obtenidos por cada partido corresponde a los cargos que se le otorgan a cada uno de ellos.

Por ejemplo, al partido blanco corresponderían: $57.986 / 12.354 = 4,69$ esto es 4 cargos.

De cualquier modo, esta operación de dividir la cifra repartidora por los votos de cada partido no resulta necesaria, toda vez del orden de los mayores cocientes y la lista a la que pertenecen, surge a quién corresponde cada cargo.

Generalmente, se establece un porcentaje mínimo de votos —piso electoral— que deben obtener los partidos para acceder a la distribución de los cargos.

Este sistema es adoptado por el Código Electoral Nacional para la elección de Diputados Nacionales, que exige para participar del reparto de cargos que el partido político alcance un 3% de votos del padrón electoral.

(8) Creado por Victor D’Hont (1841-1901) en 1878.

c) de voto acumulativo: reconoce al elector el derecho de disponer de tantos votos como representantes se elijan, pudiendo dar sus votos a un solo candidato o distribuirlo entre dos o más, o darle un voto a cada candidato resultando electos aquellos candidatos que hayan obtenido la mayoría relativa.

4.3 Sistemas electorales mixtos

Este tipo de sistemas tiende a combinar elementos de sistemas de mayoría y proporcionales. Pretenden adoptar los aspectos más positivos o favorables de cada uno de los sistemas, lo que no significa que siempre se consiga. A veces se logra el efecto contrario y su combinación resulta en sistemas que eliminan la representación de las minorías.

Se encuentran entre ellos:

a) mixtos plurinominales: confieren a la mayoría una representación superior a la que resultaría de la aplicación del sistema proporcional integral, existen múltiples variantes en su aplicación, en algunos predomina el sistema de premios a la mayoría de las circunscripciones combinando la media mayor con el mayor residuo, en otros casos se beneficia a las mayorías nacionales;

b) mixto uninominal: consiste en dividir al territorio en circunscripciones uninominales destinadas a elegir la mitad de los representantes por el sistema de mayoría relativa y la otra mitad de los representantes se asignan a las listas presentadas por los partidos políticos proporcionales a los votos que cada uno haya obtenido, de manera que el elector tiene dos votos, uno para la elección en circuito uninominal y otro para la elección proporcional.

4.4 Ley de lemas. Combinación de selección de candidatos y sistema electoral.

Por otro lado, existen sistemas que conjugan ambas características, por cuanto establecen un procedimiento de selección de candidatos y simultáneamente, constituyen un sistema electoral. (9) Nos referimos al sistema de lemas o ley de lemas.

En este sistema, cada partido político constituye un lema, y cada uno de ellos puede tener varios sublemas, constituidos por las listas de candidatos de las fracciones internas del partido que decidan participar de la elección. Cada una de las listas de los sublemas se presenta con todos los candidatos que se eligen en el comicio.

Los electores votan por el sublema de su preferencia, pero luego, los votos que reciban los sublemas de un mismo lema se suman, y el lema que obtenga la mayor cantidad de sufragios será el ganador.

Si la elección es uninominal, el electo será el candidato que más votos haya obtenido, perteneciente al lema ganador.

En el caso de listas *plurinominales*, se usa un sistema proporcional. Se asignan los cargos según la cantidad de votos de los lemas y posteriormente dentro de cada lema se otorgan a cada sublema los correspondientes los sufragios obtenidos.

En el ejemplo de la *Tabla 6* se desarrolla el sistema para cubrir los cargos de un cuerpo colegiado de 5 miembros, aplicando un sistema proporcional de distribución.

Se observa en el ejemplo que el Lema "A" posee mayor cantidad de votos que los Lemas "B" y "C", pero que el sublema ganador dentro del lema "A", es el sublema "A1" con 89.554 votos contra el sublema "B1" que aun perdidoso en el proceso de acumulación total, por si sólo posee más votos.

Ese es el principal obstáculo de legitimación del sistema de lemas, nótese que si la elección fuera para un solo cargo, se le adjudicaría al candidato del sublema A3, pero individualmente, obtuvo menos votos que sublema B1.

(9) Alberto Montbrun (2007) sostiene que se asemeja más a un sistema de nominación de candidaturas más que a un sistema electoral

Además se pueden señalar otras notas positivas y negativas.

Entre las ventajas:

* Elimina la confrontación de los grupos internos, que resulta siempre desgastante y genera heridas internas y personalismos.

* Logra que cada candidato tenga su nivel propio de votos, personalizando la elección.

* Facilita a los pequeños grupos de afiliados de un partido la presentación de una lista.

* Ayuda a una renovación de las clases dirigentes.

Podemos citar entre las desventajas:

* Atomiza a los partidos políticos con sublemas que expresan pequeños grupos personalistas.

* El elector no sabe por quién vota, porque su sufragio se acumula a favor del que más votos obtiene.

* Desnaturaliza la representación electoral con resultados, frutos de la alquimia electoral de sumar votos ajenos.

* Debilita la disciplina partidaria en orden a posturas políticas orgánicas, generando la proliferación de posturas personales.

5. Los sistemas electorales en el Derecho Público Provincial Argentino

Por el sistema de organización federal que adopta nuestro país a partir de la sanción de la Constitución de 1853, los Estados provinciales gozan de autonomía, que incluye los aspectos institucional y político (10) por lo cual cada provincia puede establecer su propio régimen electoral.

En ejercicio de la potestad política, cada Provincia ha reglamentado su propio régimen electoral, dentro del cual han adoptado diversos sistemas electorales para la elección de sus autoridades. En el presente capítulo, se analizan los sistemas utilizados para elegir los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo.

5.1 La elección del Poder Ejecutivo

Las 23 provincias argentinas establecen a cargo del Poder Ejecutivo a un Gobernador, que es electo en forma conjunta con un Vice Gobernador, y con una duración del mandato de cuatro años.

En todos los casos la fórmula se elige por el voto directo del pueblo tomando a la Provincia como distrito electoral único. Sin embargo, hay diferencias en el sistema electoral utilizado.

1. El sistema más utilizado es el de mayoría simple, es decir que la fórmula que obtiene la mayor cantidad de votos es la ganadora.

Recurren a este sistema: Buenos Aires, Catamarca, Chubut, Córdoba, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, San Juan, San Luis, Salta, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán. (11)

Además, algunas de las Constituciones de estas provincias establecen el procedimiento de elección en caso de empate.

En San Luis, San Juan, Entre Ríos y Jujuy se debe hacer una nueva elección entre los postulantes que obtuvieron la misma cantidad de votos; por su parte, en las provincias de Neuquén, Río Negro, Salta, Santa Fe y Tucumán la decisión final se asigna al Poder Legislativo.

(10) Artículos 1, 5 y 121 CN.

(11) Respectivamente, los artículos de las constituciones de las provincias mencionadas en donde se adopta el sistema referido son: Art. 134; 130; 146; 140; 135; 73; 135; 107; 114; 185; 120; 172; 135; 126; 202; 173; 142; 70; 157; y 99.

2. Por su parte, Corrientes (12) y Tierra del Fuego (13) poseen un sistema de mayoría absoluta con doble vuelta, por lo que si ninguna de las fórmulas alcanza la mitad más uno de los sufragios, se hará una segunda elección entre las dos más votadas.

3. Finalmente, Chaco (14) posee un sistema de ballottage similar al establecido en la Constitución Nacional para la elección del Presidente. Cuando la fórmula que resulte ganadora en la primera vuelta hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados Gobernador y Vicegobernador. También si hubieren obtenido el cuarenta por ciento o más de los votos y además existiere una diferencia igual o mayor a diez puntos porcentuales respecto del total de los votos positivos válidamente emitidos, sobre la que sigue en el número de votos.

En caso contrario, deberá hacerse una nueva elección entre las dos fórmulas más votadas.

5.2 *Los sistemas electorales para la conformación de los Poderes Legislativos provinciales*

En este aspecto hay una diversidad mayor en las provincias argentinas que en el sistema para la elección del poder ejecutivo.

En primer lugar, hay dos organizaciones del poder legislativo: el sistema bicameral, que divide a la Legislatura en Cámara de Diputados y Cámara de Senadores; (15) y el unicameral, adoptado por la mayoría de las provincias, (16) con una sola cámara, de Diputados o Representantes.

En lo sucesivo se desarrollan las principales características de los sistemas electorales, que son sistematizadas en los cuadros del *Anexo I*.

1. Legislaturas unicamerales

a. Las provincias de Chaco, La Pampa, Misiones, Neuquén, Santiago del Estero y Tierra del Fuego (17) toman para la elección de los legisladores a la provincia como distrito único y utilizan el sistema proporcional D'Hont.

b. La provincia de Chubut (18) posee un sistema mixto, que combina el de mayoría tasada, adjudicando al ganador 16 de las 27 bancas de la Legislatura y el proporcional D'Hont, utilizado para distribuir las 11 bancas restantes entre los demás partidos políticos.

c. Por su parte, San Juan, Córdoba, Santa Cruz y Río Negro (19) tienen un sistema mixto con una representación regional y otra de todo el territorio provincial.

Las dos primeras provincias eligen un representante por cada departamento por el sistema de mayoría simple y el resto considerando a la provincia como distrito único, mediante el sistema proporcional D'Hont.

(12) Art. 108 Const. Pcial.

(13) Art. 202 Const. Pcial.

(14) Art. 133 Const. Pcial.

(15) Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, Mendoza, Salta, Santa Fe, San Luis.

(16) Chaco, Chubut, Córdoba, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Misiones, Neuquén, Santiago del Estero, San Juan, Río Negro, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Tucumán.

(17) Respectivamente, los artículos de las constituciones de las provincias mencionadas en donde se adopta el sistema referido son: Art. 90 inc. 4; 53; 48 inc. 5; 161; 118 —Sin perjuicio de adoptar el sistema de distrito único, el artículo constitucional santiagueño establece que la ley asegurará la participación de los ciudadanos del interior de la Provincia en no menos del 50% de las postulaciones expectables y de las suplencias—; y 201 inc. 4.

(18) Art. 124 Const. Pcial.

(19) Art. 123 Const. Pcial. Respectivamente, los artículos de las constituciones de las provincias mencionadas en donde se adopta el sistema referido son: Art. 131; 78; 85; y 123.

Santa Cruz utiliza para la representación regional a los municipios, cada uno de los cuales elige un representante por mayoría simple y con el sistema de lemas; y el D'Hont, sin lemas, para la elección que toma a la provincia como un solo distrito.

En tanto que en Río Negro se eligen tres por cada sección electoral y los demás en una lista provincial, tomando su territorio como distrito electoral único. En ambos casos se utiliza el sistema proporcional D'Hont.

d. La Rioja (20) divide el territorio en departamentos, y en la Constitución se establece la cantidad de legisladores que se eligen en cada uno. En los departamentos que tienen una sola banca se adjudica por simple mayoría de sufragios. En el resto, se aplica el sistema D'Hont, con una novedosa disposición que limita a la mayoría, pues se establece un límite de bancas al que puede acceder el partido ganador, aunque de acuerdo al sistema de reparto le correspondan más. Por ejemplo, el partido que obtenga la mayoría sólo podrá adjudicarse hasta un máximo de cinco bancas en el departamento Capital —se eligen ocho legisladores— y tres bancas en el departamento Chilecito —cuatro legisladores—.

Asimismo, se establece que nunca podrán las minorías tener un porcentual menor al equivalente a ocho bancas.

e. Las provincias de Formosa (21) y Jujuy (22) toman al territorio como distrito único y adoptan el sistema de Lemas. Ambas utilizan el sistema D'Hont, pero en el caso de Formosa primero entre lemas a fin de determinar la cantidad de cargos que corresponde a cada uno de ellos, y luego entre Sub-Lemas de cada Lema a fin de establecer a qué candidatos pertenecen dichos cargos.

En cambio, la ley electoral de Jujuy establece que primero se ordenarán los sublemas a fin de establecer la lista del lema, y luego se distribuyen los cargos legislativos entre los distintos lemas.

El resultado debiera ser el mismo.

f. Tucumán (23) divide a su territorio en 3 secciones a las que la Constitución le asigna la cantidad de legisladores que le corresponden a cada una. La asignación de los cargos en cada sección se realiza por el sistema D'Hont.

2. Legislaturas bicamerales

Ante la existencia de dos cámaras, varias provincias asignan distintas bases de representación a cada una de ellas, otras, en cambio, asignan la misma base territorial de representación a diputados y senadores.

a. Las provincias de Catamarca, (24) Entre Ríos (25) y Santa Fe, (26) eligen los diputados tomando a la provincia como distrito único y a los senadores uno por cada uno de los departamentos en que se divide su territorio.

Santa Fe adopta para la composición de la Cámara de Diputados un sistema mixto con una mayoría tasada para el partido que obtiene más votos, al que se le adjudican 28 diputados de los 50 que componen la Cámara; y proporcional para los 22 cargos restantes que se reparten entre los demás partidos con el sistema D'Hont.

(20) Art. 85 Const. Pcial.

(21) Art. 103 Const. Pcial.

(22) Art. 104 Const. Pcial.

(23) Art. 44 Const. Pcial.

(24) Arts. 72 y 79 Const. Pcial.

(25) Arts. 90 y 91 Const. Pcial.

(26) Arts. 32 y 36 Const. Pcial.

Entre Ríos utiliza el sistema proporcional de cocientes para los diputados, pero la Constitución entrerriana garantiza al ganador la mayoría absoluta de la representación, por lo que, cuando por el sistema de proporcionalidad el triunfador alcanza a la mitad más uno de las bancas, se le adjudica dicha mayoría y el resto de las bancas al o los partidos de las minorías por el sistema de cocientes.

Finalmente, Catamarca utiliza para la Cámara de Diputados el sistema D'Hont.

b. San Luis (27) y Salta (28) eligen los diputados por departamentos con listas plurinominales, mediante el sistema D'Hont; y un senador por cada departamento por mayoría simple.

c. En Corrientes tanto para la elección de diputados y como de senadores se toma a la provincia como distrito único, y se utiliza para la distribución de los cargos el sistema D'Hont.

d. Buenos Aires (29) y Mendoza (30) dividen el territorio en secciones electorales y utilizan sistemas plurinominales proporcionales para ambas Cámaras, mediante listas de candidatos de cada sección.

La provincia cuyana utiliza el sistema D'Hont, en tanto la bonaerense recurre al sistema de cocientes o, como se lo llama en su ley electoral: de *cuocientes*.

5.3 El sistema en Buenos Aires

La Constitución provincial establece en 84 los miembros de la Cámara de Diputados y 42 del Senado, aunque admite la posibilidad de ampliar hasta 100 aquellos y 50 estos últimos, mediante una ley especial y de acuerdo a los censos poblacionales. Actualmente, los diputados son 92 y 46 los senadores.

Para la elección de los legisladores la Provincia se divide en ocho secciones electorales. (31)

Estos legisladores se distribuyen en las ocho secciones electorales, de la forma que se describe en la *Tabla 7*.

La Ley electoral n° 5109 (Adla, VI-772) es la que establece el sistema de cociente o *cuocientes*. Para establecer el cociente electoral se divide el número total de sufragios válidos positivos —sin contar blancos ni anulados— por el número de candidatos que corresponde elegir, según la convocatoria. Luego, se divide por el cociente el número de votos obtenidos por cada lista, el número entero resul-

(27) Arts. 102 y 109 Const. Pcial.

(28) Arts. 94 y 100 Const. Pcial.

(29) Arts. 61, 69 y 75 Const. Pcial.

(30) Arts. 69 y 75 Const. Pcial.

(31) Los partidos que integran cada una son: SECCIÓN CAPITAL: La Plata. PRIMERA SECCION ELECTORAL: Campana, Escobar, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, Luján, Malvinas Argentinas, Marcos Paz, Mercedes, Merlo, Moreno, Morón, Navarro, Pilar, San Fernando, San Miguel, San Isidro, Suipacha, Tigre, Tres de Febrero y Vicente López. SEGUNDA SECCIÓN: Baradero, Bartolomé Mitre, Capitán Sarmiento, Carmen de Areco, Colón, Exaltación de la Cruz, Pergamino, Ramallo, Rojas, Salto, San Andrés de Giles, San Antonio de Areco, San Nicolás, San Pedro y Zárate. TERCERA SECCIÓN: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Coronel Brandsen, Cañuelas, Ensenada, Esteban Echeverría, Ezeiza, Florencio Varela, Lanús, Lomas de Zamora, Lobos, Magdalena, La Matanza, Presidente Perón, Punta de Indio, Quilmes y San Vicente. CUARTA SECCIÓN: Alberti, Bragado, Carlos Casares, Carlos Tejedor, Chacabuco, Chivilcoy, General Arenales, General Pinto, General Viamonte, General Villegas, Hipólito Irigoyen, Junín, Leandro N. Alem, Lincoln, Nueve de Julio, Pehuajó, Rivadavia y Trenque Lauquen. QUINTA SECCIÓN: Ayacucho, Balcarce, Castelli, Chascomús, De La Costa, Dolores, General Alvarado, General Belgrano, General Guido, General Lavalle, General Madariaga, General Paz, General Pueyrredón, Las Flores, Lezama, Lobería, Maipú, Mar chiquita, Monte, Necochea, Pila, Pinar, Rauch, San Cayetano, Tandil, Tordillo y Villa Gesell. SEXTA SECCIÓN: Los partidos de Adolfo Alsina, Bahía Blanca, Daireaux, Coronel de Marina Leonardo Rosales, Coronel Dorrego, Coronel Pringles, Coronel Surez, General Lamadrid, González Chavez, Guaminí, Juárez, Laprida, Monte Hermoso, Patagones, Pellegrini, Puán, Saavedra, Salliqueló, Tornquist, Tres Arroyos y Villarino. SEPTIMA SECCIÓN: Azul, Bolívar, General Alvear, Olavarría, Roque Pérez, Saladillo, Veinticinco de Mayo y Tapalqué.

tante de la división indica el número de candidatos que son electos en cada lista. Aquella cuyos votos no alcancen este cociente carecerá de representación.

Si la suma de todos estos cocientes no cubre el número total de representantes que comprende la convocatoria, se adjudicará un candidato más a cada una de las listas cuya división por el cociente electoral haya arrojado mayor número decimal, si agotada la consideración quedan cargos a adjudicar, se otorgarán a la lista que obtuvo mayor cantidad de sufragios. En caso de residuos iguales, se adjudica el candidato al partido que obtuvo mayoría de sufragios.

Si ningún partido político llega al cociente electoral, se toma como base el 50% del mismo a los efectos de adjudicar la representación y si aun así ninguno lo alcanza se disminuirá en otro 50%.

Si la cantidad de partidos políticos que alcanzan el cociente electoral es superior al de las bancas a distribuir, éstas se adjudicaran a los que hubieren obtenido mayor número de sufragios.

6. Separación de las elecciones locales de las nacionales

Recientemente, Pérez Hualde (2011) ha sostenido acerca de la decisión política de cada Gobernador de realizar simultáneamente las elecciones para cargos públicos provinciales junto a la elección de cargos nacionales —simultaneidad electoral— que:

“la acumulación y realización simultánea de elecciones de los distintos órdenes, provoca en casi todos los casos el total desdibujamiento y, con ello —inevitablemente—, la desatención de los temas y candidatos locales. Este fenómeno, que lleva la pérdida de interés y de calidad en el planteo y en la formulación de los temas políticos propuestos, consecuentemente, también produce la desvalorización del debate entre los candidatos sobre los temas más próximos al elector, que son los municipales y provinciales. Los temas provinciales y, respectivamente, los municipales se ven sumergidos en el debate de las cuestiones nacionales que son promovidas obligadamente por los esfuerzos publicitarios de las campañas realizadas en forma general en todo el país”.

Resulta propio de un ejercicio auténtico del federalismo que establece la Constitución Argentina, que las elecciones correspondientes a cada jurisdicción política (cargos nacionales, provinciales y municipales) se realicen en forma autónoma, independiente y diferenciada, reafirmando el principio básico de diversidad y autonomía, dentro de la organización federal.

No obstante ello, sólo dos constituciones provinciales establecen la obligatoriedad de la realización de elecciones provinciales y municipales separadas de las nacionales: Chaco y Tierra del Fuego.

Las constituciones de Chubut, Corrientes, Formosa, Jujuy, San Luis, Santa Cruz y Santiago del Estero (32) habilitan la posibilidad de que las elecciones provinciales se realicen en forma simultánea con las nacionales.

Las demás provincias no adoptan ninguna disposición constitucional al respecto. (33)

7. Consideraciones finales

El sistema de organización federal permite la autonomía del derecho electoral, por lo que cada provincia adopta su propio régimen.

Todas las constituciones provinciales establecen para la elección de Gobernador y Legisladores sistemas de elección por el voto directo de la población.

(32) Respectivamente, los artículos de las constituciones de las provincias mencionadas en donde se adopta el precepto son: art. 256, inc. 4; 83; 140; 87; 94; 78 inc. 2 y 45.

(33) En el calendario electoral del 2011 han desdoblado las elecciones para cargos públicos provinciales de los nacionales las siguientes provincias: Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, La Rioja, Misiones, Neuquén, Santa Fe, Tierra del Fuego y Tucumán. La provincia de Buenos Aires, mediante decreto PE nro. 333/11 declaró la simultaneidad de las elecciones provinciales y municipales con las de la Nación.

Para la elección de Gobernador veinte Provincias adoptan sistemas de mayoría simple, dos de mayoría absoluta y una el sistema de ballottage como el utilizado a nivel Nacional para la elección presidencial.

Sistemas proporcionales puros o sistemas mixtos para la elección de miembros del Poder Legislativo.

Las provincias que adoptan total o parcialmente los sistemas de circunscripciones uninominales tienden a la eliminación de las minorías.

8. Bibliografía

Fayt, Carlos Santiago. *Derecho político*. Buenos Aires: LA LEY, 2003, t. 2.

Fayt, Carlos Santiago. *Sufragio, representación y telepolítica*. Buenos Aires: LA LEY, 2008.

Montbrun, Alberto. "Bases de representación legislativa y sistemas electorales en el derecho público provincial", En: Pérez Guilhou, Dardo (dir.). *Derecho público provincial y municipal*. Buenos Aires: LA LEY, 2007, v. 3.

Nohlen, Dieter [et al.] (comps.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

Nohlen, Dieter y Sabsay, Daniel. "Derecho electoral", En: Nohlen, Dieter [et al.] (comps.) *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

Nohlen, Dieter. *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

Pedicone De Valls, María. *Derecho electoral*. Buenos Aires: La Rocca, 2001.

Pérez Hualde, Alejandro. "Las autonomías provincial y municipal y el desdoblamiento de las elecciones", En: *Diario LA LEY*, Buenos Aires, 01/04/2011, 1-4.

Anexo 1

Composición de las legislaturas unicamerales y su sistema electoral

| | Cantidad |
|---------------------|--|
| | Sistema electoral |
| La Pampa | 26 |
| | distrito único D'Hont piso 3 % |
| Misiones | 39 |
| | distrito único D'Hont sin piso |
| Neuquén | 35 |
| | distrito único D'Hont con piso del 3 % |
| Santiago del Estero | 40 |
| | distrito único D'Hont con piso 2% |

| | Cantidad Sistema electoral |
|------------------|---|
| Tierra del Fuego | 15 |
| | distrito único D´Hont con piso 5% |
| Chaco | 32 |
| | D´Hont sin piso |
| Chubut | 27 |
| | Mixto 16 para el ganador y 11 entre los demas por sistema D´Hont sin piso |
| Formosa | 30 |
| | Ley de Lemas D´Hont |
| Jujuy | 48 |
| | Ley de Lemas D´Hont distrito único 5 % |
| Tucumán | 49 |
| | secciones electorales D´Hont sin piso |
| La Rioja | 36 |
| | Departamentos uninominales y plurinominales (D´Hont con piso del 3 %) |

| | Distrito único | Departamento |
|------------|-------------------------------|---|
| | Cantidad Sistema electoral | |
| | 15 | 19 |
| San Juan | D´Hont con piso del 3 % | Uno por departamento |
| | 10 | 14 |
| Santa Cruz | D´Hont | Uno por departamento con Ley de Lemas |
| | 44 | 26 |
| Córdoba | D´Hont sin piso | Uno por departamento |
| | 19 | 24 |
| Río Negro | D´Hont con piso del 5 % | Tres por departamento D´Hont con piso del 22 % |

Composición de las legislaturas bicamerales y su sistema electoral

| | Diputados | Senadores |
|--------------|--|--|
| | Cantidad | |
| | Sistema electoral | |
| Santa Fe | 50 | 19 |
| | distrito único tasado | uno por departamento |
| Catamarca | 41 | 16 |
| | distrito único D'Hont sin piso | uno por departamento |
| Entre Ríos | 28 | 17 |
| | distrito único cociente con mayoría absoluta | uno por departamento |
| Salta | 60 | 23 |
| | Departamentos D'Hont con piso 5 % | uno por departamento |
| San Luis | 43 | 9 |
| | Departamentos D'Hont con piso 3 % | uno por departamento |
| Mendoza | 48 | 38 |
| | secciones electorales D'Hont 3% | secciones electorales D'Hont 3% |
| Buenos Aires | 92 | 46 |
| | secciones electorales cocientes | secciones electorales cocientes |
| Corrientes | 26 | 13 |
| | distrito único D'Hont con piso del 3 % | distrito único D'Hont con piso del 3 % |

Tabla 1

| Partido | Votos | |
|--------------------|----------------|------------|
| 1 | 1.279.688 | |
| 2 | 3.525.177 | |
| 3 | 883.155 | |
| 4 | 907.345 | |
| Total | 6.595.365 | |
| Cargos | 12 | |
| Cociente electoral | votos : cargos | 549.613,75 |

Tabla 2

| Partido | Cociente |
|---------|----------|
| 1 | 2,3283 |
| 2 | 6,4139 |
| 3 | 1,6069 |
| 4 | 1,6509 |

Tabla 3

| Partido | Votos |
|----------|---------|
| Blanco | 57.986 |
| Negro | 32.567 |
| Verde | 12.354 |
| Azul | 6.590 |
| Amarillo | 23.441 |
| Total | 132.938 |

Tabla 4

| PARTIDO | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 |
|----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|----------|----------|----------|
| BLANCO | 57.986,00 | 28.993,00 | 19.328,67 | 14.496,50 | 11.597,20 | 9.664,33 | 8.283,71 | 7.248,25 |
| NEGRO | 32.567,00 | 16.283,50 | 10.855,67 | 8.141,75 | 6.513,40 | 5.427,83 | 4.652,43 | 4.070,88 |
| VERDE | 12.354,00 | 6.177,00 | 4.118,00 | 3.088,50 | 2.470,80 | 2.059,00 | 1.764,86 | 1.544,25 |
| AZUL | 6.590,00 | 3.295,00 | 2.196,67 | 1.647,50 | 1.318,00 | 1.098,33 | 941,43 | 823,75 |
| AMARILLO | 23.441,00 | 11.720,50 | 7.813,67 | 5.860,25 | 4.688,20 | 3.906,83 | 3.348,71 | 2.930,13 |

Tabla 5

| | |
|----------|-----------|
| BLANCO | 57.986,00 |
| NEGRO | 32.567,00 |
| BLANCO | 28.993,00 |
| AMARILLO | 23441 |
| BLANCO | 19328,67 |
| NEGRO | 16283,5 |
| BLANCO | 14996,5 |
| VERDE | 12354 |

Tabla 6

| Lema A | Votos | Cargos | Lema B | Votos | Cargos | Lema C | Votos | Cargos |
|------------|---------|--------|------------|---------|--------|------------|--------|--------|
| Sublema A1 | 87.500 | | Sublema B1 | 93.561 | | Sublema C1 | 71.339 | |
| Sublema A2 | 35.086 | | Sublema B2 | 43.775 | | | | |
| Sublema A3 | 89.554 | | | | | | | |
| Total | 212.140 | 3 | Total | 137.336 | 1 | | 71.339 | 1 |

Tabla 7

| Sección | Diputados | Senadores |
|---------|-----------|-----------|
| Capital | 6 | 3 |
| Primera | 15 | 8 |
| Segunda | 11 | 5 |
| Tercera | 18 | 9 |
| Cuarta | 14 | 7 |
| Quinta | 11 | 5 |
| Sexta | 11 | 6 |
| Séptima | 6 | 3 |

Derecho Romano

Encontramos los primeros atisbos del principio de legalidad en el derecho romano

POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU (*)

Sumario: I. ¿Cómo analizamos el principio de legalidad actual en el derecho romano? ¿Encontramos en Roma los primeros atisbos de este principio?- II. La redacción de la norma en materia de furtum.- III. La acción objetiva. IV. El aspecto subjetivo.- V. El concepto de cosa en el furtum: El concepto de cosa a los efectos del furtum.- VI. ¿Podían ser objeto de furtum las cosas sacrae, sanctae et religiosae?- VII. Responsabilidad “penal” por el furtum.- VIII. La autoría.- IX. El delito consumado y su tentativa.- X. ¿Cómo hubiese operado el desistimiento voluntario en Roma?- XI. ¿Quién se constituye como sujeto pasivo del furtum?- XII. Confluencias entre los interdictos recuperadae possessionis con el furtum.- XIII. El dolo en el derecho actual y el animus furandi romanus.- XIV. Elementos que integran el principio de legalidad en materia penal: El principio constitucional, paralelismos procesales. XV. La sentencia judicial.- XVI. El penado.- XVII. Conclusión.- XVII. Bibliografía

Resumen:

Desde la perspectiva actual del derecho público, en lo que se refiere a la persecución penal, se hará un análisis de cómo funcionaba en Roma desde la antigüedad; teniéndose en cuenta que había delitos públicos y delitos privados, éstos últimos son aquellos que regulaba el derecho privado tipificándolo y estableciendo la sanción que correspondía a cada especie, pero la persecución estatal era regulada por normas de derecho público. El presente trabajo consiste, por lo tanto en un análisis jurídico según las concepciones actuales adaptándolas a normativas antiquísimas como la ley de las XII Tablas hasta las compendiadas en el año 529 d.C. en el Corpus Iuris Civilis, con el único objetivo de determinar los primeros atisbos del Principio de Legalidad.

Palabrasclave: Legalidad- Derecho penal romano - Responsabilidad penal - Delitos Privados

Did we found the first signs of the legality principle in the roman law?

Abstract:

From the current perspective of public law in regard to the prosecution, will be an analysis of how it worked in Rome since antiquity, bearing in mind that there was public and private crimes offenses, the latter are those regulating the right defined and established a private penalty corresponding to each species, but the state prosecution was governed by public law. The present study is therefore in a legal analysis by adapting to current conceptions ancient regulations as the law of the Twelve Tables to the encapsulated in 529 AD in the Corpus Iuris Civilis, with the sole purpose of determining the first glimpses of the Principle of Legality.

Keywords: Legality -Roman criminal law- -Criminal liability- Private crime

I. ¿Cómo analizamos el principio de legalidad actual en el derecho romano? ¿Encontramos en Roma los primeros atisbos de este principio?

El principio de legalidad, se trata de una construcción jurídica muy posterior a los romanos, sin embargo existieron en Roma la redacción de normas jurídicas que contemplaban delitos públicos y privados.

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Romano, Cátedra III. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

Con respecto a los delitos privados, en las Institutas de Gaius aparece regulado en el libro IV, como fuente de las obligaciones, ellos eran el *furtum*, la rapina, el *damnum* y la iniuria.

Para comenzar el análisis tomaré la figura del *furtum*.

II. La redacción de la norma en materia de *furtum*

Para comenzar se tomará en general la figura del *furtum*, así la misma aparece regulada en la TABULA VIII, de la Lex de las XII Tablas, configurándose las distintas clases de *furtum* de la siguiente manera: SI NOX FURTUM FAXSIT, SI IM OCCISIT, IURE CAESUS ESTO (Justiniano, D.9,2,4,1; Ulp.,D.,48,8,9): *Si por la noche alguien comentó un hurto y se le mató, sea muerto conforme a derecho*; LUCI . . . SI SE TELO DEFENDIT, . . . ENDOQUE PLORATO (Justiniano, D., 47, 2, 55, 2 ; D., 50, 16, 23, 2 ; D., 9, 2, 4,), *Durante el día... si se defiende con armas,... pídase auxilio a gritos (y sea matado legítimamente)*. Ex ceteris - manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt (Xviri) ei, cui *furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent ; servos - verberibus affici et e saxo praecipitari ; sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri* (Gaius, 1967: 259). *Respecto a los demás ladrones flagrantes los decenviros establecieron que si eran libres se les azotase y entregase a quien hubiera sufrido del hurto; si fueran esclavos se le azotase y despeñase por la roca (Tarpeya); pero si fueran niños impúberes dispusieron que se les azotase, según el criterio del pretor, y que se reparase el daño causado*. Concepti et oblati (furti) poena ex lege XII tab. tripli est (Gaius, 1967: 258, 259, 356) (Justiniano D., 22, 5, 12) *La pena para el hurto descubierto y contra el que dio a otro el objeto robado es, según una ley de las XII Tablas, al triple*. LANCE ET LICIO (Gaius, 1967: 260); *con un plato y un lizo atado a la cintura...SI ADORAT FURTO, QUOD NEC MANIFESTUM ERIT - , [DUPLIONE DAMNUM DECIDITO]* (Justiniano, D., 4, 4, 9, 2; D., 2, 14, 7, 14) (Gaius, 1967: 259,299-300) *Si se reclama por un hurto que no fue flagrante - sanciónese el daño con el doble*.

Aquí, aparecen los elementos del tipo penal, la descripción de la conducta (prohibitiva), antijurídica, punible y culpable (en el sentido de la “culpabilidad” del que se desprenden el dolo y la culpa), siendo el *furtum* un delito doloso, se irán analizando éstos elementos en el desarrollo de la exposición.

III. La acción objetiva

El apoderamiento de una cosa ajena en contra de la voluntad de su dueño, comprendiendo a su vez la amotio (sustracción material) y la retentio invuito domino (retención de la cosa) de allí, se desprendería la ilicitud, o sea, el mandato de carácter prohibitivo que acarreará una sanción para quién decida transgredir la norma jurídica, ello en cuanto al aspecto objetivo.

En nuestro derecho argentino, el término “apoderamiento” es usado en algunos de los delitos contra la propiedad regulados en el Libro II, Título VI del Código Penal, así tenemos en la descripción del tipo:

“...el que se apoderare ilegítimamente de una cosa total o parcialmente ajena...” en los artículos 162 (Hurto) y 164 (robo) del Código Penal.

IV. El aspecto subjetivo

En lo que respecta al plano subjetivo, existe un *animus*, traducido en la intención o voluntad de transgredir la norma, cumpliendo con la descripción del tipo, por ello las fuentes refieren al *animus furandi*, (Justiniano, D. 41,3,37) que solo puede tener el ladrón. Alfredo Di Pietro nos señala que:

“...No hay delitos involuntarios, ya que en todos ellos debe haber una intención dolosa o al menos culposa (caso Lex Aquilia)...así el esclavo, el prodigus, la mujer, el impúber pubertati proximus son capaces de generar ésta clase de actio.”(Gaius, 1967: 256).

El hecho de cometer el *furtum* a sabiendas implica un “*dolus malus*”(Gaius, 1967: 262), se señalan otras fuentes en las que se hace referencia al *animus lucri faciendi* (Gaius, 1967: 262) el apoderamiento le da un beneficio material al autor del *furtum*, que junto al *adfectus furandi* serian dos aspectos del

dolos malus, sin embargo el que comete apoderamiento por el solo hecho de hacer daño sin obtener una ventaja económica queda comprendido en las disposiciones de la Lex Aquilia.

El elemento que se trata, está contemplado de manera similar en el derecho penal argentino, no es posible establecer una sanción si el sujeto no tuvo la posibilidad de hacer o no hacer de acuerdo al mandato legal, en base al libre albedrío.

V. El concepto de cosa en el furtum: El concepto de cosa a los efectos del furtum

En el furtum el apoderamiento es de una cosa, para ello hay que distinguir:

1) En cuanto a las cosas muebles no hay lugar a dudas que están comprendidas en el furtum, ya que por su naturaleza, son fácilmente transportables, lo que facilita también su apoderamiento. En cuanto a la denominación moderna de semovientes, las características de éstos objetos hacen que se generen ciertas dificultades para que opere el apoderamiento, en el derecho penal actual operaría como una agravante el apoderamiento que se realiza venciendo obstáculos, lo que denota una mayor peligrosidad del agente que realiza la acción objetiva, así lo vemos en el art. 163 del Código Penal, en el hurto con escalamiento (inciso 4º), con rotura de cercos (inciso 1º), el uso de llave falsa o ganzúa (inciso 3º).

2) No estaría incluido por las cualidades esenciales de la cosa la cosa inmueble, la separación de una parte de ella para cometer el delito la transforma en cosa mueble que sí es pasible del furtum.

VI. ¿Podían ser objeto de furtum las cosas sacrae, sanctae et religiosae?

Si bien las cosas sagradas, santas y religiosas estaban fuera del commercium, no era impedimento para que fueran apropiadas en contra de la voluntad de su dueño. Pensemos en el siguiente ejemplo: una tumba: la protección especial de que gozaba encontraba su arraigo en la tradición romana y en las leyes, el dominium del mismo pertenecía a las sucesivas generaciones del difunto, si el suelo en el que se encontraba era vendido, no formaba parte de esa venta el sepulcro (Aramburu, 2010), se constituía una servidumbre perpetua a favor de los miembros de la familia del fallecido, de modo que quien violaba un sepulcro era declarado sacer (Aramburu, 2002: 131), por lo tanto no era obstáculo para que un furtador se apoderara ilegítimamente del mismo o de algún objeto allí dejado, aparece la discusión de que si se trata entonces de un furtum o la figura del sacer es de mayor gravedad y subsume a la primera. Otros sostendrían que habría que hacer un análisis particular de cada figura que comprende las variantes del furtum, ya que en el furtum nec manifestum, se autoriza entre las penalidades dar muerte al delincuente, de allí que llegado el caso, en la idiosincrasia romana ¿cuál sería más grave?

VII. Responsabilidad “penal” por el furtum

Nos dice Alfredo Di Pietro:

“La obligación delictual se extingue para los herederos del que ha cometido el delito...cuando se comete el delito por un alieni iuris se da la circunstancia de la responsabilidad de la persona a quién está sujeto y la posibilidad de la noxalidad. La poena si bien antiguamente tenía caracteres personales, consistió mas adelante en la datio de una suma de dinero.”(Gaius, 1967: 256-257). Nos tendríamos que preguntar cuáles eran los fines de la pena en Roma, ¿sólo el castigo del culpable? O sea, el castigo para quién cometía un delito, esperándose a su vez que no vuelva a delinquir, caso contrario deberá atenerse a las consecuencias; pero en realidad, cuando la penalidad consistía en darle muerte, allí desaparece en la concepción actual el fin preventivo y represivo de la pena ¿o los fines eran preventivos en relación al resto de los miembros de la sociedad? En el sentido de la prevención para que los individuos que no cometieron el delito no lo cometan nunca (Aramburu, 2009) (1), ya que saben qué sucederá en caso de quebrantar la norma jurídica.

Forma parte del análisis del principio de legalidad la aplicación de la pena pre- establecida para el delito, sin posibilidad de salir del margen fijado por la ley, caso contrario se incurriría en una grave

(1) Para ver con claridad cual era el fundamento en base a diversos análisis.

violación en la que el Estado ejercería un poder arbitrario en perjuicio de los particulares, los que estarían sometidos a la voluntad antojadiza de establecer penas, o peor aún de imponer sanciones penales en aquellas conductas que no son delictivas, en el derecho actual se constituiría como la violación del principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”.

VIII. La autoría

Sigue diciendo Alfredo Di Pietro:

“Es requisito siempre la exteriorización de la conducta del autor del *furtum*: por ello el que únicamente tiene ánimo de hurtar no sólo se transforma en ladrón, salvo el caso especial del tercero que aconseja...” (Justiniano, D. 47, 2,1,1). En las Institutas se dan ejemplo de aquellos que en determinadas acciones facilitan la acción del ladrón, sin embargo hay que determinar la intención que el sujeto contribuyente ha tenido, dado que no es lo mismo tener el *animus furandi*, que hacer una broma, trayendo como consecuencia un resultado *prima facie*, no previsto por el bromista: la posterior concreción del *furtum*, para ello “deberemos examinar si corresponde otorgar una *actio utilis*, ya que por la *Lex Aquilia* se ha penado el daño causado, aún por culpa leve” (Gaius, 1967: 264).

“Si alguien tiene el “ánimo” de hurtar, pero no alcanzó a robar nada pese a que trató de hacerlo, no se obliga por éste delito, si bien puede resultar responsable de la iniuria si es que ha actuado con violencia o también ser acusado de *directarius*” (Justiniano, D.47,11,7. D.47,18,1,2) , es el que se oculta en una casa para robar, de tal modo que se puede decir como regla genérica que la *actio furti* nace solo desde el momento que se produce la *contrectatio rei*. (Gaius, 1967: 263) (Justiniano, D. 47,2,21).

IX. El delito consumado y su tentativa

El derecho romano no distinguía jurídicamente entre el delito consumado y su tentativa, pero es evidente que, la figura castiga tanto uno como otro, por un lado, el que se apodera: el mismo comprende todo acto por el cual se saca de la esfera de poder de su legítimo titular, para introducirla a la esfera de poder del fur, ello implica que su titular no sepa donde está, a partir de allí el infractor puede ejercer actos posesorios pero no podrá alegar la buena fe ni sus consecuencias jurídicas.

En el *furtum manifestum* se admite la moderna figura de la tentativa, ya que la aprehensión del ladrón *in flagranti delicta* implica que éste aún no ha completado el desapoderamiento requerido para el delito consumado. De igual manera ocurriría con el que es sorprendido transportando las cosas robadas, se trata pues del comienzo de ejecución de los actos requeridos para la tentativa criminal, que ha quedado inconcluso por un factor externo que ha impedido su consumación, así se define: “la tentativa, constituye pues, la ejecución de un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, es decir antes de que se haya completado la acción como típica” (Creus, 1988: 354). Pero desde el punto de vista subjetivo, como se dijo anteriormente el *animus* que se requiere es el propio del desapoderamiento para obtener un lucro o ventaja económica, dos aspectos incluidos en la *adfectus furandi*.

X. ¿Cómo hubiese operado el desistimiento voluntario en Roma?

Es un concepto moderno definido en el artículo 43 del Código Penal.

“El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”, si bien se trata de un elemento subjetivo trasciende del mundo de las ideas a la realidad por intermedio de la mencionada interrupción. Si pensamos en la situación en la que el fur ya había penetrado en la morada ajena y había preparado las cosas que iba a llevarse, pero decide retirarse y es sorprendido por el dueño de la casa el que decide acusarlo, hay que distinguir dos momentos:

- Si había salido de la casa, en ese caso más allá de la presencia de testigos que pudieran integrar un plexo probatorio de la acusación, la cuestión no queda comprendida en la figura básica del *furtum*

por la ausencia del elemento subjetivo, el animus o intención que ha faltado en el último tramo si fuera una tentativa, pero está ausente completamente cuando hay desistimiento.

- Cuando el fur se arrepiante pero no alcanzó a irse de la casa, el caso se complejiza, por tratarse de un elemento subjetivo que aún no trascendió en actos materiales, ni trascenderán tampoco, por la llegada del legítimo titular. No pudiendo demostrar la ausencia del animus requerido, el caso planteado queda comprendido en la figura.

XI. ¿Quién se constituye como sujeto pasivo del furtum?

Hay que diferenciar distintas situaciones. En principio, la víctima es el dominus de la cosa, si sabe donde se encuentra la misma podrá ejercer la reivindicatio con el fin de recuperarla, sin perjuicio de que prosperen las acciones emergentes del furtum.

Puede ocurrir que se constituya como sujeto pasivo el poseedor de la cosa, (es aquél que además de tener el corpus con respecto a la cosa tiene el animus de comportarse como dueño de la cosa) a lo que se debe sumar la buena fe, que lo habilita para que ejerza una posterior acción por furtum, se puede tratar de un locador, de un comodatario, etc. sin perjuicio de la reivindicatio a cargo del propietario de la cosa.

XII. Confluencias entre los interdictos recuperandae possessionis con el furtum

El interdicto unde vis prospera contra quién tiene en su poder la cosa de mala fe, por el ejercicio de la vis, la violencia en cualquiera de sus manifestaciones, con excepción de la vis armata que aquí no se está analizando aún, el apoderamiento que implica furtum, conlleva el ejercicio de la violencia no porque se desprenda taxativamente de la figura sino porque tácitamente surge de la misma naturaleza del furtum, como quién lo haría rompiendo una puerta, o de noche, o atacando físicamente al titular del dominium de la cosa objeto del furtum, en la perspectiva moderna del derecho penal, no está sujeto a interpretaciones en éste caso la presunción de violencia, se tiene que desprender expresamente de la figura, como ocurre en el caso de la rapina, por ende no hay en principio vinculaciones expresas entre el furtum y ésta clase de interdicto, salvo en quién sería titular de la acción. .

El derecho actual diferencia entre el apoderamiento de cosa ajena contemplado en la figura básica del hurto, y el apoderamiento ejercido contra una persona o una cosa (figura básica del robo contemplado en el artículo 164 del Código Penal). Independientemente del ejercicio de la violencia o no para lograr el desapoderamiento en el furtum, la violencia se traduce según la descripción de diversas formas que puede asumir el furtum.

Dicho de otra manera el ejercicio de la violencia habilita la interposición del interdicto recuperandae possessionis unde vis que a su vez no desplazaría a la figura del furtum con sus variantes, sin perjuicio del ejercicio de la reivindicatio para el titular del dominio.

XIII. El dolo en el derecho actual y el animus furandi romanus

El dolo como ya se dijo, es el elemento subjetivo integrante del furtum, traducido en el animus del fur, el sujeto quiere realizar la acción, llevar a cabo la conducta, también tiene conocimiento de que se trata de una conducta prohibida y acarrea una sanción para el que la infrinja, pero también tiene la voluntad de llevarla a cabo, haciendo uso del libre albedrío y sin la existencia de causas que hagan que actúe coaccionado.

Se parte de la base que, quién ejerce el apoderamiento ilegítimo tiene la voluntad de cumplir con el elemento subjetivo de la figura.

El furtum no admitía la forma culposa, el dolo se desprende de su esencia, incluso en el furtum impropio o furtum de cosa propia se sustenta en las descripciones anteriores porque el agente tuvo la intención de apoderarse de la cosa que era ajena o la propia pero que un tercero tenía por un título jurídico que lo avalaba, por ejemplo: el depositario.

XIV. Elementos que integran el principio de legalidad en materia penal. El principio constitucional, paralelismos procesales

Las penas emergen del principio de legalidad estudiado en derecho público, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional estableciendo que “Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”, de allí surge claramente que la pena es impuesta por una sentencia judicial firme, como el resultado de un proceso judicial, para llegar a ella, primero tiene que existir la imputación penal, por la cual un ciudadano debe tomar conocimiento que se ha iniciado un proceso en su contra, por la eventual comisión de un delito, ese conocimiento jurídico importará el comienzo del ejercicio del derecho de defensa en juicio en relación a la acusación incoada, se establecen sanciones procesales para quién de alguna manera viole el consagrado derecho constitucional, así en la declaración de imputado del Art. 308 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires deviene en nulo si el abogado defensor no fue notificado de la realización de éste acto procesal, como así la notificación de qué se lo acusa y las pruebas que obran en su contra (art. 309 CPPBA).

En Roma había magistrados como el Pretor, designado por el Estado, que tenía a su cargo el proceso civil, ante el cual se llevaban a cabo estas “imputaciones” por delitos privados a los que estuve haciendo referencia, para ello de acuerdo con las pautas establecidas por éste, según la época en la que nos encontremos y la evolución de los distintos sistemas procesales debía haber un actor y un demandado, a diferencia de nuestro proceso actual en el que hay un denunciante y una víctima o sujeto pasivo, ambos con plena legitimación para actuar en un proceso judicial penal, volviendo a Roma, cuando quedaba trabada la litis se abría la etapa in indicio y estaba la posibilidad de esgrimir diferentes medios de prueba. En tiempos del procedimiento formulario la etapa in iure o primer etapa quedaba cerrada cuando se trababa la litis contestatio, así se denominaba al decreto del magistrado en el que quedaba planteado el conflicto ya que el actor había manifestado sus pretensiones y el demandado se había opuesto a través de excepciones, se abría la etapa apud iudicem o in indicio, quedaba perfectamente establecido sobre qué debía expedirse el iudex en su sentencia.

La litis contestatio acarrea consecuencias para las partes: ambas quedaban obligadas a continuar el proceso hasta el final; la cosa litigiosa no podía ser objeto de acto jurídico alguno; cuando operaba la extinción de la acción de la misma manera que en el procedimiento de las legis actionis ya no se volvía sobre el asunto: es el precedente de nuestro principio constitucional ne bis in ídem.

El procedimiento en la etapa Apud Iudicem o in indicio tenía las siguientes características:

- Se realizaba ante el iudex o conjunto de iudex designados al efecto.
- El mismo debía prestar juramento de que iba a tener un desempeño objetivo en los asuntos que les encomendaban.
- Si no fuera así debían excusarse (Justiniano, D.50,5,13).
- A partir de que prestaban juramento se convertía en una carga pública y no podían negarse a expedirse en el asunto que se le confiaba salvo causa justificada.
- La audiencia debía realizarse desde la salida hasta la puesta del sol.
- Los aplazamientos no debían ser muy extensos, por lo tanto los actos debían estar caracterizados por la consecutividad.
- Se realizaba la coniectio causae de la misma manera que se hacía en el sistema de las legis actiones;
- La aparición de los oradores en el proceso obedece a que había que poner a alguien que defendiese el interés de las partes en un proceso contradictorio, éste si bien no era un instruido en derecho, su habilidad estaba en esgrimir argumentos basados en las pruebas, y tratar de convencer al iudex de que su cliente tenía la razón independientemente de que fuera verdad o no o que alegara. Cicerón fue

un gran maestro en el arte de la oratoria, y quién empezó su carrera política como un gran orador fue julio César en su juventud.

- Los medios de prueba que se podían invocar eran: los testigos, documentos (se diferenciaban entre instrumenta publica e instrumenta privada), la confesión: que era una declaración jurada del actor que se hacía bajo juramento.

- Luego de los alegatos se dictaba sentencia: En principio inapelable, luego se podía apelar ante la autoridad del emperador. La misma era confirmada, modificada o anulada;

- El condenado debía cumplirla en el plazo de treinta días (2). Caso contrario el vencido ejercerá en su contra la *actio iudicati* con el fin de que el condenado ejerza su derecho de defensa y pruebe que cumplió con la disposición judicial, si vuelve a perder será condenado por el doble, además su patrimonio será ejecutado (3).

En cuanto a la legitimación para actuar en el proceso, los legitimados eran:

- Legitimación Activa: El pater ya que era un *sui iuris*; El filius hasta el límite de su *peculio* si se trata del castrense; El filius podía ejercer la acción por injuria; La filia podía ejercer la *actio rei uxoriae*; con el fin de obtener la devolución de la dote.

- Legitimación Pasiva: El pater; Los *alieni iuris*, pero para la ejecución de la sentencia había que esperar a que sean *sui iuris* dado que no tenían patrimonio propio; la otra posibilidad era demandar al pater mientras el filius estuviera bajo su potestas; o en el caso de que se demande solo al filius éste respondía hasta donde el monto del *peculio* se lo permitiese.

Debemos recordar que los esclavos no eran en ningún caso demandables, al que se demandaba era a su pater o amo.

En cuanto a las formas de intervenir en el proceso las partes podían actuar personalmente o por medio de representantes, que sustituían a las partes en los efectos del juicio, así el deudor era demandado pero en la *condemnatio* se ponía a otra persona que era quién iba a soportar los efectos de lo que resolviera el iudex, se hacía a través de la *actio iudicati* (4).

Las partes podían ser sustituidas o representadas por el *cognitor* o por el procurador:

- El *Cognitor* en un representante que se nombra en presencia del contrario en el juicio; cuando representa al actor éste ya no puede incoar nuevamente la acción y lo que se resuelva en relación a la ejecución va a ser a su favor.

- El Procurador: En cambio a diferencia del anterior los efectos de la sustitución del actor no son los mismos: no extingue la acción y no fue nombrado en presencia del adversario cumpliendo las formalidades, el procurador garantiza que con su intervención el actor va a cumplir con lo dispuesto por la sentencia y que no va a pretender ejercerla nuevamente en el futuro, ello lo hace a través de la garantía llamada *cautio dominum rem ratam habiturum* (caución por la que el dueño ratificará el negocio).

Si el demandado es representado, por un *cognitor* o *procurator*, la acción queda extinguida, la consecuencia que acarrea es que no podrá ser intentada de nuevo por el actor, pero en lo que respecta a la acción ejecutiva se ejercerá en contra del demandado cuando es representado por *cognitor*, pero, se va a dirigir en contra el representante si éste es un *procurator*. De manera similar opera la *cautio iudicatum solvi* que se le otorga al demandado representado por un *cognitor*, pero si el representante es un *procurator*, éste la otorgará a éste.

(2) Dispuesto de ésta manera por la Ley de las XII Tablas.

(3) Debía seguirse el Procedimiento concursal de la Bonorum Venditio.

(4) Sin embargo el Pretor en la *condemnatio* siempre ponía al involucrado y no al sustituyente.

- El *Procurator Praesentis* es el que ha sido presentado por el interesado, en este caso también se consume la acción.

De ésta manera viendo la actuación dentro del proceso civil para el juzgamiento de los delitos privados en Roma, y volviendo al constitucionalismo moderno el Artículo 18 de Nuestra Constitución Nacional establece una restricción importante en lo que respecta al poder represivo y punitivo del Estado, en cuanto al derecho de castigar que tiene en relación a los particulares que cometen delitos, es imprescindible una normativa que impida el Estado a cometer abusos a través de los funcionarios públicos, que, por delegación del estado, pueden vulneran gravemente los derechos y garantías constitucionales, por ejemplo un allanamiento sin orden de juez competente en un caso que no de los de urgencia consagrados en el art. 222 y concordantes de Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires; la detención de una persona sin que se cumplan con los requisitos del art. 147 y concordantes de la mencionada norma legal.

El Estado a través del sistema de división de poderes, primero dicta la norma penal -Poder Legislativo- a través del Congreso de la Nación que, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 67 de la Constitución Nacional la atribución de dictar los códigos de fondo corresponde al Congreso de la Nación, reservándose a las provincias los dictados de los códigos de forma, como lo es el Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires, dictada la normativa jurídico penal, será aplicada por funcionarios del Estado, que son los jueces los únicos autorizados a dictar sentencias, son los representantes del Estado a través del Poder Judicial.

El otro límite se encuentra en la tipicidad; el art. 18 de la Constitución Nacional fundamenta la existencia del tipo (5) característico del derecho penal y que no se encuentra en otras ramas del derecho (Creus, 1988: 110), por el la descripción de la conducta debe ajustarse a la que se imputa a una persona con exactitud, lo que significa que, producida una conducta no debe parecerse a la descripción del tipo, ni está sujeta a diversas interpretaciones, salvo que se pueda interpretar el alcance de ciertos términos pero no de la conducta imputativa, por ello no puede aplicarse el derecho penal por analogía, tampoco se aplica retroactivamente, salvo que, se trate de la ley penal mas benigna (art. 2 del Código Penal) en consonancia aparecen las normas procesales penales, se establece que no se puede interpretar restrictivamente la ley procesal cuando están en juego la libertad del imputado y otras limitaciones a sus derechos (art. 3º del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires); además la norma tiene que haber sido creada con anterioridad al delito que se investiga.

Otro de los límites son las penas, las mismas están preestablecidas por cada figura típica, para ello se fijan las escalas penales entre un máximo y un mínimo en proporción a la vulneración que se le provoque al bien jurídico protegido; para ello se tendrán en cuenta además otras cuestiones reguladas también por la ley como son la peligrosidad del delincuente, la reiteratividad delictiva, la calidad de primario en el delito, los medios y formas comisivos y omisivos (6), pero hemos visto lo que consagraba la Ley de las XII Tablas en la que la aplicación de las penas radica en el criterio discrecional del Pretor, en lo que respecta a los castigos corporales.

XV. La sentencia judicial

Nuestro sistema representativo republicano no admite otra forma posibilidad: solo los jueces, como integrantes del poder judicial, solo pueden dictar sentencias (Maier, 1999: 480), por ello la única sentencia admisible es la judicial, no existen sentencias de carácter administrativo, en virtud de la división de poderes.

Imputada una persona por la presunta comisión de un delito, sometida a partir de allí a proceso penal, con aplicación de las leyes penales y procesales penales, el punto culmine será la sentencia.

(5) Cuyos elementos son la descripción de la conducta prohibida, antijurídica punible y culpable ya explicados.

(6) Estos aspectos son tenidos en cuenta de acuerdo a lo establecido por el art. 41 y sus conc. del Código Penal para la graduación de la pena al momento de sentenciar.

La sentencia será la conclusión lógica a la que arriba el juez (Maier, 1999: 479), de modo que no se transforme en una decisión antojadiza, a través de ella esgrimirá una serie de argumentos de hecho y de derecho, por los cuales explicará porqué arriba a un resultado y no a otro. Por ellos las sentencias de estar motivadas (art. 106 Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires) las decisiones judiciales deben estar basadas en la norma que las respalda; así debe tratarse de un razonamiento lógico o sea en un conjunto de silogismos interrelacionados.

Ello debe ser necesariamente así porque, una vez que el imputado conozca las motivaciones y fundamentos de la sentencia, estará habilitado para interponer los recursos (7) pertinentes y manifestar sus pretensiones impugnativas ante el tribunal de alzada y pedir eventualmente la revisión.

XVI. El penado

El art. 18 de la Constitución Nacional hace referencia al “penado”, es el condenado por sentencia judicial que está firme y la misma ha pasado por autoridad de cosa juzgada, sin embargo el concepto es abarcativo al procesado, en el sentido de que aquél ha sido condenado por una sentencia dictada por un Tribunal Oral en lo Criminal o por un juez Correccional, que por encontrarse en la etapa recursiva no está firme, desde el punto de vista técnico reviste la calidad de procesado, a la espera de ver beneficiada su posición frente a la condena. No queda comprendido en éste aspecto el procesado durante la etapa de la investigación penal preparatoria, porque aún no está trabada la litis y por ende no existe aún el principio de contradicción ejercido fehacientemente salvo excepciones, como lo demuestra el caso “Benítez, Aníbal” fallado por la SCJN (Fallos, 329:5556) (8), por lo tanto, jurídicamente aún no están dadas las condiciones procesales para arribar a una sentencia, oportunidad que sí encontramos en lo dispuesto por el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, la Audiencia Preliminar, y en la del artículo 338 Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires: el inicio del debate oral, en el que se ejercerán los principios de inmediación, oralidad, publicidad, congruencia, etc. Cuya conclusión final será la sentencia.

La sentencia como acto procesal le pone fin al proceso penal, ya sea condenatoria o absolutoria, la misma se diferencia de otras resoluciones judiciales que resuelven otras cuestiones de menor cuantía, por ejemplo las que resuelven un incidente excarcelatorio (art. 169 y concordantes del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires-C. P. P), una libertad condicional (art. 13 del Código Penal, art. 311 del Código Procesal Penal), una salida transitoria (contemplados en las leyes 24.660 y 12.256).

Volviendo a la cuestión del “penado, es importante establecer las cuestiones abarcativas a los fines de evitar la violación del *non bis in idem*, no es admisible en nuestro estado de derecho que una persona sea más de una vez sometida a proceso penal por el mismo hecho histórico cuando tiene con anterioridad una sentencia firme que determina su culpabilidad o en el hecho que fue objeto de juzgamiento, de la misma manera rige la prohibición de vulnerar ésta garantía para quién ya fuera condenado en primera instancia (Maier, 1999: 595) (9), también se puede tratar de un penado que esté cumpliendo efectivamente la pena o no, por gozar de algún beneficio contemplado en las leyes de ejecución penal (10).

(7) Recursos de Casación, para impugnar las sentencias de los Tribunales Orales, y de Apelación en relación a los juicios correccionales (arts. 441 y conc. C.P.P.).

(8) En consonancia como ocurre con los antecios de prueba, regulados por el artículo 206 del Código Procesal Penal en relación a la incorporación por lectura en la audiencia del debate y la inviolabilidad de la defensa en juicio basada en el contralor de la prueba.

(9) Para poder ver allí los requisitos de ésta garantía.

(10) Porque en virtud del principio de oportunidad procesal hay otros institutos; como la suspensión del proceso a prueba, la pena menor de seis meses puede devenir en un arresto domiciliario, el juicio abreviado, el sobreseimiento, medios de los que dispone el fiscal, en las oportunidades previstas en los códigos de procedimientos.

No se puede dejar de lado el análisis que se realiza del art. 502 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires (Granillo Fernández, 2009) por el cual en

“...nuestra provincia los institutos previstos para los condenados pueden ser utilizados para los procesados, por estar así específicamente dispuesto en el título II, Régimen procesal, artículos 67 y concordantes...un procesado no puede sufrir más rigores que un condenado, los principios de inocencia, favor rei, proporcionalidad entre la medida y el objeto de la tutela así lo exigen (art. 1º y art. 146, inc.3º Código Procesal Penal); igualdad del trato en los beneficios otorgados por las leyes de ejecución”,

Forma parte del trato digno que debe recibir el ciudadano a proceso penal que fue condenado, consagrado en nuestras leyes y en los tratados internacionales incorporados en la Constitución Nacional en el año 1994.

XVII. Conclusión

En el presente trabajo se ha pretendido analizar como desde tiempos de los romanos se han establecido una vez más aspectos fundamentales de la regulación de los delitos y sus penas, basadas en lo que hoy conocemos como principio de legalidad en materia penal, si bien no se pretendió establecer paralelismos, éstos, a pesar de los siglos, han quedado evidenciados.

También se pudo señalar como crítica constructiva que las penas debieron ser más acorde a la mayor o menor gravedad del delito, así la muerte como sanción penal, se constituiría como un castigo a corto plazo, y no como compensación al daño causado, en forma de castigo propiamente dicho, hay que entender que la cuestión iba acorde a la mentalidad del romano, si en un momento dado estaba entre las potestades del pater el derecho de vida y muerte de los filii, piénsese con más razón darle muerte al autor del furtum bajo determinadas circunstancias.

A diferencia del derecho actual, en que la tipificación está regulada por el derecho público, los delitos en Roma comprendían los crimina privata, entre ellos el furtum, y los crimina publica, éstos últimos regulados para aquellos casos en que se perjudicaban los intereses del Estado, por ejemplo los delitos cometidos por funcionarios públicos (Aramburu, Romina, 2009) (11).

Pero por las elaboraciones realizadas se puede afirmar que desde hacía varios siglos antes de Cristo había una existencia de normas jurídicas penales que avizoraban lo que hoy conocemos como el principio de legalidad en materia penal.

XVII. Bibliografía

- ARGENTINA. Código penal. Buenos Aires. Zavalía, 2011.
- CREUS, Carlos. Derecho penal. Parte general. Buenos Aires. Astrea, 1988.
- GAIUS. Instituciones (comentado por Alfredo Di Pietro). La Plata. Librería Jurídica, 1967.
- JUSTINIANO. Digesto (tr. por A. D´Ors Pérez Peix). Pamplona. Aranzadi, 1969.
- MAIER, Julio. Derecho procesal penal. Fundamentos. 2a. ed., Buenos Aires: Del Puerto, 1999.
- GRANILLO FERNANDEZ, Héctor y HERBEL, Gustavo. Código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires: Comentado y anotado. Buenos Aires. La Ley, 2009.

Artículos y ponencias

ARAMBURU, Romina del Valle. “El homo sacer: La manifestación del elemento religioso en el derecho penal”, en: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 2002 42 -63-, 131-134

ARAMBURU, Romina del Valle. “Algunas generalidades de los crimina y los judicia publica en ROMA”. Ponencia presentada en el Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano realizado

(11) Para ver figuras delictivas públicas.

en la Universidad Nacional de la Rioja, Facultad de Derecho, mayo 2009. Disponible en: http://www.edictum.com.ar/miweb4/xix_encuentro_nacional.htm (Consulta 13 de marzo de 2011).

ARAMBURU, Romina del Valle. "Concepciones sobre la inviolabilidad del domicilio y el allanamiento de morada en Roma y en nuestro Derecho penal actual". Ponencia presentada en el XII Congreso Internacional, XV Congreso Iberoamericano y Encuentro Nacional Extraordinario de Profesores de Derecho Romano en homenaje al Bicentenario de la Revolución de Mayo, realizado en Buenos Aires, Universidad del Salvador, Facultad de Derecho, 26 a 29 de mayo de 2010.

Jurisprudencia

CSJN, 1-12- 2006. "Benítez, Aníbal Leonel s/ lesiones graves", en: Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 2006 329:5556. Disponible en:

http://www.defensapública.org.ar/jurisprudencia/jurisprudencia/CSJN/exceso_ritual/BENITEZ.doc ♦