

Principio de legalidad estricta en materia penal. Breve historia y desvíos. El caso del terrorismo

POR RAMIRO PÉREZ DUHALDE (*)

Sumario: I. El principio de legalidad como primera barrera frente a la arbitrariedad del poder.— II. Nuestras disposiciones constitucionales.— III. Antecedentes de nuestro sistema constitucional.— IV. El régimen precedente.— V. Convencionalismo, división de poderes y legalidad en la obra de Beccaria.— VI. La realización del programa. Sus violaciones más frecuentes.— VII. Nuestro país.— VIII. Regulación del delito de terrorismo: meramente *un nomen iuris delicti*.— IX. Conclusión.— X. Bibliografía.

Resumen: Es menester recorrer con algún cuidado los antecedentes del principio de estricta legalidad en materia de represión penal por su indudable valor como garantía frente al poder punitivo estatal. Recordando su progreso desde la mera legalidad conquistada por la lucha popular en la República Romana, aunque la analogía no desaparecerá hasta que los postulados del Iluminismo y de la Revolución Francesa y su Declaración de 1789 impongan en gran parte del mundo la estricta legalidad. La magistral obra de Beccaria *Dei delitti e delle pene* debe recordarse pues aún tiene vigencia como programa para tratar estos importantes problemas. La Constitución Nacional argentina pertenece a ese linaje. Pero este principio que limita el ejercicio del poder ha sido reiteradamente vulnerado, en formas brutales algunas veces, más limitadamente en otras. Contemporáneamente, en la República Argentina, los casos más palmarios han estado relacionados a distintos escenarios internacionales. El (derogado) decreto-ley 17.401 de represión al comunismo, ha sido inconstitucional por su origen en un gobierno de facto y por penar el pensamiento político. Actualmente, las regulaciones acerca del terrorismo derivadas de la ley 26.734 presentan inconsistencias constitucionales que deben ser revisadas.

Palabras clave: derecho penal - principio de estricta legalidad - interpretación analógica - *crimen maiestatis* - artículo 41 quinquies del Código Penal.

Strict legality principle and penal law. Brief history and contemporary deviations. The case of terrorism

Abstract: *It's necessary to review the history of the strict legality principle related to penal law as this is one of the main guarantees available to citizens facing the State power. Recalling the progress made through popular fight for written law in Rome, though analogy was still allowed until the principles of Illuminism and the French Revolution on the 1789 Declaration of the Rights of Man and Citizen made it disappear. Strict legality since then became an effective rule in many countries all over the world. Beccaria's masterpiece Dei delitti e delle pene must be remembered as still a valid program to deal with this important criminal questions. Argentine Constitution belongs to that lineage. But this limit to the exercise of power has been violated over and over again. Grossly flouted sometimes, in limited extent in other opportunities. In relatively recent times in our country, the most prominent cases had been related to international scenery. The decreto-ley 17.401 (already repealed) aimed at suppressing the communism, was not only unconstitutional as was enacted by a de facto government, but for punishing political thought. Actually, regulation of "terrorism" through ley 26.734 shows constitutional inconsistencies that must be revised.*

Keywords: *penal law - strict legality principle - analogical reasoning in penal law - Argentine Penal Code, section 41.5.*

(*) Prof. Titular de Derecho Penal I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

I. El principio de legalidad como primera barrera frente a la arbitrariedad del poder

Rudolf von Ihering caracterizó bien en qué consiste el derecho: una perpetua lucha. Nada nos es dado para siempre. En cierta etapa de desarrollo de los pueblos, los litigios se decidían en un juicio por combate. Y así también, en alguna medida, podemos seguir considerando a nuestras “contendidas” judiciales. En los litigios de índole penal se agudiza este contorno notoriamente, tanto por la disparidad de los contendientes, como por los eventuales resultados de la disputa. El imputado tiene directamente al Estado como adversario. Pudiendo sumarse a la contienda el particular ofendido, con lo que sus antagonistas se duplican. En cuanto a resultados de la lid, pueden llegar a ser crueles.

Suelen difundirse abundantes casos donde —lamentablemente por cierto— los hechos no se investigan adecuadamente, o no se llevan adelante los procesos correctamente, con la secuela de la indeseada impunidad. Sin embargo, hay muchísimos otros, no publicitados con igual fervor, en los cuales se padecen graves consecuencias por la aplicación de las normas penales. Nuestras cárceles alojan mucha gente privada de su libertad. Algunos, en un modo y grado desproporcionados, por hechos menores. Lo que es aún más grave, y aunque se tratare de porcentajes relativamente menores, hay quienes sufren las gravosas consecuencias del sistema, sin ser responsables de ningún hecho. Una condena a un inocente a 5, 10 o 15 años de prisión es una irrupción gravísima en su vida, quizás equiparable a una condena capital por sus devastadores efectos. Aunque no se llegue a ser condenado, la mera existencia de un proceso penal dirigido contra quien no es responsable de hecho penal alguno, resulta un padecimiento y un riesgo de consolidación del error de apreciable gravedad.

El exceso punitivo y el error han sido siempre una profunda preocupación de quienes han examinado las prácticas penales con criterio racional. Los sistemas jurídicos han progresado para evitar ambos males —no sin períodos de graves retrocesos— junto con la evolución de las sociedades.

Pero habré de limitarme a examinar aquí, solo una de las herramientas esenciales, la primera lógicamente, para evitar el sometimiento arbitrario de las personas al aparato punitivo: el principio de estricta legalidad en la represión penal, uno de los postulados básicos del programa de reforma penal propuesto por el pensamiento de la Ilustración y el constitucionalismo, fruto de las revoluciones del siglo XVIII.

Para Jescheck (1993: 117), su génesis está en el movimiento de la Ilustración europea, por lo que tiene un origen político y no “jurídico-penal”. Reposa sobre las ideas de contrato, de una razón compartida entre los ciudadanos, y la arbitrariedad estatal como una perturbación irracional.

Soler (1987: 135-137) por el contrario, le otorga al principio una entidad mayor a la del mero origen político: “Asume el carácter de un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda hoy ser calificada como jurídica y no como un puro régimen de fuerza”. Disiente expresamente con lo sostenido por Kelsen en *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, en cuanto a que la retroacción de la ley (penal) es formalmente posible. Para Soler, sería “una ley tiránica”.

Si bien en el proceso penal existen intereses privados en pugna, las mayores dificultades en materia de legalidad se han planteado, en general, desde el poder, mediante leyes que se alejan de los principios constitucionales de la legalidad estricta en la descripción de la acción típica, o con la autorización de la analogía, o mediante interpretaciones sesgadas de normas regulares. Sin olvidar que las penas están sujetas a este principio, lo que implica que también con ellas se deben respetar los principios constitucionales que las rigen, como se examinará.

II. Nuestras disposiciones constitucionales

Me habré de limitar al examen de las normas constitucionales del ahora llamado Capítulo Primero (antes Único) de Declaraciones, Derechos y Garantías, recordando no obstante, que el artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional de la República Argentina —CN— confiere jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos, sin perjuicio de los tratados que no la tengan, pero que igualmente obligan y generan responsabilidad internacional a la República, en caso de inobservancia (Bidart Campos, 1998: 481).

La estricta legalidad en la represión penal, es lo que manda el artículo 18 de la CN, al ordenar que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. A la ley previa estableciendo el delito y la pena, se le suma inescindiblemente el principio de judicialidad de la pena. Legalidad estricta del delito y la pena, y judicialidad estricta para su verificación, son pilares fundamentales del sistema.

Ferrajoli (1997: 34, 36) sostiene que hay una necesaria correspondencia entre la forma en que debe cumplir el legislador con el principio de legalidad estricta al momento de dictar las leyes, y el modo en que los jueces deben aplicarlas al juzgar. Lo que posibilitará esta correspondencia es “el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas”. El “cognoscitivismo procesal” propio de un sistema garantista, se funda en la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias que también se asentará, por consiguiente, en hechos empíricamente susceptibles de prueba o refutación.

Las garantías de legalidad y judicialidad se integran con lo establecido en el artículo 19 de la CN. Con el “principio de clausura” que asegura que fuera de los mandatos o prohibiciones emanados de la ley, todo lo restante es ámbito de libertad humana, al ordenar la segunda parte de ese artículo que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Y con el denominado genéricamente “principio de reserva” que establece otro límite de suma importancia, tanto para la sanción como para la interpretación de las leyes penales, conocido específicamente como el principio de “lesividad”: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Nuestras efímeras Constituciones de 1819 y 1826 resultaban más claras en este aspecto. No hacían mención alguna a la moral, bastando la referencia al orden público y a los terceros: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden el orden público ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Todas estas garantías son precedidas por el principio de igualdad del artículo 16, CN: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley (...)”.

Cabe inferir pues que nuestro sistema constitucional requiere para la configuración de un hecho punible y su pena:

1) La existencia de una ley formal emanada del Congreso de la Nación para que una acción humana pueda ser incluida en el excepcional ámbito de lo prohibido y amenazado con pena (artículos 18 y 75, inc. 12, de la CN).

2) Que no se configure jamás por vía de una interpretación analógica de la ley sancionada, pues ello significaría no sólo la abolición de la garantía de la ley previa del artículo 18 de la CN y la facultad privativa de la ley para obligar o prohibir artículo 19 de la CN, sino la conculcación de la división republicana de poderes (artículo 1º de la CN), por cuanto el juez usurparía el poder del legislador.

3) Que la ley defina concretamente una “acción” humana. Tal es el umbral mínimo que fija el artículo 19 de la CN, puesto que declara ya exentas de la autoridad de los magistrados, “acciones” de ciertas características.

4) Queda por ende excluida cualquier otra caracterización para el delito que no constituya un tipo de “acción”:

* Por el origen étnico, social, o nacional; por religión, personalidad o elección sexual.

* Toda incriminación en función del actuar privado, no lesivo a terceros, como el consumo de sustancias alcohólicas, tabaco, estupefacientes.

* El castigo en función de modos de pensar, o de un presunto actuar sin definición típica ni lesión concreta: brujo/a, hereje, vago, malviviente, drogadicto, enemigo del pueblo, enemigo de la raza, comunista,

subversivo, terrorista (obviamente, es pertinente y debida la incriminación. Concretas acciones que usualmente integran el campo semántico de este término, que siempre son de alta ofensividad. Lo que debe evitarse es la mera rotulación de personas y adscribir consecuencias penales en función de ello).

* Deben quedar excluidos todos los mecanismos de injerencia penal similares, que continúen gestando sujetos punibles merced al mero impulso del sentido común. Ateniéndonos a tal tipo de conocimiento, mantenido durante miles de años, creeríamos que es el sol quien se mueve día a día alrededor de la tierra. Las impresiones pueden ser muy fuertes y convincentes, con gran peso social, pero absolutamente erradas. Durkheim (2001, "Prólogo") aconseja al experto "que tenga siempre presente en su cabeza que las formas de pensar a las que está más hecho son contrarias, antes que favorables al estudio científico".

5) La "acción" que la ley prohíba o mande, para poder constituirse en una obligación como establece el artículo 19 de la CN, debe ser una forma de conducta posible en dos sentidos. Para los hombres en general; y para cada uno en particular, atento sus capacidades y las circunstancias del caso. Lo que implica reconocer por imperio constitucional la culpabilidad como requisito de la pena.

6) La acción no ha de ser meramente inmoral, no obstante la referencia constitucional a la "ofensa a la moral pública". Las normas en general (y las morales en este caso) no pueden ser lesionadas como lo son los bienes jurídicos. La transgresión de normas merece sanción no por su mera infracción, sino por la lesión o riesgo concreto corrido por los bienes jurídicos empíricamente existentes por ellas protegidos.

7) La acción que se describa como punible debe tener efectiva capacidad de ser lesiva para bienes jurídicos —de titularidad individual o colectiva—.

8) La lesión deberá además resultar, en términos carrarianos, "políticamente dañosa". Esto es, que trascienda el mero interés individual. Como lo exige claramente la Declaración de 1789, sólo podrán incriminarse las acciones *nuisibles à la Société*. Bien entendido esto, en cuanto a la aludida trascendencia colectiva. De allí, por caso, que el mero incumplimiento contractual, si bien lesiona un derecho, no podrá el legislador incriminarlo.

9) Las acciones, los bienes jurídicos, la lesión y la relación entre ellos, deben ser empíricamente comprobables, como única manera de posibilitar la comprobación judicial previa a la imposición de la pena como exige el artículo 18 de la CN.

10) La incriminación sólo es admisible si es estrictamente necesaria. Es decir, que no exista otro medio jurídico eficaz para evitar o reparar la lesión al bien jurídico protegido. Las normas civiles, comerciales, administrativas, de defensa del consumidor, de protección del ambiente, etc., razonablemente deben ser las únicas a aplicar en la medida que sean suficientes para restablecer el orden jurídico lesionado por la infracción.

11) Este requisito de necesidad y la lógicamente previa aplicación de otras normas para componer el conflicto, confieren al derecho penal, su carácter de *última ratio* del ordenamiento jurídico.

12) Así como la acción, también la pena requiere la estricta definición previa mediante ley formal por imperio del artículo 18 de la CN.

13) Ese precepto constitucional dispone el principio de humanidad para las penas:

* La "abolición para siempre" de la pena de muerte es ahora absoluta en nuestro orden jurídico. Si bien estaba en la norma constitucional limitada la pena de muerte "por causas políticas" —y en consecuencia permitida para los comunes— fue abolida en el Código Penal de 1921 y finalmente en el Código de Justicia Militar en el año 2008 por su derogación (1), hacen que su restauración en la

(1) Ley 26.394: Deróganse el Código de Justicia Militar y todas las normas, resoluciones y disposiciones de carácter interno que lo reglamentan. Modifican el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación. Sancionada: agosto 6 de 2008. Promulgada: agosto 26 de 2008.

República esté prohibida por el artículo 4.3° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”.

* Prohibiendo toda aquella que sea cruenta en cualquier aspecto: aboliendo para siempre la tortura y los azotes. Ninguna pena podrá tener características que lleguen a parecerse a estas viejas formas sádicas de castigar. Aquí la analogía *in bonam partem* sí tiene amplio campo de desarrollo. Y lamentablemente, no meramente analógica. El artículo 18 de la CN indica una clara manda constitucional no sólo de humanidad, sino también de progresividad en el sistema pena, que hoy resultan especialmente aplicables a la ejecución de las penas más gravosas que conserva el sistema, las restrictivas de libertad, que deben estar exentas de todo contenido mortificante que no sea propio de la consistencia misma de dicha especie.

* La cláusula final del artículo 18 de la CN ordena no sólo que las “cárceles” sean lugares sanos y limpios, sino que también prohíbe toda medida de mortificación. Si bien el constituyente no se refiere aquí a la privación de libertad como pena, sino tan sólo a lugares donde se alojaban procesados, sus mandatos son sin duda plenamente aplicables a todo tipo de privación de libertad por disposición estatal.

* Debe agregarse que es claramente equivocado interpretar que esta norma constitucional prohíbe en nuestro sistema jurídico las penas privativas de la libertad. Al mandar que la “las cárceles de la Nación serán (...) para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”, se está refiriendo la Constitución a lugares destinados a “detenidos” —como ella misma dice—, que lo están provisoriamente durante el proceso. Asimismo, interpretar que prohíbe la privación de libertad como castigo, sería admitir un grave contrasentido en la misma norma que, simultáneamente, admitía la pena de muerte como posible castigo para delitos comunes.

* Beccaria (1955, p. 230) utiliza la palabra “cárcel” en el sentido indicado anteriormente: “es, pues, la simple custodia de un ciudadano mientras se lo juzga como reo”. Con un pensamiento absolutamente vigente, partiendo de la evidencia del carácter penoso de este encierro —no obstante no ser pena—, indica que ha de ser lo más benigno posible, tan sólo a los fines de “impedir la fuga o imposibilitar la ocultación de las pruebas de los delitos”, debiendo tanto el encarcelamiento como el proceso ser lo más breves que se pueda. Esta es una acuciante deuda que tiene nuestro sistema penal. En la provincia de Buenos Aires el 75% de quienes están privados de libertad no tienen condena firme. Las degradantes e inhumanas condiciones de alojamiento han dado lugar a una importante decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación urgiendo a la provincia a tomar medidas de distinta índole en los autos “Verbistky Horacio s/ hábeas corpus”.

* Reviste singular importancia la atribución directa de responsabilidad por estas infracciones que hace la Constitución “al juez que la autorice”. Son impensables autorizaciones expresas en tal sentido. Para que no resulte letra muerta esta fuerte directiva constitucional deberá ejercitarse por los jueces esta responsabilidad en un sentido consistente con las prácticas, necesidades y estándares contemporáneos, debiendo cumplir activamente el magistrado a cargo de la causa, con su rol de garante de la privación de libertad que ha dispuesto y/o controla.

* Quedan también prohibidas las penas excesivas, lo que se infiere a partir de la manda acerca de la confiscación de bienes, que “queda borrada para siempre del Código Penal argentino” (artículo 17, última parte, CN). El legislador debe cuidar en todos los casos, la proporcionalidad entre lesión y pena en cada delito, y comparativamente entre todos ellos.

14) Las penas, de conformidad con el principio de igualdad, no admiten distinciones derivadas del origen ni la posición social del autor, como establece la clara letra del artículo 16 de la CN, que no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, ni de ninguna otra índole similar. La fijación judicial de la pena dentro de las escalas legales —que ya no son fijas como inicialmente, en honor a la igualdad, pretendió el Código revolucionario francés de 1791— es una delicada tarea delegada a los jueces, que debe ser cumplida con el mayor cuidado y coherencia.

III. Antecedentes de nuestro sistema constitucional

El antecedente más notorio —tanto en lo ideológico como en la letra— de estas cláusulas constitucionales es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional francesa, el 26 de agosto de 1789, que en sus artículos V y VIII establecía los principios de legalidad, irretroactividad, lesividad y necesidad. Sólo podrían prohibirse las acciones dañosas a la sociedad; sólo la ley podía obligar o prohibir; debía ser previa; y únicamente debía pensarse lo estricta y evidentemente necesario (2). Esta Declaración de 1789 fue solemnemente ratificada en el Preámbulo de la Constitución de la República Francesa luego de la Liberación de la ocupación nazi, el 27 de octubre de 1946.

Bidart Campos (1998: 476) atribuye otro linaje a las cláusulas constitucionales examinadas. Sostiene que son sus “fuentes ideológicas” un abigarrado conjunto: el derecho natural tanto de origen greco-romano, como cristiano, racionalista, liberal, así como de fuente hispano-indiana, norteamericana y francesa. No por una mera cuestión cronológica son las citadas fuentes incompatibles. Nuestra Constitución pretende romper con la mayoría de los antecedentes mencionados. La ausencia de ley estricta limitando el poder, la esclavitud, la desigualdad, la tortura, las penas inhumanas, la confusión entre pecado y delito, están expresados tanto en los antecedentes greco-romanos, como en el régimen colonial y las prácticas inquisitoriales. En cuanto a las fuentes formales, sostiene seguidamente al autor arriba citado que “la filiación de la forma legal de la declaración es americana y no francesa, precediendo en varios años a la famosa declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de la revolución de 1789”. Seguramente al afirmar esto, lo hace en base a la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 (3). Basta con leerla para advertir que no hay normas parecidas a las que sientan el principio de legalidad como las examinadas en nuestra Constitución, que tienen origen en la Declaración francesa de 1789. No es ello de extrañar, atento la conocida diferencia entre el sistema jurídico continental y el *common law*, plenamente en vigor en el siglo XVIII.

En consecuencia, el antecedente constitucional argentino en esta materia no ha de limitarse a la Declaración francesa de 1789, sino que lo constituye también el programa de los pensadores de la Ilustración, brillantemente sintetizado y expuesto por el Marqués Cesare de Beccaria en su imperecedera obra *Dei delitti e delle pene* (4), que clandestinamente hiciera editar en 1764 en Livorno, a unos 300 Km. de Milán, su ciudad, para evitar así la persecución de la Inquisición (Laplaza, 1955: 122).

El punto de partida de su obra fue, precisamente, la inexistencia de ley. Abundaban, por el contrario, lo que el autor denomina las meras “opiniones” de “privados y oscuros intérpretes” (Carpzovio, Claro, Farinaccio) que las elaboraban libremente a partir de “(...) leyes de un antiguo pueblo conquistador, que un príncipe reinante en Constantinopla a doce siglos hizo recopilar, entremezcladas luego con los ritos longobardos (...)” (Beccaria, 1955: 173). Es decir, sobre textos romanos, con las modificaciones sobrevinientes desde la caída del Imperio hasta el siglo XVII, los comentarios de privados intérpretes se iban sumando como ley públicamente obligatoria. Sobre tal incierta base, producto del “sedimento de los siglos más bárbaros”, se decidía sobre la vida, libertad y fortuna de los hombres, con “opiniones” por las cuales los tormentos eran sugeridos “con iracunda complacencia” (Beccaria, 1955: 173).

(2) “Article V.— La Loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n’est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas.” “Article VIII.— La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.” Su texto oficial en <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#declaration>.

(3) Declaración de Derechos de Virginia de 1776 en: http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html.

(4) Me permitiré aquí un recuerdo personal. Estábamos en una reunión en la Sala del entonces Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de esta Universidad Nacional de La Plata, alrededor del año 1985 estimo. Nuestro maestro Dr. Guillermo J. Ouviña había invitado como disertante al reputado filósofo argentino Mario Bunge, autor —entre innumerables obras— de un librito ejemplar: La ciencias, su método y su filosofía. Y el exigente epistemólogo dijo sin titubear: “La obra de Beccaria (se refería a *Dei delitti e delle pene*) es lo único que puedo calificar como científico en materia jurídica”. No es poco el elogio.

IV. El régimen precedente

El pensamiento de la Ilustración y la acción revolucionaria de 1789 —sangrienta y convulsiva, por cierto— fueron un intento en gran medida exitoso, para superar las atrocidades acumuladas por el poder punitivo, desde los más despóticos momentos de la etapa imperial romana, a lo que se sumara el endurecimiento traído por las costumbres penales de los pueblos bárbaros vencedores, y el descarnado ejercicio de lo que se consideraba un derecho del soberano: el *ius puniendi*, regido por los correlacionados principios *quod principi placuit legis habet vigorem* y *princeps legibus solutus est*. Debe sumarse a ello el peso decisivo de la Iglesia y la Inquisición para completar el marco de atrocidades penales a los que la Ilustración y la Revolución quisieron poner fin.

En Roma, durante los comienzos de la República, la *Lex Valeria de Provocatione* (499 a.C.), que “sometió al requisito de la confirmación por la ciudadanía de las sentencias capitales pronunciadas por los magistrados”, marca el comienzo del derecho penal público en Roma y de un proceso penal más evolucionado. También en esa época las *Leyes de las XII Tablas* (451-449 a.C.), regulan algunos hechos penales fijando sus penas o imponiendo la composición obligatoria (Mommsen, 1999: 37). Ambas fueron importantes conquistas populares. Se las sanciona como fruto de la lucha de los plebeyos, para lograr superar la situación de profunda injusticia y desigualdad frente al patriciado, que comenzó en el 493 a.C. con la llamada “Secesión de la Plebe”, cuando decidieron retirarse al Monte Sacro. La negociación determina el retorno a la ciudad, con el compromiso de creación del Tribunado de la Plebe —con derecho a veto—, el Edilato y el *Concilium Plebis* (Beccerra Oliva, 1944: 51).

Sin embargo, no podemos de ningún modo pensar en términos de la legalidad y judicialidad contemporáneas. Mommsen afirma desde entonces que no podía haber en Roma ningún delito, procedimiento, ni pena, sin previa ley penal y procesal. Afirma, sin embargo, a continuación que “no quedó en manera alguna abolido con esto el arbitrio del magistrado: aún ahora podía éste castigar hechos no fijados como delitos por la ley sin atenerse a procedimiento alguno fijado de antemano por la misma y fijando la medida de la pena a su arbitrio (...) con lo relativo al derecho de guerra y de otra, con lo relativo al ejercicio de la coerción dentro de la ciudad” (Mommsen, 1999: 37). Debe recordarse que las normas del “derecho de guerra” las aplicaba el magistrado en cuanto dejaba el recinto de la ciudad; y los límites legales reseñados no se aplicaban tampoco a los no ciudadanos ni a las mujeres.

Ya en el Imperio, quedan abolidas las limitaciones republicanas por las cuales la condena a muerte necesitaba ser confirmada por los Comicios. Potestad permanente y no excepcional del Emperador. En cuanto a la pena aplicable, pese a la existencia de numerosas normas, finalmente compiladas en el *Digesto* de Justiniano (530-533 d.C.) cuyos Libros 47 y 48 llamados *Libri terribili* fueron precisamente dedicados al derecho penal, lo cierto es que tampoco el Emperador estaba limitado por ninguna de ellas: “Podía el emperador condenar a su arbitrio, y por lo tanto, podía imponer lo mismo una pena mayor que una pena menor de la señalada por la ley (...). La jurisdicción capital (5) fue restablecida nuevamente, y restablecida en términos amenazadores durante el Principado” (Mommsen, 1999: 178). Con lo que se evidencia un retroceso notable para las garantías penales de los súbditos del Emperador, sometidos a su voluntad, lejos ya de los cónsules republicanos, magistrados anualmente renovables que actuaban colegiadamente, limitados por la ley.

Mención especial merece la *Lex Iulia maiestatis* (6) (*Digesto*, Libro 48, Título 4). Tiene fragmentos bien distintos, probablemente acordes con la época de que provienen: la República y luego el Principado bajo Augusto. El fragmento 1, si bien comienza con el clásico ejemplo de una norma penal abierta (que más adelante se transcribe y analiza brevemente), continúa sin embargo, enumerando una serie de casos a modo de ejemplo: comete el crimen *maiestatis* quien permite que huyan rehenes, los que con hombres armados con dardos o piedras están en la ciudad (Roma), los que se arman contra la

(5) Es decir, la imposición de la pena de muerte.

(6) Hay dos *Leyes Iuliae maiestatis*: una de Julio César (46 a.C.) y otra de Augusto (8 a.C.).

República, los que ocupan templos o edificios, convocan al pueblo a la sedición, quienes pretenden matar a un magistrado del pueblo romano, quien da información o ayuda al enemigo.

Muy distinto son los agregados del Principado. En el fragmento 5 se sostiene que no comete este crimen quien repara una estatua vetusta y deteriorada del César, ni quien le pega a una estatua del César fortuitamente con una piedra que no tiró hacia ella, o quien vende una de ellas, no estando ya consagrada. Lo que implica que cualquier afrenta, material o verbal, a una estatua del Emperador sí constituía este crimen y podía merecer la muerte. En el fragmento 6 se considera que incurre en el crimen quien quemara una de ellas ya consagrada.

Pero es el fragmento 7, atribuido a Modestino, el que suele citarse como el ejemplo más acabado del exceso punitivo por parte del poder en favor de sí mismo. Trátase de meras palabras, meros dichos o conversaciones que se consideran suficientes para configurar este terrible crimen (terrible por su castigo capital). El comentarista recomienda inicialmente prudencia a los jueces, que no abran causas de este tipo por complacer al príncipe, sino cuando haya fundamentos verdaderos. Que deben sopesarse las conductas previas del imputado, qué hizo, qué puede esperarse que haga, qué salud mental tiene. Si tiene la lengua suelta, entonces no ha de castigársele y debe tratársele como un insano. Sin embargo, culmina estos razonables consejos con la famosa frase “*si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit vel ad exemplum legis vindicandum est*” (Digesto, L. 48.4.7.3). Es decir, aunque sea flojo de lengua y no sea de temer, si lo que dice resulta delito conforme la letra de la ley (“*vel ex scriptura legis descendit*”), o si analógicamente puede entenderse en ella comprendido (“*vel ad exemplum legis*”), debe ser castigado. Esta norma fue criticada enérgicamente por Montesquieu (1984, p. 226): nada hace más arbitraria la incriminación en materia de lesa majestad que cuando las palabras indiscretas son su materia. Pues los discursos están siempre sujetos a interpretación, y hay tanta diferencia entre la indiscreción y la malicia, “que la ley no puede someter a las palabras a una pena capital”. Una detallada discusión acerca de este fragmento del Digesto, con opiniones sobre posible interpolación y contrarias a que demuestre la efectiva utilización de la analogía en el derecho romano (opinión minoritaria) en Bauman (1980: 133).

Lo que sigue en la historia occidental luego de esta implacable maquinaria de defensa ilimitada del poder absoluto, superadas las vicisitudes de la caída del Imperio Romano de Occidente, es la instauración de nuevos reinos y la multiplicidad de centros medievales del poder. Más tarde, la posterior consolidación de las monarquías absolutas, que no habrán de apartarse del precedente analizado. La ley romana es recibida y modificada con las costumbres de los nuevos pueblos, sumando en muchos casos los excesos de ambas.

Una de las compilaciones legislativas premodernas más destacadas, es la *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC), que fuera promulgada por Carlos V en 1532, también conocida como *Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V*. Ya desde su tradicional título indica que la pena de muerte sigue siendo central. Una “*Halsgerichtordnung*” es una ley para el juzgamiento de crímenes capitales. Su denominación alude inequívocamente a la pena de muerte por decapitación o ahorcamiento (7) Se la considera el primer código de derecho penal común en Alemania. Pero no es un código en el sentido contemporáneo de la palabra. No sólo por contener tanto normas penales como procesales, sino porque su artículo 105 admite la aplicación analógica de la ley (Soler, 1987: 84). En aquellos casos en que los “jueces o consejeros” no encuentren en ella regulado el hecho o la pena, o no sea suficientemente clara o comprensible la regulación, deben consultar para conocer cómo juzga en ellos el Kaiser (8).

(7) “Hals” en alemán significa “cuello” de una persona.

(8) Artículo 105, CCC: “Item ferner ist zu uermercken, inn war peinlichen fellen oder verklagungen die peinlichen straff inn disen nachuolgenden artickeln nit gesetz oder gnugsam erklet oder verstendig wer, sollen richter und vrtheyler (so es zu schulden kompt) radts pflegen, wie inn solchen zufelligen oder vnuerstentlichen fellen, vunsern Keyserlichen rechten vnd diser vnser ordnung am gemessigsten gehandelt unnd geurtheylt werden soll, vnd alssdann jre erkantnuss darnach thun, wann nit alle zufellige erkantnuss vnd straff inn diser vnser ordnung gnugsam mögen bedachte und beschriben werden” (Laufs, 2006: 144).

Benedicto Carpzovio, el primero de los tres juristas que como sinónimo del terror precedente, menciona nuestro iluminado marqués, había publicado más de cien años antes la *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium in Partes tres divisa*, que todavía tenía vigencia avanzado el siglo XVIII. Juez y profesor alemán, que vivió entre los años 1595 y 1666. Desde 1620 integró el tribunal conocido como “*Leipziger Schöffentuhl*” en dicha ciudad. También, ocupó otros puestos al mismo tiempo: entre 1645-1653 fue Profesor en la Facultad de Derecho de Leipzig. Desde 1653 hasta 1661, fue miembro del Consejo Secreto en Dresden. En 1635 publicó su mayor obra, la mencionada *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium in Partes tres divisa* que está muy relacionada con la *Constitutio* (Roth, 2008: 79).

Carpzovio fue el más relevante jurista protestante en Sajonia, un estado confesional luterano cuyo régimen jurídico contribuyó a edificar a partir del derecho de la Iglesia luterana, de la ley Romano-Canónica, del derecho común de Sajonia y del derecho imperial. Contribuyó a decodificar el régimen jurídico del estado confesional luterano. Construyó un sistema que incluía, naturalmente, entre sus delitos, la herejía y la brujería, y que prodigaba la pena de muerte. El derecho penal lo concebía como castigo por los apartamientos de la religión, y el príncipe como la mano ejecutora de Dios (Hunter, 2007: 41-42). Su obra y su práctica judicial se desarrollaron en un ambiente de tensa y fanática ortodoxia religiosa, en el marco de la devastadora Guerra de los Treinta Años (1618-1648), entre católicos y protestantes.

Su *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium in Partes tres divisa* es tanto un conjunto muy casuístico de delitos, como de terroríficos tormentos como medio procesal. Su catálogo de penas a partir de la Quaestio —Q.— CXXVIII: la de muerte a través de diverso métodos: *decollatio, suspendium, rota, suffocatio in aquis, combustio, dissectio in quatuor partes*, que puede ser agravada con: *Impositio trahae, Impositio cadaveris rotae, Adustio forcipum candentium, Contusio rotae, qua prius crura et brachia fanguntur*. En la Q. XXIX aparecen las penas criminales que no acarrear la muerte, los suplicios corporales no capitales: *fustigatio* que siempre llevaba como accesoria el *perpetuum exilium; abscissio duorum digitorum in perjuros aliquos; la manus amputatio; la membrorum extensio; la damnatio ad triremes, metallum, vel opus aliud publicum* (o sea, a galeras, a las minas u otra obra pública).

En la Q. CXXX se ocupa de las *Poenarum civilium: multa, carcer, relegatio*; en la Q. CXXXV se mencionan las siguientes: *servitus poenae, confiscatio bonorum, infamia rei delinquentis*. En cuanto a la regulación de la tortura, la Q. CXVI dispone en la primera regla que si el crimen es leve, si existen presunciones graves y semiplena prueba, y si el sospechado (sin tortura) los ha negado, puede el juez aplicarle una pena según su arbitrio. En la tercera regla dispone que en los crímenes atroces, habiendo indicios y negando el sospechoso, debe ser sometido a tortura.

Fuerza es agregar que los horrores de la persecución herética no fueron patrimonio exclusivo de la Iglesia Católica, como suele creerse. Carpzovio era un protestante luterano, que disponía de un variado y cruel repertorio de penas y vagos “delitos” para ello.

V. Convencionalismo, división de poderes y legalidad en la obra de Beccaria

No es extraño el horror manifestado por Beccaria ante este catálogo interminable de atrocidades recomendadas y practicadas. La base del nuevo sistema, por el contrario, será la legalidad estricta, acompañada de la mayor benevolencia posible en materia de penalidad. No será ya el delito una afrenta a Dios, y el Príncipe su delegado para castigarlo como pretendía Carpzovio. Es el quebrantamiento de un pacto o convención entre los hombres, manifestada en la ley, que obliga a todos, aún al gobernante. Por lo que implica —al menos como programa— la sujeción del poder público a la ley: “Esta obligación, que desciende desde el trono hasta la cabaña y que enlaza igualmente al más grande y al más miserable de los hombres” (Beccaria, 1955: 185).

Con justicia sostiene Ferrajoli (1997: 868) refiriéndose a la Revolución Francesa y su legado: “Probablemente no se ha dado en la historia ninguna revolución político-institucional tan radical”.

Distinta es por cierto, la opinión de Foucault (2002) de los logros alcanzados por el Iluminismo y la Revolución. Caracteriza los cambios meramente como el pasaje de lo que denomina “la sombría fiesta

punitiva” o “espectáculo punitivo” hacia una “economía del castigo”. Una forma nueva de dominación, de disciplina sobre los cuerpos y particularmente sobre el “alma”, nuevos saberes, y expansión de ese saber y poder disciplinario perfeccionado en ciertas instituciones (el hospital, la milicia, la cárcel, la escuela). Una dominación menos visible y más efectiva; es decir, describe un retroceso.

La notoria diferencia de opiniones entre el ya citado Ferrajoli y Foucault acerca de los logros del Iluminismo forman “parte de la controversia sostenida entre quienes ven en las ideas regulativas de la razón o bien ilusiones que hay que erradicar definitivamente del discurso logocéntrico de Occidente o bien ideales irrenunciables de la verdad teórica y práctica (...) cuestionan el proceso de racionalización occidental (...) el postestructuralismo francés e italiano, a través del pensamiento genealógico de Foucault y el hermeneuticismo nihilista de G. Vattimo (...) y en general todos los pensadores que (...) se autocomprenden como posmodernos (...). Muchas corrientes filosóficas de la actualidad concuerdan con el pensamiento posmoderno en la crítica de la Ilustración y de la racionalidad (...). No obstante, hay pensadores que se resisten a aceptar los planteos posmodernos. Karl Otto Apel y Jürgen Habermas se cuentan entre los escasos filósofos que se han opuesto firmemente a los planteos y a las soluciones posmodernas” (Michellini, 2009: 52).

La revolución de 1789 marca el nacimiento de lo que Ferrajoli llama “derecho moderno”. En el “pre-moderno”, las fuentes eran doctrinales y jurisprudenciales, aunque no faltasen los estatutos o leyes. Pero ninguna de ellas limitaba el poder del soberano. Esto es lo que el derecho revolucionario francés quiso evitar.

Beccaria (1955: 175/176-183) expresó con toda claridad y sencillez, el programa revolucionario. El punto de partida de su crítica, como viéramos, era la ausencia de una ley clara y acotada que guiase a un pueblo de hombres libres. Y la clave de su construcción es también la ley. Pero sólo aquella que deriva de pactos entre los hombres: “puras convenciones humanas”. Si bien también señala nuestro autor, que existe la ley revelada y la ley natural, las separa netamente de la ley civil ya que “no todas las consecuencias y los deberes que resultan de una de ellas resultan de las otras”. Explica que es “importantísimo separar lo que resulte de esta convención (...) de los hombres pues tal es el límite de aquella fuerza que puede legítimamente ejercitarse de hombre a hombre”. Acerca de la titánica tarea de separar el poder religioso del estatal, se apresura a aclarar que de ningún modo deben “suponer en mí principios destructores de la virtud o de la religión”.

De poco le valieron estas y otras explicaciones dadas (en su *Respuesta* a Facchinei) pues la obra, no su autor, el 3 de febrero de 1766 fue incluida en el *Index Librorum Prohibitorum* de la Iglesia Católica (Laplaza, 1955: 157).

El uso del poder punitivo debe ser restringido: “Toda pena que no derive de la absoluta necesidad, dice el gran Montesquieu es tiránica” (Beccaria, 1955: 183). Aparece aquí un mandato decisivo dirigido al legislador, tal como quedó establecido en el artículo VIII de la Declaración de 1789: “La ley no debe establecer sino las penas estricta y evidentemente necesarias”. Principio que hereda nuestra propia Constitución, expresado en el primer párrafo del artículo 19, y en la decisiva limitación y prohibición de penas del artículo 18 de la CN.

Agrega que no solo ha de limitarse la incriminación a los casos de estricta necesidad, sino que la pena debe tener como base de su medida “el daño causado a la sociedad” (Beccaria, 1955: 198). Su finalidad no es la de atormentar al reo o dejar sin efecto el delito cometido —tarea imposible—, sino “impedir al reo que ocasione nuevos daños a sus conciudadanos, y disuadir a los demás de hacer como hizo aquél” (Beccaria, 1955: 209).

La pena debe ser la menor posible, pues eso es lo único que razonablemente pueden querer los hombres cuando acerca de ello pactan.

Pero igualmente el sistema habrá de ser eficaz: la pena debe seguir lo más pronto posible al delito “de modo que insensiblemente se considere la una como causa y la otra como efecto necesario e ineludible”

(Beccaria, 1955: 232). Ante estas razones expresadas en 1764, todavía novedosas, resulta casi imposible no pensar en el funcionamiento actual de nuestro sistema: penas en continua elevación, agravantes genéricas, que tornan aún más gravosas las ya altas penas amenazadas, ineficacia general del sistema, y resultados opresivos para los que en forma más o menos aleatoria caen en él.

Este principio de legalidad y humanidad es pensado en función de un gobierno con división de poderes. No es todavía un planteo plenamente republicano. No debe olvidarse que estamos aún lejos de 1789 (un cuarto de siglo antes) y la Lombardía estaba bajo la dominación austríaca de la Casa de los Habsburgo.

Los poderes que menciona son el “legislador que representa a toda la sociedad unida por un contrato social” (Beccaria, 1955: 185). Por esa misma representación social que le atribuye, es quien puede establecer las leyes. Poco más adelante le llama “el soberano que representa a la sociedad misma”. Pero quien juzga debe ser distinto, el “magistrado (...) un tercero que juzgue sobre la verdad del hecho” (Beccaria, 1955: 186). Poco más adelante también les llama “jueces” (1955: 187).

En definitiva, el legislador o soberano dicta la ley. El juez, como tercero entre soberano y reo, las aplica, “cuyas sentencias sean inapelables” (Beccaria, 1955: 186). Detalle no menor pues implica la independencia del poder judicial. En el régimen anterior, tales apelaciones “devolvían” —como enseñan los procesalistas— la jurisdicción al soberano, de quien en mera delegación por división de funciones (y no de poder) la habían recibido los jueces.

También es parte esencial del sistema, la igualdad y un estricto respeto a la ley por todos.

Más arriba se ha recordado el fuerte y expresivo concepto del autor acerca de la igualdad: “Esta obligación, que desciende desde el trono hasta la cabaña y que enlaza igualmente al más grande y al más miserable de los hombres” (Beccaria, 1955: 185).

La igualdad ante la ley es, en definitiva, su universal y pareja obligatoriedad. Se le debe someter al mismo soberano, a cada ciudadano y muy especialmente, al magistrado.

En esta férrea sujeción finca el repudio a la interpretación de las leyes, que es vista como una desobediencia en definitiva. Sostiene Beccaria que la ley sólo debe ser “aplicada” por un juez, nunca “interpretada”, pues ello sería traicionar sus mandatos. Deberá limitarse el magistrado a “examinar si determinado hombre ha incurrido o no en acción contraria a las leyes” (1955: 187). Lo hará mediante el famoso silogismo judicial: 1) la premisa mayor, es la ley general; 2) la menor, la aserción (fundada de la prueba reunida en el proceso) de si el hecho descrito por la ley ha existido o no; y, en su caso, quién es su autor; 3) la conclusión, la pena o la absolución.

El juez, como quería Montesquieu (1984: 194) será sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley: “*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*”. Beccaria sostiene, en igual sentido, que no puede el juez acudir a buscar razones en el llamado “espíritu de la ley”, ni a filosóficas nociones de lo justo o lo injusto para apartarse de su letra. Ello sería motivo de los peores desórdenes. Por lo demás, la ley debe ser clara, escrita en lenguaje conocido por el pueblo, y en códigos que lleguen a su alcance (Beccaria, 1955: 188).

Esta idea iluminista en alguna medida, ha desconocido las dificultades que plantean los textos y el desentrañar su significado. Nada distinto al problema que se plantea en todo sistema simbólico, que necesariamente requiere de un intérprete para decodificar los significados. Pero no debe extremarse el señalamiento de la dificultad, hasta tornar a toda obra legislativa como un texto ilimitadamente abierto, que puede dar lugar a cualquier interpretación. Muy por el contrario, los textos legales penales, por mandato constitucional, deben ser diseñados de la manera más estricta para que resulten lo más unívocos que sea factible.

Se pronuncia también contra la pena de muerte (con la sola excepción de que el ciudadano “comprometa la seguridad de la nación (...) en momentos en que la nación pierde o recobra su libertad, o

en los períodos de anarquía, cuando los desórdenes mismos reemplazan a las leyes” (Beccaria, 1955: 253); contra la tortura de la manera más enfática y fundada, considerándola una absurda derivación “de las ideas religiosas y espirituales” (Beccaria, 1955: 221). Sostiene que este infame método —de investigación por un lado, y de pena anticipada por otro— es herencia del bárbaro sistema de los *juicios de Dios*, donde las cuestiones judiciales quedaban libradas al azar de las pruebas del fuego, del agua hirviendo o las armas. El resultado es pésimo, tal como con aquellos métodos: “el inocente sensible se proclamará culpable cuando crea que con ello hará cesar el tormento (...) de dos hombres igualmente inocentes o culpables por igual, el robusto y valeroso será absuelto, y el débil y tímido condenado (...) una consecuencia extraña que deriva necesariamente del uso de la tortura es que el inocente queda en peor condición que el culpable (...) resistiendo la tortura con firmeza, debe ser absuelto como inocente, (...) el inocente solo puede perder (por ser torturado y condenado o solo torturado), (...) mientras que el culpable puede ganar” (1955: 222-225).

VI. La realización del programa. Sus violaciones más frecuentes

El constitucionalismo francés y el de los Estados Unidos de América se difunde, así como la codificación penal (9), condición necesaria para la efectividad de los principios constitucionales. Nuestro país, sometido colonialmente a España hasta 1810, continúa durante décadas con un sistema penal premoderno de ella heredado. Dicta su Constitución en 1853. Recién logra darse un Código Penal que permite cumplir con el principio de legalidad allí establecido en 1886. Se renueva decididamente con el de 1921, y en torno a éste, surge la moderna doctrina penal argentina, con fuerte influjo de la alemana. Actualmente se está impulsando la completa sustitución del Código vigente. Pues no solo ha sido objeto de innumerables e inarmónicas reformas, sino que se han dictado además, numerosas leyes especiales y complementarias que lo han desdibujado. En el “Informe Técnico” del *Anteproyecto de Código Penal de la Nación* de 2014, elaborado conforme por lo dispuso el decreto del Poder Ejecutivo Nacional —PEN— 678/2012, se contabilizan 337 normas que de una u otra manera lo han afectado.

¿Cómo deberá hacer el legislador para cumplir con el propósito de un Código que pueda acercarse al modelo de la estricta legalidad?

El primer paso es, precisamente, la codificación. Con sus implicancias de sistematicidad y unicidad: los ciudadanos —o mejor aún, los habitantes del país— podrán así conocer con exactitud los límites de lo permitido.

En segundo lugar, tales límites han de marcarse mediante la acuñación de tipos penales. Lo explica quien precisamente introdujo este término en la moderna dogmática penal, Ernst von Beling (1944:§15) recuerda que en la práctica penal anterior al siglo XVIII, el juez tenía excesivo poder. Podía castigar cualquier acción, bastando que fuera antijurídica y culpable, y le imponía una pena arbitraria. Por ello, para establecer una elemental seguridad jurídica, era preciso delimitar con exactitud dentro del campo de lo antijurídico y culpable, cuáles conductas iban a ser consideradas punibles: “Así logró expresión un valioso pensamiento: el de que sólo ciertos modos de conducta antijurídica (los “típicos”) son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública”.

De todos modos, no basta con la ley previa y la acuñación de tipos. Depende del modo en que éstos se redacten, si van a cumplir o no con la función de garantía que le es propia y señalada por mandato constitucional. Como se ha visto anteriormente, la exigencia básica es que se describa un concreto y

(9) El 6 de octubre de 1791 se dicta el primer código penal revolucionario francés. No solo se reducen drásticamente los casos de pena de muerte, que tiene una sola forma de ejecución —decapitación— y sin torturas, sino que también dispone que no habrá penas perpetuas, ni marcas con hierros candentes (ambas las reintroduce el código penal napoleónico de 1810, mucho más rígoroso), desincrimina los llamados “crímenes imaginarios”: la herejía, lesa majestad divina, sortilegios (o adivinaciones) y magia. Notablemente también, desincrimina la homosexualidad. Puede consultarse su texto íntegro en http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm Puede también consultarse por antecedentes de este código el sitio oficial http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/debat_1791.asp.

delimitado tipo de acción lesiva, mediante un verbo que individualice una acotada y verificable acción u omisión humana, con capacidad para vulnerar un bien jurídico merecedor de protección.

A las exigencias constitucionales ya enumeradas, debe agregarse el cuidadoso uso de las palabras en la ley y una correcta sintaxis, de manera de dejar el menor lugar posible a términos vagos, ambigüedades semánticas o sintácticas.

Deben evitarse también palabras o expresiones que remitan a valoraciones morales, cargadas de cualquier connotación emotiva.

Recordar también que si bien el lenguaje del derecho no es estrictamente formal, tiene un alto grado de tecnicismo que debe ser escrupulosamente respetado y coherentemente articulado en el Código mismo y con el resto del ordenamiento jurídico, con el que ha de integrarse interpretativamente: “*In-civile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel responderi*” (Celso, Díg. 1, 3, 24).

Sin embargo, no han bastado las doctrinas ni las constituciones. El poder es reacio al sometimiento a la regla de derecho y la autolimitación.

Como ejemplos de lo que no debe hacer el legislador se señala el *Crimen maiestatis* romano: *Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum Romanum vel adversus securitatem eius committitur* (10). Es decir, el crimen de lesa majestad también es todo aquello que contra el pueblo romano o su seguridad se ha cometido. Si bien hay un verbo, está en voz pasiva, no describe ninguna acción cometida en concreto, sino vagos resultados. Con lo que no se definen ni la acción ni el resultado de la misma.

Lo mismo sucede con una disposición de la efímera República Soviética de Munich en 1919: “Se castiga toda infracción de los principios revolucionarios. La clase de pena queda al libre arbitrio del juez”. O con el artículo 2º del Código Penal alemán, con su reforma nazi de 1935: la lesión al “sano sentimiento del pueblo alemán” autorizaba al juez a castigar con la aplicación de una ley que considerase aplicable por analogía (Jescheck, 1993:115). Debe advertirse que con una norma como ésta, no se introduce simplemente una incriminación indebida, sino que se destruye todo un sistema, ya que todos sus tipos son abiertos a través de la analogía autorizada.

El común denominador de estos clásicos ejemplos pasa por la utilización del derecho penal como instrumento del mantenimiento del poder político, y no precisamente por la tutela del derecho de los ciudadanos. Es ésta la principal fuente de desvíos del principio de legalidad, aunque no la única.

Examinaremos ahora algunos casos pasados y actuales de nuestro país.

VII. Nuestro país

Me limitaré a citar un caso pasado y analizar brevemente uno actual, como ejemplos de nuestros propios errores, que sin duda son más que éstos. No entrará en este análisis, por ser claramente una cuestión distinta, el abandono de la ley y el horror de la dictadura militar de 1976-1983.

Estos dos casos argentinos —el derogado decreto-ley 17.401 (1967) de Represión de Actividades Comunistas; y la ley 26.234 (2011) que introduce una agravante genérica para delitos con finalidad terrorista— demuestran, además, la vinculación entre derecho penal nacional y el plano político internacional.

El primero corresponde a la época de la denominada “Guerra Fría”, posterior a la Segunda Guerra Mundial. Durante la dictadura militar que iniciara el General Juan Carlos Onganía, se dictó el decreto-ley 17.401, sancionado y promulgado el 22 de agosto de 1967. Es este un caso de abierta violación al

(10) D.48.4.11. Texto según la versión de Mommsen disponible en el sitio de la Universidad de Grenoble, Francia, <http://droitomain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-48.htm#4>.

principio que prohíbe castigar el pensamiento. Ninguna de las normas requería una acción lesiva. Establecía en su artículo 1º que serían “calificados como comunistas (...) las personas físicas o de existencia ideal que realicen actividades comprobadas de indudable motivación ideológica comunista”. Con el resultado punitivo de las inhabilidades que para ellos preveía el artículo 6º: obtener ciudadanía, desempeñar cualquier cargo público, ejercer la docencia en cualquier ámbito, obtener becas o subsidios estatales, operar como radioaficionado o tener emisoras radiales o televisivas, imprentas o editoriales, producir explosivos o armas, adquirir inmuebles en zonas de seguridad, representar o dirigir asociaciones gremiales o profesionales. Sus artículos 11 y 12 amenazaban con prisión hasta 6 años a quien “con indudable motivación ideológica comunista” realizara “una actividad” “tendiente a propiciar, difundir, implantar, expandir o sostener el comunismo”. Había unos cuantas disposiciones legales más (no podemos llamarles “tipos penales”, por cierto) del mismo tenor: pletóricos de elementos subjetivos, desde la “motivación” a la “finalidad”, que abarcaban cualquier “actividad” posible; y en definitiva, una pura persecución ideológica. Esta norma tampoco requería lesión efectiva alguna, que no fuese la difusión de ideas. Sólo podía encontrarse algo similar a un delito en la figura calificada del artículo 22 que requería violencia, intimidación o la mera “perturbación de la tranquilidad pública”. Pero está claro, que cualquier acto callejero de proselitismo, inmediatamente perseguido por la policía, se constituiría en una profecía autocumplida de la existencia de este “delito”. Esta ley fue la versión local del macartismo que tan fuertemente afectó a los Estados Unidos. Esta norma quedó derogada con el advenimiento del régimen democrático en 1973.

La política internacional cambia bruscamente de eje, luego de la caída del Muro de Berlín en 1989, iniciando el derrumbe del modelo soviético, que culmina con la disolución de la URSS en diciembre de 1991. Adviene una inicial hegemonía estadounidense, celebrada por la extraña tesis del “fin de las ideologías y de la historia”. Nuestro país no fue ajeno a estas cuestiones. La República Argentina en 1990 participa (solo con apoyo logístico) mediante el envío de naves y personal de la Armada Nacional en la denominada Guerra del Golfo Pérsico, formando parte de una coalición internacional liderada por los Estados Unidos. En 1992 un feroz y criminal atentado con explosivos destruyó íntegramente la Embajada de Israel en Buenos Aires, con un saldo de 29 muertos y más de 200 heridos. En 1994, en otro cruento ataque con explosivos, se destruye la sede de la AMIA (Asociación Mutual Israelita Argentina) dejando un saldo de 85 muertos y más de 150 heridos.

A partir del año 2000 se comienza a legislar en nuestro país sobre el “terrorismo”. En realidad, tan sólo sobre los alcances o campo semántico de la palabra, pues nuestro Código Penal contaba ya con normas penales sobre esos hechos, aunque no los llamase de ese modo. Pero se necesitaba la palabra. Al principio tuvo un alcance legalmente definido con precisión, pero luego, con los sucesivos cambios legislativos desapareció el significado legalmente asignado, y siguió utilizándose la palabra sin su campo semántico acotado de ningún modo, que no fuera el del consabido temible sentido común, quebrantando así los principios de estricta legalidad y de judicialidad como se explicará.

La ley 25.241 (de 2000) en su artículo 1º definía como “hechos de terrorismo” a las “acciones delictivas cometidas por integrantes de asociaciones ilícitas u organizaciones constituidas con el fin de causar alarma o temor, y que se realicen empleando sustancias explosivas, inflamables, armas o en general elementos de elevado poder ofensivo, siempre que sean idóneos para poner en peligro la vida o integridad de un número indeterminado de personas”. Si bien el elemento subjetivo final (“causar alarma o temor”) resultaba vago, ya que todo delito los causa y precisamente por eso son delitos, el campo de las “acciones delictivas” estaba razonablemente acotado por las exigencias legales acumulativas de la norma transcrita. Coincidió con (pero no se limitaba a) los tipos contenidos en el Título VII del Código Penal, que tutelan la Seguridad Pública. También remitía la definición a la asociación ilícita calificada definida por el artículo 210 bis del CP. (actualmente, artículo 210, inc. 2º, CP, conforme Digesto Jurídico Argentino, ley 26.939).

Algunos años más tarde, la ley 26.268 (2007) introduce en el Código Penal un nuevo Capítulo VI denominado “Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo” dentro del Título VIII de Delitos contra el Orden Público. Su artículo 9º deroga la definición de terrorismo que contenía el

artículo 1° de la ley 25.241, remplazándola con el tipo penal del artículo 213 ter del CP que esta ley incorpora al Código Penal (11).

VIII. Regulación del delito de terrorismo: meramente un *nomen iuris delicti*

En 2011 se dicta la ley 26.734 denominada sencillamente “Modificación” (al Código Penal), siendo que se ocupa del gravitante tema del terrorismo y su financiación, e introduce cambios normativos claramente alejados de los principios legislativos aceptados en materia penal. Se ha reemplazado lo que debería ser un tipo penal por el mero *nomen iuris delicti* correspondiente, incorporado por añadidura en una norma de las Disposiciones Generales de nuestro Código.

El artículo 3° de esta ley, crea una agravante genérica que duplica las escalas penales en su mínimo y en su máximo. La establece para aquellos delitos cometidos con “la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo”, (artículo 41 quinquies, hoy 7° y último párrafo del artículo 41 del CPen. conforme ley 26.939 DJA). La palabra “terrorizar” ya no tiene un correlato típico o definición legal que permita acotarlo. Pues el artículo 1° de esta misma ley deroga el artículo 213 ter del Código, que tipificaba aceptablemente aún el “terrorismo” mediante una acción delimitada por los medios empleados, y no insuficientemente por discutibles finalidades como lo es en el nuevo texto analizado.

En consecuencia, en esta tan delicada materia, no hay límite típicamente fijado para lo que pueda calificarse como “terrorismo”. Queda también abierta la frase “con la finalidad de aterrorizar a la población” a la libre interpretación judicial, con lo que cualquier delito del Código Penal puede ser así rotulado, con la grave consecuencia de la duplicación de la escala penal. Lo mismo sucede con la otra abierta finalidad del artículo 41 ú.p.: “obligar” a gobiernos o a agentes de organismos internacionales a hacer o abstenerse de hacer algún acto. En la letra de la ley podrían considerarse comprendidas exigencias de tono enérgico, acompañadas por huelgas, o bombas de estruendo, o cortes de rutas, dirigidas contra cualquier gobierno local o algún organismo internacional. También —desde otros sectores distintos— operaciones económicas de cierta magnitud y efectos, difusión masiva de determinada información.

Sobre esta inexistente base, se ha erigido un delito más. El artículo 213 del CP. (numeración ley 26.939 DJA) impone penas de 5 a 15 años de prisión y multa de 2 a 10 veces el monto de la operación, a quienes de uno u otro modo contribuyan a financiar delitos con las “finalidades” antes dichas.

Cabe pensar que las leyes anteriores —que tipificaban los actos de terrorismo mediante acciones caracterizadas por el uso de determinadas formas de organización, finalidades definidas y medios destructivos graves— resultaban un límite incómodo para la aplicación de las consecuencias penales deseadas. Para evitar sujeciones, se recurre a las meras finalidades subjetivas del artículo 41 *in fine* del CP, sin exigir ni modos de organización, ni finalidades objetivables, ni medios típicos de comisión.

Aun cuando pueda convenirse que al sancionar esta ley no haya pretendido el legislador reprimir cualquier protesta o actividad como las arriba señaladas —de allí la asistemática mención de la causal de justificación acerca del ejercicio de derechos sociales, humanos o constitucionales que se hace en el mismo artículo 41 del CP ú.p.— y que se haya respondido a exigencias internacionales en esta materia, nada impedirá en un futuro su probable utilización en momentos que se describirán como de pública urgencia, por hechos que el gobierno de turno sienta como una amenaza a su estabilidad, con la idea de solucionar el conflicto con privaciones de libertad inmediatas que se verán facilitadas

(11) “Artículo 213 ter.— Se impondrá reclusión o prisión de CINCO a VEINTE años al que tomare parte de una asociación ilícita cuyo propósito sea, mediante la comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, siempre que ella reúna las siguientes características: “a) Tener un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político; b) Estar organizada en redes operativas internacionales; c) Disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o la integridad de un número indeterminado de personas. Para los fundadores o jefes de la asociación el mínimo de la pena será de DIEZ años de reclusión o prisión”.

por lo elevado de los mínimos de las escalas penales que se duplican. En definitiva, la circunstancia agravante genérica basada en meras finalidades de aterrorizar u obligar a una autoridad a hacer o no hacer, son encubiertos tipos penales completamente abiertos. Como queda arriba señalado —entre otros hechos muy diversos— una manifestación que corte el acceso, aún por breve espacio de tiempo, a una dependencia gubernamental, para así exigir se tome alguna medida, puede ser entendida de este modo, como ya se lo ha hecho con las disposiciones provenientes de la ley 20.642, actualmente incorporadas al artículo 149 del CP (ley 26.939 DJA). Y siempre será discutible si se está ejerciendo un derecho constitucional, como prevé la última parte de esta norma, o si ese ejercicio es “regular” o “abusivo”, o si se tiene la “finalidad” de aterrorizar, u obligar a hacer o no hacer.

No debe olvidarse que siempre acecha el “estado de excepción”, “ese momento del derecho en el que se suspende el derecho para garantizar su continuidad, e inclusive su existencia (...) —ese momento que se supone provisorio— (...que) se ha convertido durante el siglo XX en forma permanente y paradigmática de gobierno. Una idea que Agamben retoma de Walter Benjamin (...)” (Costa, 2007). Una norma como la comentada puede servir en un estado de emergencia para suspender las garantías, con un aparente respeto del derecho.

IX. Conclusión

El principio de legalidad ha sido fruto de las luchas populares, aunque hoy nos parezcan lejanas (o ignoradas), y pensamos que tal conquista está definitivamente incorporada. Sin embargo, no hay que tener larga memoria para saber que ello no es así. Que no sólo se viola dejando de describir objetiva y circunstanciadamente hechos empíricamente verificables; sino también, abandonando el principio de necesidad, de humanidad y mínima suficiencia de las penas, que también es mandato constitucional. Debe seguirse trabajando empeñosamente para que las nuevas necesidades surgidas en el plano nacional o internacional sean atendidas con eficiencia y racionalidad, sin dejar empero de lado los principios constitucionales. La imprescindible celeridad y efectividad de las medidas que se requieran, hace ineludible pensar en modos de intervención inmediatos, de naturaleza diversa a la penal, cuando sus principios estén en riesgo de ser conculcados. Este cuidado no habrá de impedir el oportuno condigno castigo de los delitos de esta clase, con el debido cumplimiento de las garantías constitucionales de legalidad estricta y judicialidad, único modo en que su imposición sea indiscutible y ejemplar.

X. Bibliografía

BAUMAN, Richard Alexander (1980). “Leges iudiciorum publicorum”, en TEMPORINI, Hildegard (comp.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, 2. Principat*, tomo 13 *Recht*, Berlin-New York: de Gruyter, ps. 133 y ss.

BECCARIA, Cesar (1955). *De los delitos y de las penas*, traducción de Francisco Laplaza, Buenos Aires: Arayú.

BECERRA OLIVA, Guillermo (1944). *La República Romana. Organización política. Luchas sociales y guerras civiles*, Buenos Aires: Depalma.

BIDART CAMPOS, Germán J. (1998). *Manual de la constitución reformada*, t. I, Buenos Aires: Ediar.

CARPZOVIO, Benedicto (1681). *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium. In partes tres divisa*, Hagae-Comitis, apud Arnoldum Leers. Disponible en http://bibliotecavirtual.larioja.org/bvrioja/es/consulta/busqueda_referencia.cmd?id=

COSTA, Flavia (2007). “Introducción”, EN: AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.

DORADO, P. (1999). *Derecho Penal Romano*, Bogotá: Temis (español del original: MOMMSEN, Teodoro [1899], *Römisches Strafrecht*, Leipzig).

DURKHEIM, Emile (1895). *Las reglas del método sociológico*, 1ª ed. en francés 1895, 1ª ed. en español 1986, 2ª reimpresión de 2001, México: Fondo de Cultura Económica.

FERRAJOLI, Luigi (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.

FOUCAULT, Michel (2002). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires: Siglo XXI.

HUNTER, Ian (2007). *The Secularisation of the Confessional State. The Political Thought of Christian Thomasius*, London: Cambridge University Press.

JESCHECK, Hans Heinrich (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Granada: Comares.

LAUFS, Adolf (2006). *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, Berlin: de Gruyter.

LAPLAZA, Francisco P. (1955). “Estudio preliminar” de la obra de BECCARIA, EN: *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires: Arayú.

MICHELINI, Dorando J. (2009). “La pragmática trascendental y el asedio posmoderno a la racionalidad”, EN: APEL, Karl-Otto, “Estudio introductorio” a *Semiótica filosófica*, Buenos Aires: Prometeo Libros.

MONTESQUIEU (1984). *El espíritu de las leyes*, 6ª ed., Buenos Aires: Heliasta.

MONTESQUIEU (1758). *De l'esprit des lois*, edición electrónica de la Universidad de Quebec a partir del último texto revisado por el autor. Disponible en <http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.moc.del8>.

ROTH, Gunhild (2008). “Von der Reformidee zur Institution: Der schwierige Weg der *Constitutio Criminalis Carolina*. Bemerkungen zu ihrer Textgenese und Textkritik aus Sicht des Philologen”, en SUNTRUP, Rudolf — VEENSTRA, Jan R. (comp.), *Konstruktion der Gegenwart und Zukunft*, t. 10, de *Kultureller Wandel Vom Mittelalter zur Frühen Neuzeit*, Frankfurt, M. - Berlin - Bruxelles: Bern; New York, NY - Oxford - Wien: Lang.

SOLER, Sebastián (1987). *Derecho Penal argentino*, t. I, actualizado por Guillermo J. Fierro, Buenos Aires: TEA.

Von BELING, Ernst (1944). *Esquema de Derecho Penal*, traducido por Sebastián Soler de la obra *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed., 1930, Buenos Aires: Depalma.

Von IHERING, Rudolf (1977). *La lucha por el derecho*, traducción: Adolfo Posada, Buenos Aires: Perrot, colección La Torre de Babel.

Legislación

Ley 25.241, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 15/3/2000.

Ley 26.268, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 4/5/2007.

Ley 26.394, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 23/8/2008.

Ley 26.734, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28/12/2011.

Ley 26.939, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 29/4/2014.

Jurisprudencia consultada

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3/5/2005, “Verbitsky Horacio s/ habeas corpus”, Fallos 328:1146, V.856.XXXVIII. ♦

Fecha de recepción: 13-05-2015

Fecha de aceptación: 21-09-2015