

El Anteproyecto de Código penal argentino de 1960 de Sebastián Soler

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

El Ministerio de Educación y Justicia argentino publica ahora el Anteproyecto de Código penal (1) que ha redactado el doctor Sebastián Soler cumpliendo encargo que se le confirió por Decreto número 7.292 de 13 de octubre de 1958 (2). Se trata de uno de los trabajos de reforma más importantes de los aparecidos en los últimos años que tan pródigos han sido en ellos. Merece que se le consagre la mayor atención en los países de habla española, especialmente en aquellos que, como el nuestro, tienen pendiente la inaplazable tarea de renovar sus códigos penales.

Códigos y Proyectos argentinos (3).

Para situar el *Anteproyecto* en su justa perspectiva es conveniente una breve alusión a la progresión legislativa del país en que nace. Ella pone de relieve las necesidades a que el *Proyecto*

(1) *Anteproyecto de Código penal del Dr. Sebastián Soler*. Edición oficial. Ministerio de Educación y Justicia de la Nación, Subsecretaría de Justicia, Buenos Aires, 1960. Al final se hace constar que fué impreso en los Talleres Gráficos dependientes de la Dirección General de Institutos Penales en mayo de 1960.

(2) El Decreto número 7.292 de octubre de 1958, publicado en el «Boletín Oficial» de 27 de diciembre de 1958 consta de cuatro artículos. Se aprueba «el convenio celebrado por el señor ministro secretario en el Departamento de Educación y Justicia con el doctor Sebastián Soler para la redacción de un proyecto de Código penal de la Nación» (art. 1.º), creando «una Comisión asesora consultiva y revisora para proporcionar al redactor del Código penal de la Nación un informe con las cuestiones que consideren necesarias contemplar y las soluciones que estimen procedentes» (art. 2.º). El proyecto debía ser sometido «a consideración de la Comisión» y ésta elevarlo al «Poder Ejecutivo dentro de los veinte días de presentado, con un informe» sobre «las observaciones que éste le sugiera», aconsejando, en su caso, las modificaciones que creyera convenientes (art. 3.º). Este informe no figura unido al Anteproyecto e ignoramos si se ha presentado. El artículo 4.º se refiere a los gastos que ocasione el cumplimiento del convenio con el Dr. SOLER.

(3) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, vol. I (1950), págs. 785 y sigs.; RICARDO C. NÚÑEZ, *Das argentinische Strafrecht*, en «Das ausländische Strafrecht der Gegenwart», vol. I (1955), págs. 15 y sigs.

responde y el grado de su viabilidad. La Argentina, que hasta la Constitución de 1853 y reforma de 1860 no tuvo la vía abierta para un Código penal nacional, se ha venido caracterizando por el disconformismo frente a las obras legislativas (4) y por un positivismo doctrinario polarizado en la admiración del Proyecto italiano de 1921 que elaboró, como es sabido, Enrico Ferri (5), aunque no sin oposición, representada en parte considerable por el autor del Proyecto del que vamos a ocuparnos.

El Proyecto de 1868 (6), que llegó a ser adoptado por catorce provincias y la capital de la República, influyó en el primer Código nacional (7 diciembre 1886-1.º marzo 1887), calificado oficialmente como una simple modificación de aquél y de tendencia clásica, inmediatamente seguido de trabajos de reforma demostrativos del eco que la desfavorable acogida que tuvo halló en el propio legislador. Así surgieron los Proyectos de 1891 (7), de 1906 (8), 1917 (9), en los que se marca el paso de las tendencias clásicas a las positivistas de la influencia española, perceptible todavía en el Proyecto Tejedor de 1868 y en el de 1881 (10), a la italiana (11).

(4) El propio SOLER se hace eco de esta actitud en la *Exposición de Motivos*: «De nosotros, los argentinos, aún podría decirse que no nos caracteriza una excesiva adhesión a la ley y que, en general, predomina una actitud crítica frente a ella. El Código penal, al tiempo de su sanción, fué recibido con bastante menos aplauso del que merecía, y ello contribuyó a que la práctica no lo fuera mejorando» (E. de M., núm. 4).

(5) Ricardo C. NÚÑEZ, *Ob. cit.*, pág. 18: «... den Kritikern, die das letzte Wort im italienischen Entwurf von 1912, Gipfelpunkt des Positivismus, geschrieben glaubten...»

(6) Es el llamado Proyecto Tejedor. Su autor, Carlos TEJEDOR, presentó la primera parte el 30 de diciembre de 1865 y la segunda el 31 de enero de 1868. En total tenía 450 artículos. Sus fuentes fueron el Código bávaro de 1813, el de Louisiana y el Código penal español de 1848, reformado en 1850. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, págs. 789 y sigs.

(7) Redactado por RIVEROLA, PIÑERO y MATIENZA: *Proyecto de Código penal para la República Argentina, redactado en cumplimiento del Decreto de 7 de junio de 1890*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1898. Tenía 352 artículos y una E. de M. de 242 páginas. Se inspira en el Código italiano de 1890 (ZANARDELLI) y en el Código holandés. De corte clásico. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, págs. 812 y sigs.

(8) SAAVEDRA, BEAZLEY, RIVAROLA, GACITÚA, PIÑERO y RAMOS MEJÍA: *Proyecto de Código penal para la República Argentina, redactado por la Comisión de Reformas legislativas, constituida por Decreto del Poder Ejecutivo de 19 de diciembre de 1904*, Buenos Aires, 1905. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, págs. 823 y sigs.

(9) *Proyecto de Código penal para la Nación Argentina, presentado por el doctor Rodolfo Moreno* (h.), Buenos Aires, 1917. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, pág. 827 y sigs.

(10) *Proyecto de Código penal*, edición oficial, Buenos Aires, 1881. Tenía 349 artículos. Modificó sustancialmente el Proyecto Tejedor y tomó en cuenta el Código penal español reformado de 1870. Llegó a ser Código en la provincia de Córdoba (14 agosto 1882). Sus autores: VILLEGAS, UGARIZA y GARCÍA.

(11) Los Proyectos de 1906 y 1917 están influenciados por el Código penal italiano de 1890, llamado de Zanardelli.

El Código vigente es el resultado de una reforma muy limitada hecha por el Senado en el Proyecto de 1917, siendo promulgado el 29 de octubre de 1921 y entrado en vigor el 29 de abril de 1922 (12). Su aparición no aplacó el ansia reformista. Los proyectos oficiales, síntoma de la insatisfacción del Gobierno por su propia obra, se suceden. Sendas Comisiones redactan los Proyectos de 1924 (13), 1926 (14) y 1928 (15). Jorge Coll y Eusebio Gómez redactan el Proyecto de 1936 (16), Peco el de 1941, el Gobierno remite a la Cámara de Diputados el 1.º de abril de 1951 otro Proyecto (17) y, finalmente, por Decreto número 7.292 de 13 de octubre de 1958, se encarga al doctor Sebastián Soler la redacción de este nuevo Proyecto de Código Penal (18) (oficialmente editado, como ya hemos dicho, con el título de *Anteproyecto*). Todos ellos

(12) Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, págs. 837 y sigs. Tiene 305 artículos distribuidos en dos libros («Disposiciones generales», «De los delitos»). Las faltas, lo mismo que en el Código anterior de 1886, se dejan a las Provincias. De la legislación complementaria del Código destaca el *Decreto número 536 de 15 de enero de 1945 sobre represión de delitos contra la seguridad del Estado*, con 50 artículos repartidos en siete capítulos (I, Delitos contra la seguridad interna del Estado; II, Delitos contra la seguridad exterior del Estado; III, Delitos contra los abastecimientos de las fuerzas armadas; IV, Delitos contra la economía nacional, y V, Delitos contra la ejecución del trabajo industrial (sabotaje y huelga).

(13) Proyecto de 3 de septiembre de 1934 que redactó una Comisión de técnicos nombrada por Decreto de 25 de julio de 1923, aunque en realidad es obra de Eusebio GÓMEZ que formaba parte de la Comisión. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, pág. 853.

(14) Proyecto de 29 de diciembre de 1926. De la Comisión formaron parte SEEBER, MORENO, RAMOS, ROJAS, ARENAZA, GÓMEZ y otros.

(15) Proyecto de «estado peligroso sin delito» de 21 de mayo de 1928, por una Comisión compuesta por Carlos ARENAZA, Eusebio GÓMEZ, Nerio ROJAS y Ricardo SEEBER.

(16) *Proyecto de Código penal para la República Argentina, redactado en cumplimiento del Decreto de 19 de septiembre de 1936 y precedido de una exposición de motivos*, Buenos Aires, 1937. Fué traducido al italiano por BELLONI y LAPLAZA. Se asienta, dicen los propios autores, «sobre los postulados, no discutidos ya, de la escuela positiva». Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, págs. 855 y sigs.

(17) *Proyecto de Código penal. Exposición de Motivos. Presentada a la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el 25 de septiembre de 1941*, La Plata, Universidad Nacional, 1942. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, págs. 858 y sigs. El Proyecto, dice PECO, es «neo-positivista».

(18) Véase antes nota 2. La Comisión asesora, nombrada por el Decreto de 1958, estaba compuesta por: Enrique RAMOS MEJÍA (representante del Poder Judicial), José PECO (representante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires), Ernesto R. GAVIER (representante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata), Ernesto J. URE (representante de la Federación Argentina de Colegios de Abogados) y Oswaldo LOUDET (representante de la Sociedad Argentina de Criminología). Por Decreto de 7 de noviembre de 1958 esta Comisión fué ampliada con un representante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, nombrándose para ello a Jaime PRATS CARDONA. El 31 de octubre de 1958 se resolvió nombrar secretarios «ad hoc» a petición del doctor SOLER, a Eduardo MARQUARD y Luis C. CABRAL.

propugnando una reforma más o menos profunda del texto vigente (19). Esta sumaria referencia a trabajos análogos delata el interés de los penalistas argentinos por la transformación de su legislación penal y, a un tiempo, las dificultades que allí encuentra ésta para traducirse en una obra legislativa, puesto que ninguno de los proyectos mencionados ha conseguido la pretendida sanción.

El autor del Anteproyecto.

Aunque en el Decreto de 1958 se ordenó la constitución de una Comisión asesora consultiva y revisora, el Proyecto aparece bajo la paternidad indiscutible del doctor Sebastián Soler. No es ésta su primera implicación en tareas legislativas. En colaboración con Vélez Mariconde elaboró el Código de Procedimientos en lo Criminal de la provincia de Córdoba y redactó un Proyecto de Código de faltas. Profesor de la Universidad de Córdoba (20) ha sido también magistrado de la Corte de Apelaciones de Rosario, director de la Penitenciaría de Córdoba y abogado ejercitante en Rosario y Buenos Aires. De su obra científica destaca el *Derecho penal argentino*, cinco volúmenes (21), y haber dirigido la traducción del *Programa del Curso de Derecho criminal*, de Francisco Carrara (22). Adversario decidido del positivismo, acostumbra ser clasificado entre los autores clásicos, aunque, con razón, observa Jiménez de Asúa (23), tal filiación no sea rigurosamente exacta si nos atenemos a los postulados que tradicionalmente se viene considerando que forman el acervo de las llamadas «escuelas clásicas», pues, por ejemplo, en la misma *Exposición de Motivos del Anteproyecto* rechaza terminantemente la identificación de la responsabilidad jurídica con la responsabilidad moral (24). El sig-

(19) Con excepción de los Proyectos de 1924, 1926 y 1928 últimamente citados. Ninguno de ellos abarca las faltas cuya punición está remitida a las Provincias.

(20) Que abandonó con motivo de los sucesos de noviembre y diciembre de 1946.

(21) Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945-1946. Los dos primeros de los cinco volúmenes están consagrados a la Parte general y vieron la luz en una edición anterior: Buenos Aires, El Ateneo, 1940.

(22) Francisco CARRARA, *Programa del Curso de Derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, traducido de la 11.ª edición italiana, bajo la dirección de Sebastián SOLER, por Ernesto R. GAVIER y Ricardo C. NÚÑEZ. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1944-1949, diez volúmenes.

(23) Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, pág. 888.

(24) «La alternativa entre una responsabilidad «social» u objetiva y una responsabilidad «moral» es hoy insostenible; es un falso dilema, porque el derecho es una instancia de responsabilidad autónoma perfectamente caracterizada. Cuando hablamos de responsabilidad, siempre nos referimos a un concepto jurídico y no pensamos restablecer la llamada «responsabilidad moral». Ese planteamiento suponía en ambas partes la aceptación de una ontología rudimentaria para la cual sólo es dable dis-

no bajo el que se mueva la actividad científica de Soler es el de la dogmática jurídico-penal. La triple dimensión de su vida, repartida entre la enseñanza, la administración y la abogacía hace de él persona cualificada para acometer la empresa que se le encomendó. Reúne en alto grado aquella suma de conocimientos teóricos y prácticos que se precisan para intentar dar un nuevo Código penal a la nación argentina.

Las fuentes del Anteproyecto.

El Proyecto no pretende ser «una creación arbitrariamente original». Confiesa que no quiere significar una ruptura con «una jurisprudencia conocida y con una tradición jurídica» a la que el Código vigente está vinculado. Reconoce como fuentes de los preceptos nuevos que en él se introducen a la experiencia de la ley vigente y la construcción jurídica de la doctrina (25). Aparte de estas fuentes genéricas, el Proyecto cita en su articulado una serie de fuentes legales que se han tenido a la vista en cada uno de los artículos considerados. Entre las extranjeras figuran los Proyectos alemanes de 1958 y 1959, los Códigos brasileño, búlgaro, belga, colombiano, costarricense, cubano, chileno, danés, ecuatoriano, francés (menciona una sola vez el Proyecto de 1932), finlandés, griego, guatemalteco, el de Groenlandia, húngaro, holandés, italianos de 1890 (Zanardelli) y 1930 (Rocco), islandés, noruego, polaco, peruano, suizo, uruguayo y español. Evidentemente los más utilizados han sido los Códigos italianos de 1890 y 1930, los recientes Proyectos alemanes a los que se consagra una atención particularísima y justificada, el Código penal griego de 17 de agosto de 1950, el Código penal suizo de 1937 y el brasileño de 1 de enero de 1942. El *Código penal español* es mencionado en los ar-

tinguir un mundo físico y un mundo moral, de modo que el derecho sólo tendría cabida en uno de esos dos compartimientos.

Para nosotros, el derecho está situado, como otros productos de la cultura humana, como la ciencia, la técnica el arte, etc., dentro de un plano espiritual en el cual también la moral se encuentra. Partiendo de ese nivel común, el derecho y la moral guardan una coordinación que en modo alguno destruye su individualidad. El derecho tiene sus propias exigencias y la responsabilidad jurídica presenta una estructura propia y, sobre todo, una dinámica específica desencadenante de la coacción que torna peligroso, además de incorrecto, llamarle «responsabilidad moral». Es malo para un pueblo que las regulaciones del derecho entren en conflicto con las de la moral; pero es un error el de creer que la identificación o unificación de ambas exigencias es un principio deseable» (*Exposición de Motivos*, página 11 y sig.).

(25) *Código penal de 1928*, art. 4.º: «Los delitos y faltas previstos en leyes especiales se regirán por ellas. Este Código será supletorio de las mismas mientras en dichas leyes no se disponga lo contrario.» El artículo 6.º del Proyecto dice así: «Las disposiciones de este Código se aplicarán a las materias reguladas por otras leyes penales en cuanto éstas no dispusieren lo contrario.» La fórmula es superior (aunque del mismo sentido) a la del Código español.

títulos 6, 23, 113, 119, 241, 277, 278, 349, 352 y 356 del Proyecto, donde se regulan, respectivamente, el valor supletorio del Código, la coacción y necesidad exculpantes, infanticidio, aborto por causa de honor, incendio, actos hostiles que comprometen la paz, violación de tregua, exacciones ilegales, doble representación y malversación. Entre las muchas excelencias del *Anteproyecto* no figura, ciertamente, la de haber cuidado estas referencias. No se indica en ellas, como hace esmeradamente, por ejemplo, en las italianas, la fecha del Código a que se alude que no siempre es, contra lo que a primera vista pudiera pensarse, el *texto refundido* de 1944. En realidad aluden a éste tan sólo las citas de los artículos 23, 119, 241, 349 y 356 del *Proyecto*. Las remisiones que se hacen en los artículos 277, 278 y 352 a los artículos 134, 135 y 366 del Código español corresponden a la reforma de 1932, y la que se hace en el artículo 113 al 424 corresponde nada menos que a la regulación del infanticidio en el Código de 1870, cuya limitación a los tres días, criticada con razón en el *Anteproyecto*, ha desaparecido de la legislación española desde 1932.

Finalmente, la cita del artículo 6 del nuevo Proyecto se refiere al Código penal de 1928, cuyo artículo 4, correlativo al artículo 7 del Código de 1848 y subsiguientes reformas, era claro y terminante en orden al valor supletorio del Código respecto a las leyes especiales en cuanto no se dispusiera en ellas lo contrario. Nos duele este descuido no menos que la omisión de otras menciones de la legislación española—más presente en el Derecho penal argentino de lo que pudiera inferirse del *Anteproyecto*—, sobre todo por que pensamos que siendo el idioma no sólo un vehículo del pensamiento, sino el factor más potente de cuantos lo generan, tenemos en común una serie de problemas que hemos de resolver los hispanohablantes sin posibilidad de ajeno auxilio.

Estructura.

El Anteproyecto consta de 376 artículos precedidos de una *Exposición de Motivos* (págs. 6 a 26). El articulado se distribuye en una «Parte general» (arts. 1 a 109), una «Parte especial» (arts. 110 a 373) y tres disposiciones complementarias. Ambas Partes están divididas en títulos y éstos en capítulos. A continuación de cada uno de los artículos y con la misma numeración siguen las concordancias con la legislación y proyectos argentinos y extranjeros, añadiendo a veces explicación de las reformas que se introducen cuando es éste el caso.

La Parte general.

La simple enunciación que sigue del sistema del Código penal vigente y del Anteproyecto pone de relieve la profundidad de los cambios propuestos en lo que a ordenación de la materia se refiere

a) *El sistema.*

Código 1922 (26)

- I. Aplicación de la ley penal.
- II. De las penas.
- III. Condena condicional.
- IV. Reparación de perjuicios.
- V. Imputabilidad.
- VI. Tentativa.
- VII. Participación criminal.
- VIII. Reincidencia.
- IX. Concurso de delitos.
- X. Extinción de acciones y de penas.
- XI. Del ejercicio de las acciones.
- XII. Significación de conceptos empleados en el Código.

Anteproyecto.

- I. La ley penal.
- II. El delito.
 - Cap. 1. Tiempo, lugar y forma del hecho.
 - 2. Tentativa.
 - 3. Causas de justificación.
 - 4. Culpabilidad.
- III. El autor.
 - Cap. 1. Imputabilidad y sus formas.
 - 2. Participación.
- IV. Penas.
 - Cap. 1. Clasificación.
 - 2. Penas privativas de libertad.
 - 3. Suspensión condicional de la pena de prisión.
 - 4. Libertad condicional.
 - 5. La pena de multa.
 - 6. Penas accesorias.
 - 7. Consecuencias civiles del delito.
 - 8. Principios comunes para la determinación de las penas.
 - 9. Concurso de delitos.
- V. Medidas de seguridad.
 - Cap. 1. Imputables.
 - 2. Delincuentes habituales o por tendencia.
- VI. Ejercicio de las acciones.
- VII. Extinción de las acciones.

(26) Se transcriben los títulos, indicados en números romanos. El Código argentino vigente no subdivide los de la parte general («Disposiciones generales») en capítulos. Por eso falta la mención de éstos.

b) *Principales modificaciones.*

Como ya hemos indicado la mera lectura de los enunciados del Código penal argentino comparado con los del Anteproyecto pone ya de manifiesto una de las dimensiones de la reforma, a saber, una mayor corrección técnica y sistemática. Y no sólo ésto, sino también un mayor número de *temas* frente a los que hoy se disciplinan en el Código argentino. Ciertamente que la concisión y brevedad embellecen las leyes y hacen más fácil su manejo, y con él su aplicación. El Código argentino vigente es el más breve de cuantos están hoy en vigor en toda Iberoamérica. Pero esta ventaja tiene un límite nacido de las exigencias mismas de la ley. Porque en ella, eso sí, con la mayor concisión posible, han de tratarse una serie de materias de obligada inclusión en una ley penal. Cuando el contenido de la ley se reduce a base de la exclusión de ellas, la brevedad, como es obvio, deja de ser un mérito para convertirse en fuente de perplejidades para el juez. Por eso, aunque el Proyecto tenga 109 artículos frente a los 78 de que constaban las «Disposiciones generales» del Código vigente, no puede sin más afirmarse que esté en desventaja frente a él, porque son muchísimas las cuestiones y problemas ni siquiera aludidos en el Código de 1922 que toca y resuelve. Una sumaria exposición siguiendo el propio articulado del Proyecto nos permitirá documentar lo que acabamos de decir.

a') *Ley penal.*

El Código vigente se refiere al ámbito espacial, y temporal, cómputo de prisión preventiva y valor supletorio general del Código. En el Anteproyecto se mejora grandemente la regulación actual recogiendo no sólo los casos sujetos al principio de territorialidad y los delitos cometidos por un funcionario en el extranjero en el desempeño de su cargo, sino que atiende también a la aplicación de los principios personal, real y de la comunidad de intereses (27) y en el ámbito de la validez temporal de la ley penal alude expresamente a las llamadas leyes temporales para excep-

(27) *Proyecto*: «1. Este Código se aplicará. 1.º A los delitos cometidos en territorio de la República o en lugares sometidos a su jurisdicción. 2.º A los delitos cometidos en el extranjero por funcionario del servicio de la República en desempeño de su cargo. 3.º A los delitos cometidos en el extranjero contra la seguridad de la Nación, los poderes públicos y el orden constitucional, el patrimonio, el crédito y la fe pública de la Nación, las provincias o municipios. 4.º A los delitos cometidos en buques o aeronaves mercantes argentinas, en país extranjero, cuando en éste no sean juzgados. 5.º A los delitos cometidos en el extranjero por ciudadano argentino que se encuentre en territorio nacional y cuya extradición no proceda en razón de la ciudadanía. 6.º A los delitos que por tratado o convención la República se haya obligado a reprimir, aun cuando no fueren cometidos en su territorio. El artículo va bajo el epígrafe «Ámbito espacial de aplicación de la ley».

tuarlas de la regla general de la retroactividad de la ley penal más favorable (28). Se elimina la disposición relativa al abono de prisión preventiva, que ahora pasa al artículo 37, y que evidentemente no guarda relación con la ley penal considerada intrínseca o extrínsecamente. También es oportuna la inclusión en el título I de la «significación» de los términos empleados» que antes figuraba en el título XII, último de la parte general (20).

b') *El delito.*

El Proyecto muestra aquí su mayor originalidad. También es aquí donde ofrece mayor blanco a la polémica. Separa el «delito» del «autor». Dentro del «delito» trata de la acción, la tentativa (tomada en sentido amplio), las causas de justificación y la culpabilidad, comprendiendo en esta última el principio de que no hay pena sin culpa (art. 18), los conceptos de dolo y culpa (arts. 19 y 20), el error (arts. 21 y 22) así como la coacción y necesidad exculpante (art. 23). La imputabilidad (art. 24), imputabilidad disminuida y *actio liberae in causa* (arts. 25 y 26) se llevan al título rubricado «el autor», junto con la participación criminal, en donde se sitúa la obediencia debida (art. 27, párrafo segundo). La razón se explica sucintamente en la *Exposición de Motivos*: «pues si bien es correcto concebir el dolo y la culpa como formas del delito, la imputabilidad es una calidad del sujeto y no del hecho». El argumento es, a primera vista, seductor. De un lado todo lo objetivo (el hecho), de otro todo lo subjetivo (el autor). Pero sucede que el hecho no puede en modo alguno desvincularse del autor. Lo demuestra la misma fórmula de inimputabilidad que utiliza el Anteproyecto en el artículo 24: «No es punible el que no haya podido *en el momento del hecho* comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones...». La relación con los conceptos del dolo y la culpa que se dan en el mismo Anteproyecto es tan estrecha que no puede por menos de resultar artificiosa la separación en un código. Esta es una de las muestras de doctrinarismo que acusa en la materia relativa al delito. Mas no es la única. Pese a opiniones en contrario, algunas de ellas muy autorizadas, no somos partidarios de llevar a los códigos la clasificación en causas de justificación y causas de exclusión de la culpabilidad. Entre otras razones porque los progresos de la investigación dogmática pueden verse detenidos ante tales tomas de posición del legislador. Baste con recordar que hasta no hace muchos años se consideraba que la *vis moral* (miedo insuperable en el Código es-

(28) Párrafo tercero del artículo 4.º Proyecto («Ambito temporal de aplicación de la ley»): «No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, las leyes dictadas para regir sólo durante un tiempo determinado se aplicarán, sin distinción alguna, a todos los hechos cometidos durante su vigencia.»

(29) Proyecto, art. 7.º

pañol) (30) era causa de inimputabilidad, mientras que hoy se abre paso a la opinión de que se trata de una manifestación de la no exigibilidad de una conducta distinta.

A consecuencia de este doctrinarismo no ocupan su congruo lugar, aun admitiendo los propios presupuestos de que parte el *Anteproyecto*, el exceso en la legítima defensa (art. 17), que evidentemente no puede reputarse causa de justificación. Se coloca la obediencia debida, abandonando la excelente fórmula del Código vigente, que la tomó del español (31), al tratar de la participación (art. 27). La obediencia debida exige que se tome posición respecto a su naturaleza y no puede satisfacer hoy el viejo procedimiento del Código penal militar alemán de 1872, y menos en un Código que pretende asentar la clasificación de las eximentes con arreglo a su naturaleza. De otro lado, el estado de necesidad se escinde con una doble definición (arts. 15 y 23) que no puede resultar técnicamente satisfactoria (32).

(30) El Código vigente modificó ya la fórmula española mantenida desde el Código de 1848 (miedo insuperable de un mal igual o mayor) para decir en el número 2.º, art. 34: «El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente.» El Proyecto (art. 23) se adhiere a la fórmula germánica: «No es culpable el que obrare bajo la coacción de otro.»

(31) Según la posición que se adopte la obediencia a órdenes superiores es causa de justificación o causa de exclusión de la culpabilidad. En uno u otro lugar del sistema debe de encontrarse, y más cuando el *Proyecto* confiesa seguir esta clasificación. Llevar la obediencia a la teoría de la participación, como hace el *Proyecto*, es eludir el problema. Por lo demás, reducirlo todo al derecho del inferior a examinar «la legalidad de la orden» (es autor si tiene ese derecho y no lo es si carece de él) es equivocar el punto de referencia, lo mismo que ocurre cuando en las notas al artículo 27 sostiene que «la doctrina moderna ha probado que el poder excusante» de la obediencia debida «proviene del error que puede padecer el subordinado acerca de la legalidad de la orden». Nada más lejos de la realidad. M. E. MAYER representa un momento ya superado. Las cuestiones son mucho más complejas, y precisamente la única fórmula que puede resistir todavía con serenidad las críticas y facilitar la práctica es la española, mantenida en el Código vigente (art. 34, 5.º) y abandonada sin razón: bastante y sin fortuna por el *Proyecto*. Confunde (véase la nota aclaratoria al mismo artículo) el derecho a examinar la legalidad con un supuesto «derecho de revisión». El subordinado, por muy inferior que sea, que tiene la seguridad (concorde con la realidad) de que se trata de cometer, verbigracia, un asesinato jurídico, *no tiene la obligación de obedecer*. El subordinado no es nunca, nunca, un instrumento para cometer delitos. Distinta cosa es si el mandato no constituye delito. Y también es cosa diferente la obediencia debida putativa. No es posible aquí en absoluto aplaudir el *Proyecto*, porque se presta a equívocos de muy grave trascendencia.

(32) *Proyecto*, art. 15 («Estado de necesidad»): «No delinque el que causare un mal para evitar otro *considerablemente mayor e inminente*, siempre que el necesitado *no tuviere el deber jurídico de afrontar el riesgo*.» Artículo 23, párrafo segundo («Coacción y necesidad exculpante»): «Tampoco es culpable el que causare un mal apremiado por la necesidad de evitar otro inminente y *particularmente grave para su persona o la de un*

Tampoco puede alabarse a nuestro entender el mantenimiento de la antigua distinción, que sustenta también nuestro Código penal, entre delito en grado de tentativa y delito frustrado, fuente de enormes dificultades en la práctica, y menos aún la introducción dentro del frustrado de los conceptos germánicos de tentativa acabada e inacabada, nueva complejidad sin transcendencia alguna puesto que lo mismo la frustración que la tentativa se rigen en el Proyecto por las mismas reglas de atenuación de la pena. La unificación conceptual no impide fijar el alcance del desistimiento y del arrepentimiento activo como parece desprenderse de la *Exposición de Motivos* (33).

En cambio, nos complace subrayar una serie de méritos que acompañan a esta parte. Lo son, indudablemente, el adoptar posición sobre los problemas de lugar (art. 8) y tiempo de la comisión del hecho (art. 9) (34), el definir la comisión por omisión (35), el dolo y la culpa (36) y conceder al llamado «error o ignorancia de derecho» efectos eximentes o atenuatorios, recogiendo incluso la hipótesis de la «ceguera jurídica» (37).

allegado, siempre que no sea razonable de exigir que el necesitado afrontara el riesgo.»

(33) *Exposición de Motivos*, pág. 10, núm. 21.

(34) *Proyecto*, art. 8.º («Lugar de hecho»): «El hecho se reputará cometido tanto donde se ha ejecutado la acción, en todo o en parte, como donde se ha producido o debía producirse el resultado. En los delitos de omisión, el hecho se reputa cometido en el lugar donde debía cumplirse la acción omitida.»

Art. 9.º («Tiempo del hecho»): «El hecho se reputa cometido en el momento en que se ha ejecutado la acción. En los delitos de omisión, el hecho se reputa cometido en el momento en que debía cumplirse la acción omitida.»

(35) *Proyecto*, art. 10 («Comisión por omisión»): «El que omite impedir un resultado, que de acuerdo con las circunstancias debía y podía evitar, responde como si lo hubiera producido. El deber de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado.»

(36) *Proyecto*, art. 19 («Dolo»): «Obra con dolo no solamente quien quiso de modo directo el hecho ilícito, sino también aquel que asintió a su producción eventual para no desistir de su acción.»

Art. 20 («Culpa»): «Responde por culpa el que ha producido un resultado delictuoso sin quererlo, cuando por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de los deberes que en concreto le incumbían, no previó que ocurriría o, previniéndolo, creyó poder evitarlo. La ley determina en cada caso si es punible el hecho culposo.»

(37) *Proyecto*, art. 22 («Error o ignorancia de derecho»): «No es culpable el que actúa en la creencia de obrar lícitamente, debido a ignorancia o errónea apreciación de la ley, que no le sean reprochables. En caso contrario, la pena podrá ser atenuada de acuerdo con el artículo 74. También podrá el juez disponer la aplicación de la medida del artículo 84, cuando la ignorancia de la ley sea tal que revele una personalidad peligrosa por su desvinculación del medio civilizado y el hecho sea punible con pena superior a un año de prisión.»

En las causas de inimputabilidad sigue la fórmula llamada psiquiátrico-psicológica (38) y resuelve de manera correcta el conflicto que plantean las acciones *liberae in causa*. No nos parece, en cambio, muy oportuno el conservar la distinción entre cooperador necesario y cómplice secundario (39), de indudable ascendencia española, porque de nuevo aquí falta un criterio claro de distinción, produciéndose en la práctica, objetivo primario de un código, más confusiones de las que son tolerables. Es afortunada, por el contrario, la corrección introducida en la fórmula de la instigación. Decía el Código de 1922, lo mismo que el español, en su artículo 45: «los que hubieren determinado *directamente* a otro a cometerlo» (el delito), con lo que quedaba excluida la inducción «en cadena», que ahora podrá castigarse sin violentar la letra de la ley, porque se ha eliminado el adverbio «directamente» para sustituirlo por la palabra «intencionalmente», que sin mengua de la precisión da a la instigación el alcance que debe tener.

c') *Las sanciones.*

El *Anteproyecto* hace en materia de sanciones una capital innovación. Frente al Código vigente, que sólo reconoce la existencia de penas, se introducen las «medidas de seguridad». Para Soler la innovación es una consecuencia de las ideas y «principios que inspiran el Proyecto en materia de responsabilidad» (40).

a'') *Las penas.*

Según la *Exposición de Motivos* «la característica principal de la pena» consiste «en la necesidad de que ella guarde una cierta proporción preestablecida y constante con la gravedad objetiva del hecho, la cual depende, en primer lugar, de una jerarquía de valores y especialmente del puesto que en ésta ocupa el bien jurídico atacado por el delito» (41). «Una pena civilizada..., debe ser, ante todo, una advertencia». «Es un error grave, sin embargo, el de creer que la función de la pena consiste en suprimir el delito, pues tal idea conduce a un perpetuo aumento de las escalas penales, al verificarse que, no obstante la gravedad alcanzada por algunas de ellas, los hombres siguen delinquiendo» (42).

El Proyecto establece cinco penas, tres principales y dos acce-

El artículo 84 contiene las medidas de seguridad a tomar con los inimputables.

(38) *Proyecto*, art. 24 («Inimputabilidad»): «No es punible el que no haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones debido a insuficiencia de sus facultades, alteración morbosa, aunque sea transitoria, de las mismas o a una grave perturbación de la conciencia.»

(39) *Proyecto*, arts. 27 y 29.

(40) *Exposición de Motivos*, pág. 17, núm. 46.

(41) *Exposición de Motivos*, pág. 17, núm. 47.

(42) *Exposición de Motivos*, pág. 18, núm. 50.

sorias (art. 33). Las principales son: reclusión, prisión y multa. Las accesorias son: inhabilitación absoluta e inhabilitación especial.

El fin de la pena privativa de libertad parece ponerlo el Proyecto en la educación (43). En este punto, sin embargo, tal posición es un tanto ingenua, puesto que el estado actual de la Criminología permite dar hoy por indiscutible que hay una serie de delinquentes que no precisan de tal educación, carcelaria y otros que no son influenciados por ella (44). El centrar el fin de la pena en la «educación» del penado representa hoy tanto como trazarse un falso horizonte de perspectivas en el que se agotan muchos loables esfuerzos susceptibles de un mayor rendimiento con una concepción más realista de las posibilidades que la pena jurídica ofrece a la acción penitenciaria.

Es, en cambio, muy digna de encomio la adopción del sistema sueco de los días multa. El importe del día de multa se determina en el Proyecto «prudencialmente por el Tribunal tomando en cuenta la situación económica del condenado, sin sobrepasar el monto de la entrada media diaria del mismo» (art. 59).

Nos parece grandemente equivocado, por el contrario, el colocar las «consecuencias civiles del delito» en el título que se ocupa de las penas. La naturaleza civil y no penal de la reparación del daño causado por el delito no se discute hoy. Lo único que pudiera justificar el sistema seguido por el Proyecto es que se trae a este lugar el decomiso de los efectos e instrumentos del delito (art. 67), pero si se considera como pena debió ser mencionado como tal entre las que se citan en el artículo 33, y si no lo es tendría más adecuado lugar entre las «medidas de seguridad».

La medida de la pena se regula por principios simples en el artículo 73. El Tribunal tiene arbitrio para moverse con libertad dentro de los límites señalados por la ley para el delito de que se trate teniendo en cuenta «la gravedad relativa del hecho cometido» y «la personalidad del autor». Para lo primero se han de tener presentes la naturaleza de la acción, los medios empleados, la importancia de los deberes transgredidos y la extensión del daño o peligro. Para apreciar la personalidad «se atenderá principalmente a la perversidad y peligrosidad reveladas en la comisión del hecho», con especial consideración de móviles y fines, edad, educación y costumbres precedentes, y conducta anterior y posterior al hecho mismo.

La reincidencia, a la que se consagra una particular atención, se admite sólo en los delitos dolosos—no está claro por qué no en

(43) Proyecto, art. 34 («Modo de ejecución»): «Las penas de reclusión y prisión deben ser ejecutadas de manera que ejerzan sobre el condenado una acción educadora, preparándolo gradualmente para la vuelta a la vida libre.»

(44) Véase SEELIG, *Tratado de Criminología*, traducción española, Madrid, 1958, pág. 469.

los culposos—, se tiene en cuenta para ella la condena dictada en el extranjero si es por delito por el que se concedería la extradición, sin que puedan computarse los delitos militares, políticos o amnistiados, ni las condenas anteriores cuando hayan transcurrido cinco años desde la extinción de la pena (art. 77). Aunque el sistema es más suave que el nuestro, cuya rigidez y mecanicismo es notorio, no se consideran suficientemente, a nuestro juicio, los modernos aportes de la Criminología que hacen obligado el revisar las fórmulas legales tradicionales.

Bajo el rubro de «concurso de delitos» se trata también con acierto del concurso de leyes (art. 82) con el nombre de «concurso aparente». Una norma legal soluciona el problema, que nosotros tenemos pendiente, de las penas por distintos delitos impuestas en procedimientos separados: el juez que haya impuesto la pena mayor fijará la pena única.

b'') *Medidas de seguridad.*

Antes de relatar brevemente las disposiciones del Anteproyecto sobre las llamadas medidas de seguridad no parece inoportuno llamar la atención respecto a la denominación. Hoy domina la razonable idea de que el nombre de medidas de seguridad no es adecuado para representar el denominador común de las diferentes medidas que bajo él se comprenden y que, como se reconoce en la *Exposición de Motivos* son o pueden ser de índole no sólo aseguradora sino curativa o educadora. Las medidas son esencialmente cuatro: internamiento de los inimputables, alcohólicos y toxicómanos, tratamiento especial de los semiimputables no peligrosos, internamiento de los semiimputables peligrosos y reclusión por tiempo indeterminado de delinquentes habituales o por tendencia.

En cuanto a los principios a que responden, la *Exposición de Motivos* se pronuncia explícitamente (45). No hay principios comunes a todas ellas (46). «No es posible decir por ejemplo, que todas son incompatibles con la pena ni que todas son vicariantes con ella. La internación de los alienados presupone la incapacidad penal y, por eso, la medida es totalmente excluyente de toda idea de reproche o de retribución. La reclusión de habituales, en cambio, posee un carácter estrictamente penal: su diferencia consiste en que parte de una pena objetivamente agravada como mínimo o base de una medida indeterminada. La proporción objetiva, aunque agravada, se guarda inclusive en este caso; pero el monto alcanzado por esa vía no constituye un límite, ya que son manifiestas en tales casos las exigencias de seguridad. Pues bien, en cuanto esta medida es indeterminada, se aparta del concepto de pena y

(45) *Exposición de Motivos*, págs. 17 y sigs.

(46) *Exposición de Motivos*, pág. 18 y sig.

se tiñe de los caracteres propios de una medida de seguridad.» En cuanto a los sujetos de imputabilidad disminuída la razón está en que «esa deficiencia puede en alguno—no necesariamente en todos—constituir la base de una peligrosidad que va más allá del valor objetivo del hecho cometido» y entonces la pena atenuada «no constituye sino el mínimo de la medida de seguridad, cuya determinación temporal deberá ser hecha a posteriori. Y toda vez que en este punto nos movemos entre una pena privativa de libertad y una internación con fines terapéuticos y asegurativos. Aquí es donde se ve operar en máximo grado la idea de la no incompatibilidad de ambas medidas *en cuanto a su ejecución*. Este es el plano en el cual la pena y la medida de seguridad, manteniendo ambas su carácter específico, resultan en la ejecución perfectamente vicariantes: si un semiimputable no se muestra peligroso pero su defecto es corregible por procedimientos terapéuticos, su pena puede cumplirse en establecimiento o sección especial. Inversamente, si no se hace necesario tratamiento especial alguno, la medida puede cumplirse en establecimiento penitenciario». Perdónese lo extenso de la cita en gracia a que hemos llegado a la parte más importante del proyecto, a la que más profundas innovaciones supone en el Código vigente.

Como acabamos de ver, la palabra peligrosidad no aparece en el fundamento de la introducción de las llamadas «medidas de seguridad» sino al hablar de los inimputables. La idea diferencial se busca por el autor del Proyecto no en el fundamento de la medida sino en la medida misma. Si la sanción es proporcionada a la gravedad objetiva del hecho, entonces tenemos la pena; si es indeterminada, entonces se trata de una medida de seguridad. De otra parte, como queda dicho, la peligrosidad se ha de tener en cuenta para la medida de la pena (47). Pudiera pensarse que el fundamento de la pena es la culpabilidad y el de la medida la peligrosidad. No ocurre así desde el momento que la peligrosidad desempeña un papel en la medida de la pena (47). Sin embargo, al hablar de los habituales emplea una frase que quizá encierre la clave del pensamiento del autor en esta *vexata quaestio*: «son manifiestas en tales casos las exigencias de seguridad». La medida de seguridad vendría determinada así por «exigencias de seguridad», por una defensa social. Corroborá hasta cierto punto esto lo que se dice en el Proyecto a propósito de la defensa social (48). No deja, sin embargo, de ser la fundamentación del sistema dualista una de las más confusas de la *Exposición de Motivos*. Quizá porque culpabilidad y peligrosidad son dos conceptos que no pueden aislarse como de ordinario se hace, ni tampoco cabe contraponer tajantemente la defensa social y la retribución. Quizá porque estemos en la hora en que se pone más de relieve que los con-

(47) Proyecto, art. 73, antes aludido en el texto.

(48) *Exposición de Motivos*, pág. 12, núm. 30.

ceptos jurídico-penales son complejos, sumamente complejos, y que se resisten a toda simplificación unilateral demandando una revisión más profunda de la que han hecho los brillantes estudios dogmáticos a que vienen siendo sometidos.

Es notable la prudencia con que se regulan en el Proyecto las medidas, empleando una técnica legislativa digna de encomio. No nos encontramos aquí, como en el Código Rocco o en el Proyecto alemán de 1958, una normación prolija y minuciosa, más propia de un reglamento que de una ley. El Proyecto consagra a la materia los artículos 84 a 92, donde con una conveniente sobriedad establece los presupuestos básicos de aplicación y ejecución de las medidas. Es de notar que en el artículo 90 se desliza un concepto que no aparece hasta ahora en el articulado, el de *reiteración*. La reiteración existe «cuando los delitos juzgados en una o en varias condenas sean cinco por lo menos, y la escala penal correspondiente a dos de ellos tenga un máximo superior a tres años de prisión». Para la reiteración no se toman en cuenta los hechos cometidos con más de cinco años de antelación (sin computar el tiempo de cumplimiento de una pena privativa de libertad o de duración de un período de prueba), ni los realizados antes de cumplir los dieciocho años de edad. De nuevo se emplea aquí un criterio mecanicista, sin consideración a los progresos de la Criminología que pueden ofrecer hoy puntos de apoyo más justos.

d') *La acción.*

La regulación del Proyecto es más detallada y en conjunto más acertada que la vigente. Particular interés tiene la ampliación del número de delitos perseguibles a «instancia privada». Actualmente son (art. 72): violación, estupro, raptó y ultrajes al pudor (48). En el Proyecto (art. 95): violación, estupro, raptó, contagio venéreo, abusos deshonestos, lesiones leves, agresión (49), incumplimiento del «deber alimentario», amenazas del artículo 192 y violación de domicilio del artículo 203. La tendencia a oficializar todos los delitos responde a tendencias moralizantes fuera de lugar en un Código penal.

La Parte especial.

Numerosísimas son aquí las innovaciones e imposible detenerse en cada una de ellas dados los límites de este trabajo, cuyo principal objeto es llamar la atención sobre el meritorio Proyecto de Soler. Daremos, como en la Parte general, el sistema y luego mencionaremos algunas de las novedades más salientes dentro de cada uno de los grandes grupos de delitos.

(49) En los delitos de lesiones y agresión con armas puede procederse de oficio «por razones de seguridad e interés público» (arts. 128 y 139).

a) *El sistema.*

Código penal de 1922 (50).

- I. Delitos contra las personas.
 - 1. Delitos contra la vida.
 - 2. Lesiones.
 - 3. Homicidio o lesiones en riña.
 - 4. Duelo.
 - 5. Abuso de armas.
 - 6. Abandono de personas.
- II. Delitos contra el honor.
- III. Delitos contra la honestedad.
 - 1. Adulterio.
 - 2. Violación y estupro.
 - 3. Corrupción y ultrajes al pudor.
 - 4. Rapto.
 - 5. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores.
- IV. Delitos contra el estado civil.
 - 1. Matrimonios ilegales.
 - 2. Supresión y suposición del estado civil.
- V. Delitos contra la libertad.
 - 1. Delitos contra la libertad individual.
 - 2. Violación de domicilio.
 - 3. Violación de secretos.
 - 4. Delitos contra la libertad de trabajo y asociación.
 - 5. Delitos contra la libertad de reunión.
 - 6. Delitos contra la libertad de la prensa.
- VI. Delitos contra la propiedad.
 - 1. Hurto.
 - 2. Robo.
 - 3. Extorsión.

Anteproyecto.

- I. Delitos contra la vida.
 - 1. Homicidio.
 - 2. Aborto.
 - 3. Lesiones.
 - 4. Duelo.
 - 5. Riña y agresión.
 - 6. Exposición de personas a peligro.
- II. Delitos contra el honor.
- III. Delitos contra la honestedad.
 - 1. Violación, estupro y abuso deshonesto.
 - 2. Rapto.
 - 3. Corrupción, proxenetismo y rufianería.
 - 4. Ultraje al pudor público.
- IV. Delitos contra la familia.
 - 1. Matrimonios ilegales.
 - 2. Atentados contra el estado civil.
 - 3. Sustracción de menores.
 - 4. Incumplimiento de deberes alimentarios.
- V. Delitos contra la libertad.
 - 1. Delitos contra la libertad individual.
 - 2. Delitos contra la libertad de determinación.
 - 3. Delitos contra la libertad de reunión y de prensa.
- VI. Delitos contra el ámbito de intimidad.
 - 1. Violación de secretos.
 - 2. Violación de domicilio.

(50) Los números romanos indican el título; los arábigos, el capítulo.

4. Estafas y otras defraudaciones.
 5. Quebrados y otros deudores punibles.
 6. Usurpación.
 7. Daños.
 8. Disposiciones generales.
- VII. Delitos contra la seguridad pública.
1. Incendios y otros estragos.
 2. Delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación.
 3. Piratería.
 4. Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas.
- VIII. Delitos contra el orden público.
1. Instigación a cometer delitos.
 2. Asociación ilícita.
 3. Intimidación pública.
 4. Apología del crimen.
- IX. Delitos contra la seguridad de la Nación.
1. Traición.
 2. Delitos que comprometen la paz o la dignidad de la Nación.
- X. Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional.
1. Rebelión.
 2. Sedición.
 3. Disposiciones comunes a los capítulos precedentes.
- XI. Delitos contra la administración pública.
3. Turbación de actos religiosos y de la paz de los difuntos.
- VII. Delitos contra la propiedad.
1. Hurto.
 2. Robo.
 3. Extorsiones.
 4. Estafa y otras defraudaciones.
 5. Administración fraudulenta y apropiaciones indebidas.
 6. Usurpaciones.
 7. Daños.
 8. Disposición general.
- VIII. Delitos contra la buena fe en los negocios.
1. Quiebra.
 2. Usura y agiotaje.
 3. Delitos contra la confianza pública.
- IX. Delitos contra la seguridad común.
1. Incendio y otros estragos.
 2. Delitos contra los medios de transporte y de comunicación.
 3. Piratería.
 4. Delitos contra la seguridad pública.
- X. Delitos contra la tranquilidad pública.
- XI. Delitos contra la seguridad de la Nación.

1. Atentado y resistencia contra la autoridad.
 2. Desacato.
 3. Usurpación de autoridad, títulos y honores.
 4. Abusos de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos.
 5. Violación de sellos y documentos.
 6. Cohecho.
 7. Mauversación de caudales públicos.
 8. Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas.
 9. Exacciones ilegales.
 10. Prevaricato.
 11. Denegación y retardo de justicia.
 12. Falso testimonio.
 13. Encubrimiento.
 14. Evasión.
- XII. Delitos contra la fe pública.
1. Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito.
 2. Falsificación de sellos, timbres y marcas.
 3. Falsificación de documentos en general.
 4. Disposiciones comunes a los capítulos precedentes.
 5. De los fraudes al comercio y a la industria.
 6. Del pago de cheques sin provisión de fondos.
- Disposiciones complementarias.
1. Actos de traición.
 2. Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación.
 3. Sabotaje.
- XII. Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional.
1. Atentados políticos.
 2. Disposiciones comunes a los capítulos precedentes.
- XIII. Delitos contra la voluntad popular.
- XIV. Delitos contra la autoridad pública.

- XV. Delitos contra la administración de justicia.
 1. Falso testimonio y soborno de testigo.
 2. Falsas acusaciones.
 3. Encubrimiento.
 4. Evasión y quebrantamiento de pena.
- XVI. Delitos contra los deberes de la función pública.
 1. Abusos de autoridad.
 2. Corrupción de funcionarios.
 3. Concusión y exacción.
 4. Prevaricato y patrocinio infiel.
 5. Peculado y malversación.
- XVII. Delitos contra a fe pública.
 1. Falsificación de documentos en general.
 2. Falsificación de moneda y otros valores.
 3. Falsificación de sellos, señas y marcas.

b) *Observaciones generales.*

El *Proyecto* contiene 39 artículos más que el Código penal vigente, distribuidos en diecisiete títulos en lugar de doce. Las novedades son: Tit. IV: Delitos contra la familia, en lugar de delitos contra el estado civil; VI: Delitos contra el ámbito de la intimidad, que recoge parte de los antiguos delitos contra la libertad; VIII: Delitos contra la buena fe en los negocios, que atrae parte del contenido del antiguo título de delitos contra la propiedad; IX: Delitos contra la seguridad común, en lugar de seguridad «pública»; X: Delitos contra la tranquilidad pública; XIII: Delitos contra la voluntad popular; XIV: Delitos contra la autoridad pública; XV: Delitos contra la administración de justicia; XVII: Delitos contra los deberes de los funcionarios, que recoge parte de los delitos contra la administración pública.

c) *Delitos contra la vida.*

En este título destacan varias modificaciones de sobresaliente importancia. Señalemos en primer lugar la mejor sistematización (característica general del *Proyecto*). Se tiene en cuenta la *Con-*

ención sobre el genocidio, suscrita por la Argentina (51). Se introduce el homicidio por piedad. Limita el privilegio, en el infanticidio, a la madre (53). Trae a este lugar el delito de contagio venéreo (54). Declara impunes las lesiones producidas con el consentimiento del lesionado «cuando la acción tiene por fin beneficiar la salud de los demás» (55). El que ahora es capítulo VI, «Abandono de personas» pasa a rubricarse «Exposición de personas a peligro» (56), incluyendo aquí el hecho de dejar sin auxilio a la víctima de un accidente de tráfico por parte del que tuvo intervención en él (57).

c) *Delitos contra el honor.*

El Código vigente, en sus artículos 109 y 110, estructura estos delitos de manera análoga al Código español. El *Proyecto* introduce sustanciales modificaciones. Aparece una nueva figura: la di-

(51) La fórmula adoptada por el *Proyecto* ha sido considerar como «homicidio calificado» el cometido «por odio racial o religiosa...» (art. 111, número 4.º). Las razones técnicas se dan en la *Exposición de Motivos*, pág. 19 y sig.: «Los perfiles de este delito son considerablemente borrosos en más de un aspecto, y son conocidos los peligros que comportan en derecho penal esa clase de vaguedades frente al principio *nullum crimen sine lege*. Por eso preferimos fijar con la mayor exactitud posible la consecuencia legislativa de la citada convención (sobre el genocidio): el odio racial constituye una circunstancia agravante de calificación para el homicidio, las lesiones y la agresión. Este es un aspecto que nos parece claro. Por lo que hace a los propósitos de exterminación de muchas personas, parece que las previsiones sobre concurso de delitos y sobre seguridad son suficientes. Diez homicidios no constituyen una figura distinta de la de un homicidio, por el solo hecho de ser diez.»

(52) *Proyecto*, art. 112 (Infanticidio): «Se impondrá prisión de uno a cinco años a la madre que para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o poco tiempo después». En el Código vigente el máximo es de tres años de reclusión.

(53) *Proyecto*, art. 119 («Aborto por causa de horror»): «Si el aborto hubiera sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será la prisión hasta dos años. Si ocurriera la muerte de la mujer, la pena será de uno a cuatro años de prisión.»

(54) *Proyecto*, art. 129 («Contagio venéreo»): «El que sabiéndose atacado de enfermedad venérea, ejecutare otros actos que importen peligro de contagio, será reprimido con prisión hasta un año o multa hasta sesenta días. Si el contagio ocurriere, la pena será de prisión de uno a cuatro años. Este hecho sólo será perseguible a instancia privada.»

(55) *Proyecto*, art. 130.

(56) Comprende: Exposición y abandono de personas (art. 141), abandono por causa de honor (art. 142) y omisión de auxilio (art. 143).

(57) *Proyecto*, art. 141: «El que pusiere en peligro la vida o la salud de alguien, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado...» Insiste SOLER en que este delito es distinto del de «fuga del lugar del accidente» que él incluye entre los delitos de «evasión y quebrantamiento de pena» (*Proyecto*, art. 331).

mación (58), definiendo la injuria y la calumnia, por este orden, sobre distintas bases que el Código vigente (59). Crea el delito de ofensa a la memoria de un difunto (60).

d) *Delitos contra la honestidad.*

El adulterio deja de ser delito (61). El abuso deshonesto se lleva al capítulo de la violación y estupro. Traza la diferencia entre corrupción y proxenitismo. Castiga la rufianería (62) y la trata de mujeres y menores (63).

e) *Delitos contra el ámbito de la intimidad.*

La formación de este título se basa en considerar que la intimidad es un bien jurídico que modernamente ha encontrado cada vez más amplio reconocimiento (64). A juicio de Soler su protección a través de «su vinculación con la libertad, según lo hace el Código y con él la mayoría de las legislaciones, resulta algo rebuscada», arrojando sobre todo mayor luz sobre algunos elementos especiales de los delitos relativos a la turbación de actos de culto y contra la paz de los difuntos. Consolida el delito recogido ya en la ley 750, de captación indebida de comunicaciones (65).

f) *Delitos contra la propiedad.*

Mantiene el título: delitos contra la *propiedad*, en contra de las tendencias modernas a sustituir esta expresión por la de delitos con-

(58) *Proyecto*, art. 145.

(59) Distingue entre injuria (*Proyecto*, art. 144) y difamación (*Proyecto*, art. 145), según que la ofensa se dirija directamente a la víctima o se verifique ante terceros. La «calumnia y difamación calumniosa» consiste, según el *Proyecto*, art. 146, en imputar falsamente un «delito doloso o una conducta criminal indeterminada».

(60) *Proyecto*, art. 148. No es explicable por qué el *Proyecto* no extiende el derecho de acusar al heredero, ni por qué se limita a las «expresiones injuriosas o difamatorias».

(61) Conformes con la supresión, no lo estamos con la fundamentación que se da en *Exposición de Motivos*, pág. 21, núm. 58, donde se dice que «para que ese hecho subsista como causa de divorcio, no es necesario incluir en el Código penal una figura totalmente carente de aplicación». Las razones para que subsista o desaparezca una figura de delito creemos que no tienen nada que ver con el uso que de ella se haga en un proceso extrapenal.

(62) *Proyecto*, art. 171. La ausencia de esta infracción, dice, es una deficiencia notoria del Código penal vigente.

(63) *Proyecto*, art. 172.

(64) *Exposición de Motivos*, pág. 8, núm. 11.

(65) *Proyecto*, art. 198 («captación indebida de manifestaciones verbales»): «Será reprimido con prisión hasta seis meses o con multa hasta sesenta días el que grabare las palabras de otros no destinadas al público, sin su consentimiento, o el que mediante procedimientos técnicos escuchare manifestaciones privadas que no le estén dirigidas.»

tra el patrimonio. En la *Exposición de Motivos* (66) se explica con buenas razones esta posición. «El «patrimonio»—se dice en ella—no es un bien jurídico», pues aun cuando se diga que es el conjunto de bienes, «forma un todo jurídico, una universalidad de derecho, que no puede ser dividida sino en partes alicuotas» (Código civil, 2.312, nota), lo cual ocurre porque dentro de él, para fijar su monto, es forzoso contar las deudas. Lo que la ley penal protege no es esa abstracción, sino la propiedad del titular del patrimonio sobre todos y cada uno de los bienes que lo integran.»

Sigue el sistema típicamente español de distinguir robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación en las personas (67) aumentando el número de hurtos agravados.

Se esfuerza en separar, mediante distinto *nomen iuris*, la estafa propia de la impropia, a la que denomina *estellionato* (68).

g) *Delitos contra la buena fe en los negocios.*

En el Código vigente figura entre los delitos contra la fe pública y en ellos como «fraudes al comercio y a la industria» el hacer alzar o bajar el precio de las mercaderías, fondos públicos o valores, por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género con el fin de no venderla sino a un precio determinado» (art. 300, núm. 1.º). Este precepto y las dificultades suscitadas por la ley contra los monopolios, núm. 12.906, se obvian, con una muy interesante fundamentación, en la fórmula que da el artículo 235 del *Proyecto* al delito de agiotaje (69). Ofrece también motivos de estima la concepción que preside el capítulo 3, donde se agrupan el ofrecimiento fraudulento de efectos, la publicación y autorización de balances falsos, la autorización de actos indebidos, la competencia desleal y el libramiento de cheques sin provisión de fondos.

h) *Delitos contra la seguridad común.*

El cambio de los términos «seguridad pública» por los de «seguridad común» se justifica porque aquella expresión «es equívoca,

(66) *Exposición de Motivos*, pág. 8, núm. 12.

(67) *Proyecto*, art. 210. Es de notar que no se menciona ningún elemento subjetivo del injusto, como lo es el ánimo de lucro en nuestro derecho, bastando el apoderamiento ilegítimo de la cosa mueble «total o parcialmente ajena».

(68) *Proyecto*, art. 215.

(69) *Proyecto*, art. 235 («agiotajes»): «Será reprimido con prisión de seis meses a tres años y con multa no menor de treinta días el que, con el propósito de alcanzar un lucro inmoderado para sí o para un tercero, tratara de hacer alzar o bajar el precio de mercaderías, valores o tarifas mediante negociaciones fingidas, noticias falsas, acaparamiento, destrucción de productos o convenios con otros productores, tenedores o empresarios. La pena de prisión se elevará un tercio si se lograra la alteración de los

ya que propiamente se trata aquí de la seguridad general de la gente», añadiendo que, «por otra parte, es tradicional y correcta la designación de estos delitos como de peligro común» (70). Partiendo de esta base no es fácil de explicar por qué se mantiene la denominación de delitos contra «la seguridad pública» en el capítulo 4 de este título, a no ser que se trate de una errata y que se haya querido decir, como parece por el contenido, delitos contra «la salud pública».

i) *Delitos contra la tranquilidad pública.*

Sustituye la expresión «orden público» que usa el Código vigente por la de tranquilidad pública. Porque, «en derecho, esa expresión posee un sentido técnico que no tiene nada que ver con el bien jurídico que se protege en esta parte del Código, en la cual la palabra «orden» está empleada en el sentido externo de paz y tranquilidad social» (71).

j) *Delitos contra la voluntad popular.*

No hay razón alguna, se dice en la *Exposición de Motivos* (72), «para que las infracciones básicas de esta materia no se encuentren en el Código penal... Los fraudes electorales no solamente son delitos cuyo lugar está en el Código, sino que deben ser objeto de represión severa... si la idea de democracia representativa debe dejar de ser una ficción».

k) *Delitos contra la administración de justicia.*

Los novedades son: denuncia y querrela calumniosas, calumnia real, simulación de delito, autocalumnia, quebrantamiento de inhabilitación y fuga del lugar del accidente. Es de notar que se incluyen en este título el favorecimiento y la receptación bajo el común denominador de encubrimiento, a pesar de que se reconoce que en la receptación «es evidente la prevalencia del interés en proteger la propiedad» (73).

l) *Delitos contra los deberes de la función pública.*

Muy notables son las reformas que aquí se proponen. Nos limitaremos, sin embargo, a subrayar la sanción—a nuestro juicio acertada en la fórmula y en la fundamentación—del enriquecimiento ilícito de los funcionarios (74) bajo cuyo concepto se castiga la in-

precios y el doble si en tal caso se tratare de artículos alimenticios de primera necesidad.

(70) *Exposición de Motivos*, pág. 9, núm. 14.

(71) *Exposición de Motivos*, pág. 9, núm. 15.

(72) *Exposición de Motivos*, pág. 24, núm. 71.

(73) *Proyecto*, art. 323.

(74) *Proyecto*, art. 346. Aquí se castiga no sólo el cohecho y el apro-

terposición de influencia y la utilización de conocimientos oficiales en beneficio privado; pero, además, y éste es el más singular acierto, el no justificar, «al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio posterior a la asunción de un cargo público», porque se dice en la fundamentación del artículo 346 en cuestión, «la sola circunstancia del cambio no aclarado de fortuna de los funcionarios públicos constituye en sí misma un grave mal ejemplo de una república, porque la gente, guiada por puro sentido común, sospecha de la coincidencia temporal entre el enriquecimiento y el desempeño de una función, especialmente si el hecho pasa en silencio, sin explicación alguna».

11) *Delitos contra la fe pública.*

Es más acertada la sistematización que sigue el *Proyecto* que la del Código vigente. Lo más destacado es, sin duda, la ampliación en los delitos de falsificación de moneda, equiparando la moneda extranjera a la nacional. Se consideran equiparados a la moneda una serie de documentos oficiales «dotados de una circulación semejante a la moneda o negociables en la Bolsa» (75).

Conclusiones críticas.

El *Proyecto* del doctor Soler es merecedor de todo encomio. Es una muestra de la madurez del estudio de la ciencia del Derecho penal en la nación argentina. El estilo es correcto. Las fórmulas, sobrias y comprensivas. La reelaboración sistemática grande, cualesquiera que sean las discrepancias que puedan separarnos de este aspecto de su trabajo, cuyo mérito no cabe desconocer. El enlace entre la tradición legislativa de su país y las concepciones modernas se verifica sin fisuras ni violencias. Me complazco en felicitar al maestro y colega argentino, rogándole que me permita enorgullecerme de que en la estirpe hispánica haya un penalista que haya sido capaz de abordar la difícilísima tarea de proyectar un Código penal y llevarla a buen término, de modo congruente con sus propósitos, sin alterar con confusos extranjerismos los perfiles de su cultura jurídica penal ni renunciar tampoco a la utilización de los progresos de la ciencia penal en los últimos decenios. Sólo sentimos que no haya sido objeto de mayor relieve la común herencia jurídica que es el patrimonio de Iberoamérica, pero en esto la culpabilidad recae un poco sobre todos y no sólo sobre el *Proyecto*, cuya bondad no queda empañada por ello.

vechase con fines de lucro de los conocimientos que le «depara su cargo, sino también el no justificar «el ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio, posterior a la asunción de un cargo público»

(75) *Proyecto*, art. 369.