

## EL DERECHO Y LA MODERNIZACION CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO PENAL

Por

ROBERTO A. M. TERÁN LOMAS

1. El problema de la modernización ante el Derecho. Derecho y cambio social. Estabilidad y transformación.
2. El Derecho Penal. Los principios fundamentales. El delito como ente jurídico. El Código Penal, su aplicación y la lucha contra la delincuencia. Penas y medidas de seguridad; los establecimientos adecuados. Cómo se manifiesta la modernización. La llamada imputabilidad disminuida. El Derecho Penal Económico. ¿Legislación temporaria o definitiva? Necesidad de su estructuración orgánica en el Código Penal.

1. La humanidad actual vive una época de transformaciones, que si bien se iniciara con el progreso técnico y científico del siglo XIX y comienzos del siglo XX, ha acelerado la velocidad de su marcha desde aquel día de 1945 en que se detonara la primera bomba atómica. Esto ha movido a Georges Ripert a decir que actualmente las eras se cuentan por veinte años y que ya no llevan nombres de personajes históricos. Es así que enuncia las eras del vapor, de la electricidad, del motor a explosión, de la energía atómica<sup>1</sup>. Estas palabras fueron escritas en 1955, y, justamente, si aplicásemos el mismo criterio cronológico, nos hallaríamos actualmente en la era de la exploración espacial.

A través de todo este despliegue científico y técnico, se plantea el problema de la modernización, como aspiración fundamental del

<sup>1</sup> RIPERT, Georges, *“Les forces créatrices du Droit”*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, p. 34 y también la exposición de ps. 31 y sig.

hombre de nuestro tiempo. Al producirse cambios materiales de tanta consideración como los enunciados, las comunicaciones se facilitan, la interacción de las diversas comunidades simplifica en forma asombrosa, y la sociedad ingresa en un período de desasosiego y cambio. Ello incide en el Derecho, que debe responder al cambio si ha de cumplir su función como instrumento fundamental del orden social, como ha expresado Wolfgang Friedmann<sup>2</sup>. El derecho, cuyo término es la paz, y la lucha el medio para alcanzarla<sup>3</sup>, se transforma constantemente, al decir de Couture<sup>4</sup>. Friedmann señala la variedad de interacciones entre la evolución social y el cambio jurídico; el estímulo puede provenir de una variedad de fuentes.

Puede tratarse de la presión que aumenta paulatinamente, derivada del abismo cada vez más profundizado entre los hechos de la vida y el Derecho, a los cuales este último debe eventualmente dar respuesta; puede presentarse la repentina e imperiosa demanda de una emergencia nacional, para una redistribución de los recursos naturales o un nuevo standard de justicia social; puede existir una iniciativa previsoramente de un pequeño grupo de individuos, que moldee lentamente la opinión oficial hasta que el tiempo de las decisiones esté maduro; puede existir una injusticia o una contradicción técnica de la ley que requiera corrección; puede un nuevo desarrollo científico exigir nuevas formas probatorias, como la prueba sanguínea de la filiación<sup>5</sup>.

Ante este problema, un jurista de la sensibilidad de Georges Ripert, ha dicho sabiamente: "Sería paradójico decir que nuestro derecho no ha cambiado y vano declarar que no debiera cambiar; pero se puede afirmar que su estabilidad es necesaria y que su transformación no es fatal"<sup>6</sup>. Distingue netamente el cambio o la reforma de la destrucción: es así que advierte contra la voluntad de cambio aliada con la destrucción, "aunque no sea necesario cambiar y sea peligroso des-

<sup>2</sup> FRIEDMANN, Wolfgang, "*Law in a changing society*", Harmondsworth, Middlesex, ed. Pelican, 1964, p. 10.

<sup>3</sup> IHRING, Rudolf von, "*La lucha por el Derecho*", trad. Adolfo Posada, Bs. As., Araujo, 1939, ps. 51/52.

<sup>4</sup> COUTURE, Eduardo J., "*Los mandamientos del abogado*", Bs. As., Depalma, 1951, p. 23.

<sup>5</sup> FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 34.

<sup>6</sup> RIPERT, *op. cit.*, Prólogo, p. VI.

truir”<sup>7</sup>. No debe despreciarse el pasado: “Que cada generación no pretenda efectuar la obra total. Debe tener la modestia de continuar lo que se haya hecho antes, ... con el sentimiento que toda mejora supone una conservación”<sup>8</sup>. A la luz de las posiciones expuestas, aparentemente antitéticas, ¿cómo debe responder el Derecho ante el problema de la modernización? La respuesta no es sencilla, y no puede ser formulada en términos absolutos, ya que se trata de un problema que ofrece dos facetas diferentes. En primer lugar, existen principios fundamentales, fijados por ejemplo, en el ámbito del Derecho Civil, por el Derecho Romano, y en el Derecho Penal, por filósofos y penalistas a través de los siglos XVII a XIX<sup>9</sup>. En segundo lugar, debe evaluarse la actitud mental de quienes deben aplicar tales principios y procurar en su caso su desarrollo, adaptándolos a las cambiantes circunstancias de la humanidad.

A la luz de lo expresado, considérese el concepto de Justicia. La modernización implica nada menos y nada más que llenar con mayor perfección el principio. Ha dicho Ripert que el Derecho progresa en la medida que realiza más perfectamente su objeto; debe asegurar en la sociedad humana, un orden considerado como justo; progresa, si se perfecciona y deviene más justo. “El verdadero progreso del Derecho consiste en normar la organización de la sociedad de tal manera que cada hombre pueda vivir y obrar con seguridad, obligado a reconocer lo que debe a los otros, pero pudiendo asimismo exigir el cumplimiento de lo que se le debe”<sup>10</sup>.

Es así que ante un principio de validez universal, la jurisprudencia le acuerda su sentido actual, cuando resuelve, como en estos días lo hizo la Corte Suprema de Justicia Nacional, admitir la incidencia de la desvalorización de la moneda en una causa por daños y perjuicios. Es razonable admitir, dice el alto Tribunal, el derecho a peticionar que

<sup>7</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 5.

<sup>8</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 24.

<sup>9</sup> Véase de TERÁN LOMAS, Roberto A. M., los trabajos intitulados: “El pensamiento penal de Hobbes”, “Beccaria y los conceptos fundamentales del Derecho Penal” y “Actualidad del pensamiento de Carrara”, en el volumen *La teoría del autor en la sistemática del Derecho Penal y otros ensayos*, Bs. As., Maues, 1964.

<sup>10</sup> RIPERT, *op. cit.*, ps. 66/67.

la sentencia tenga en cuenta los valores al tiempo de dictarse el fallo<sup>11</sup>. Dar al reclamante el importe numérico a la fecha de la demanda, no es darle lo suyo, dado que esta misma cifra, al momento del fallo definitivo, importa un valor real sensiblemente inferior. Dar al reclamante lo suyo, hacer justicia, es darle el valor actual a sú derecho, equivalente al de su petición al demandar. Se trata —diría Ripert— de restablecer una situación desequilibrada<sup>12</sup>.

Considérese el derecho de propiedad. Su ámbito se ha ampliado gradualmente —la propiedad intelectual e industrial, los derechos sobre bienes inmateriales—, mientras que los principios que gobiernan el poder y el uso de la propiedad se han modificado profundamente bajo el impacto de nuevas leyes sociales<sup>13</sup>. Pero todo esto no significa otra cosa que el reconocimiento de este derecho, al extender por una parte su ámbito —la propiedad es tal, sea sobre un viejo taller o sobre una moderna usina<sup>14</sup>—, y por la otra, al reglamentar y limitar la propiedad, cuyo significado, en el claro pensamiento de Ripert, no es otro que el reconocimiento de su existencia y su necesidad y su salvación al impedir su abuso<sup>15</sup>.

El contrato, a su vez, ha evolucionado hacia los contratos-tipos, las convenciones colectivas y el impacto del derecho público por la imposición legal de determinadas cláusulas<sup>16</sup>. Pero esto no significa otra cosa que una evolución del instituto. En su esencia, sea mediante la negociación o la adhesión a formularios-tipo, el contrato se constituye siempre por el acuerdo de voluntades, sea por manifestación directa, por carta, por telegrama o por comunicación telefónica<sup>17</sup>. Además, prohibir contratos o cláusulas contractuales sobre determinados objetos o que se opongan a ciertas reglas legales, es sólo aplicar la disposición general del Código Civil que limita el dominio de las convenciones privadas

<sup>11</sup> Véase la noticia contenida en *La Prensa*, Bs, As, 17-2-1967, sobre este tema, v. GUASTAVINO, Elias P., "El Derecho Civil ante la inflación", *La Ley*, dic. 24, 1964 y sig.

<sup>12</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 29.

<sup>13</sup> FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 11.

<sup>14</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 37.

<sup>15</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 28.

<sup>16</sup> FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 11.

<sup>17</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 37.

<sup>18</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 28. Véase SCHEINFELD, Moisés, "La libertad contractual

mediante el respeto del orden público<sup>18</sup>. Y señala con acierto Ripert: "Las derogaciones temporarias o excepcionales confirman la regla: las revisiones de los contratos después de una crisis económica, la prórroga de las locaciones por la escasez de unidades, la reglamentación de los precios de venta por carencia de mercaderías, no atentan contra el principio de la fuerza obligatoria del contrato, siempre que lo temporario no se perpetúe o lo excepcional no se generalice"<sup>19</sup>.

Es necesaria la sanción de leyes nuevas, pero muchas veces los problemas planteados por nuevas situaciones pueden resolverse mediante la sabia aplicación de las leyes existentes, que ha permitido interpretar progresivamente los respectivos códigos civiles en Francia y la República Argentina, dictados en 1804 y 1869, facilitándoles así adaptarse y aún guiar los hechos; se trata, como dice Ripert, de una forma feliz de conservar el viejo edificio del Derecho, al adaptar las reglas antiguas a las situaciones nuevas. "Lo que asegura la estabilidad del Derecho es la plasticidad de las reglas antiguas que pueden siempre ser extendidas a objetos nuevos"<sup>20</sup>. Es así como el riesgo por las máquinas ha sido encuadrado en la responsabilidad por las cosas inanimadas<sup>21</sup>. Las leyes o los fallos que fijan la responsabilidad por ciertas explotaciones, por los nuevos riesgos industriales o del transporte —ferroviario, automotor o aéreo—, extienden en forma racional y moral el principio de la responsabilidad civil<sup>22</sup>. El gas y la electricidad, ante su sustracción, han sido considerados como cosas materiales<sup>23</sup>.

Es así que pueden conciliarse la estabilidad y la transformación. Téngase presente que la norma no surge meramente del progreso científico, como bien lo dice Ripert: "La comprobación de un hecho no da la solución. En la creación de la norma jurídica, entran en juego las nociones de asistencia, de solidaridad, de seguridad"<sup>24</sup>.

Cabe volver a lo dicho antes. Debe distinguirse entre el principio, que requiere la estabilidad, y su inteligente aplicación, con sentido

ante la Constitución", Bs. As., Depalma, 1966.

<sup>18</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 29.

<sup>19</sup> RIPERT, *op. cit.*, ps. 5, 21, 22, 27 y 39.

<sup>20</sup> RIPERT, *op. cit.*, ps. 29 y 38.

<sup>21</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 29; FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 35.

<sup>22</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 38. Sobre este tema, v. la posición crítica de SOLER, Sc-Bastión, "Derecho Penal Argentino", t. IV, 2ª ed., 1963, ps. 178/179.

<sup>23</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 46.

actual, con conciencia del cambio y de la modernización, como en el aludido ejemplo del recentísimo fallo de la alta Corte argentina.

2. El Derecho Penal integra su teoría general con cuatro principios fundamentales. En primer lugar, el delito es un ente jurídico. Carrara dejó sentado este principio en forma irrefutable. No define al delito como acción, sino como infracción. "En consecuencia, su noción no se deduce del hecho material ni de la prohibición de la ley, aisladamente considerados, sino del conflicto entre éste y aquél"<sup>25</sup>.

Este principio debió ser aceptado por los criminólogos, cuando reconocieron que correspondía a los juristas definir al delito<sup>26</sup>. Y es significativa la forma en la cual Howard Jones, en su obra "El delito es una sociedad en cambio", rechaza la idea del delinuyente nato: "Lo que es delito, después de todo, depende de las leyes que sean sancionadas"<sup>27</sup>.

Corolario del anterior es la insoluble unidad constituida por los principios de legalidad y de reserva la imprescindible predeterminación legal de los delitos y de las penas, y la garantía del ámbito de libertad donde impera el arbitrio humano, consagrados en la Constitución Nacional en los arts. 18 y 19. Sabiamente dijo Carrara: "...No puede existir contradicción entre lo que se hace y una ley que aún no existe"<sup>28</sup>. Reconoce esto Friedmann, al señalar la diferencia entre el derecho privado y el penal: este último establece, en el interés público, una serie de sanciones contra el infractor individual, y afecta así su patrimonio, su libertad, y hasta su vida. "De acuerdo con las escalas de valores generalmente prevalecientes en sistemas jurídicos civilizados:

<sup>25</sup> CARRARA, Francesco, "Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa", trad. de la 11ª ed. italiana por Sebastián Soler, Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez, t. I, Buenos Aires, 1934, 34, p. 48; TERÁN LOMAS, Roberto A. M., "Actualidad del pensamiento de Carrara", en "La teoría del autor...", ps. 46 a 51.

<sup>26</sup> TERÁN LOMAS, "Actualidad del pensamiento de Carrara", en "La teoría del autor...", p. 51. Véase en especial, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Homenaje a Carrara en el Acto de Inauguración del Departamento de Extensión Universitaria", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Cuaderno 1, 1959, p. 35.

<sup>27</sup> JONES, Howar, "Crime in a Changing Society", Harmondsworth, Middlesex, ed. Pelican, 1965, p. 47.

<sup>28</sup> CARRARA, op. cit., t. II, 756, p. 128; TERÁN LOMAS, "Actualidad del pensamiento de Carrara", en "La teoría del autor...", ps. 48/49.

—dice—, esta es materia mucho más seria que el ajuste de pérdidas financieras y la aplicación de sanciones debe ser rodeada de garantías más estrictas contra su extensión en detrimento del individuo”<sup>29</sup>.

En tercer lugar, el autor del delito es sujeto de derecho, calidad que no pierde por su infracción a la ley<sup>30</sup>. Como tal sólo puede ser penado si cobró culpablemente —nulla poena sine culpa—<sup>31</sup>.

Finalmente, la retribución es característica esencial del Derecho Penal. La pena es retribución, no en el sentido de castigo, de sufrimiento físico, sino como privación de bienes jurídicos, por haberse cometido un delito y como consecuencia jurídica de ello<sup>32</sup>.

Cabe considerar estos principios a la luz de la idea de la modernización. El primero —el delito es un ente jurídico— es un enunciado ontológico que no ofrece ninguna contradicción ni obstáculo. El Derecho Penal, se ha dicho, es particularmente sensible a los cambios en la estructura y en el pensamiento sociales<sup>33</sup>. El cambio social planteará la necesidad de incorporar nuevos hechos al catálogo de los delitos, particularmente en el campo económico, pero recién al ser tipificados por el legislador, tales hechos se convertirán en delitos<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 55.

<sup>30</sup> CARRARA, *op. cit.*, I, p. 7 y ps. 393/394; TERÁN LOMAS, “Actualidad del pensamiento de Carrara”, en “La teoría del autor...”, ps. 61/62.

<sup>31</sup> Véase el art. 18 del Proyecto Soler y su nota correspondiente; ed. de la H. Cámara de Diputados de la Nación, 1966, ps. 35/36. Cfr. la advertencia de FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 13: quienes sostienen el principio de “mens rea” (culpabilidad psicológica), no estarán de acuerdo con la consideración de la infracción al bienestar público, objetiva, como un tipo diferente de sanción.

<sup>32</sup> Véase al respecto, CARRARA, “Programa”, I, 584, p. 406; RECASÉNS SICHES, Luis, “Vida humana, sociedad y derecho”, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1945; SOLER, “Derecho Penal Argentino”, t. I, ed. T. E. A., Bs. As., 1963, 3ª ed., ps. 23/25; NÚÑEZ, Ricardo C., “Derecho Penal Argentino”, I, Bs. As., Omeba, 1960, ps. 345/349; MEZGER, Edmundo C., “Derecho penal. Libro de Estudio. Parte General”, trad. Conrado A. Finzi, Bs. As. ed. Bibl. Argentina, 1958, ps. 353/355; MAURACH, Reinhart, “Tratado de Derecho Penal”, I, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, ed. Ariel, 1962, ps. 79/80; TERÁN LOMAS, “Actualidad del pensamiento de Carrara” y “Pena, medida de seguridad y delito”, ps. 62 y 154/158, respectivamente, de “La teoría del autor...”.

<sup>33</sup> FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 143.

<sup>34</sup> RIPPERT, *op. cit.*, p. 29, hace referencia a las leyes que fijan penas por nuevas maniobras consideradas culpables, que extienden en forma racional y moral el principio de la responsabilidad penal. Ricardo C. NÚÑEZ, en “El sentido de la codificación penal”, Cuaderno N° 5 del Instituto de Ciencia Penal y Criminología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Na-

Los principios de legalidad y reserva se yerguen para garantizar la seguridad en las relaciones humanas. La responsabilidad fundada sobre la culpabilidad y la consideración del infractor como persona humana son presupuestos necesarios de todo Derecho Penal de base ética.

La pena entendida como retribución no significa negar sus fines de prevención general y especial, y de reeducación y corrección del culpable<sup>35</sup>. No significa ejecución de tormentos, ni vejámenes al condenado, sino tan sólo que éste, por haber cometido un delito, es retribuido por el Derecho mediante la imposición de una pena, que le priva de bienes jurídicos, por ejemplo, de la libertad.

El Código Penal argentino, sancionado en 1921 y vigente desde 1922, mantiene su estabilidad, sucediéndose los proyectos destinados a sustituirlo, que no se han visto coronados con el éxito. La duración de una norma jurídica —ha dicho Ripert— es el signo de su valor<sup>36</sup>. El autor citado expresa: “El orden en la sociedad humana no se asegura sino por el establecimiento de reglas que imponen a todos una cierta conducta. Cambiar estas reglas a cada instante, es el desorden fatal, y al mismo tiempo lo arbitrario, porque la libertad no podría existir si no se puede conocer por adelantado el valor de los actos y afirmar la rectitud de las acciones”. Afirma Ripert la permanencia —no la inmutabilidad— del Derecho. En cuanto al Derecho Penal, “las normas jurídicas deben reglar las consecuencias de los actos declarados ilícitos, prohibirlos y reprimirlos”<sup>37</sup>.

¿Cómo ha de plantearse el problema de la modernización en el Derecho Penal? Constituye un lugar común, que diariamente se lee en la prensa periódica o se escucha en el comentario público, que las leyes penales han fracasado en la lucha contra la delincuencia. Se repite

cional del Litoral, Santa Fe, 1959, ps. 22/23, propugna la necesidad de nuevas regulaciones punitivas contra el bandolerismo y las nuevas formas de delincuencia de tipo económico.

<sup>35</sup> En general, consúltese la bibliografía citada en la nota 32; también, FRIEDMANN, *op. cit.*, ps. 151 y sig.

<sup>36</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 21.

<sup>37</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 27.

así la antigua inventiva formulada por Ferri contra lo que él llamara "escuela clásica" y los códigos que siguieron su inspiración<sup>38</sup>.

Por una parte se puntualiza cómo el cambio social —particularmente a través de la urbanización y la industrialización— afecta al Derecho Penal<sup>39</sup>. Autores cuyo pensamiento se encuadra en moldes tradicionales, como Ripert, manifiestan que el espíritu de la violencia y de la astucia, ha utilizado todas las invenciones<sup>40</sup>. Es un fenómeno reconocido, en escala nacional y universal, el actual desborde de la delincuencia en tres sectores —sexo, violencia y economía—. Las mismas manifestaciones delictuosas en el terreno de la economía no constituyen en verdad sino la traducción en dicho ámbito de la violencia física y se ven signadas por el mismo afán de imposición ilícita de la propia voluntad y fuerza. Resultan así extrañamente hermanados el delincuente armado con el llamado delincuente "de cuello duro". Particularmente la delincuencia violenta tiene singular arraigo entre los grupos juveniles de inadaptados, que bajo el manto de una supuesta rebeldía contra las convenciones sociales, llevan la misma hasta el ataque contra todos los bienes jurídicos identificados con los valores fundamentales, el pudor público y privado, la vida, la propiedad, el orden y la seguridad pública<sup>41</sup>.

No han fracasado aquí las instituciones, sino los hombres. Es preciso, y lo proclamo sin vacilaciones, establecer una adecuada censura para desterrar de los espectáculos cinematográficos y de la televisión, la pornografía astutamente disfrazada o arteramente presentada como "manifestación artística", y la violencia presentada como fin en sí misma, mediante "héroes" desprovistos de la eticidad de los de otrora. Es asimismo necesario limitar la acción de ciertos pasquines que deforman la visión popular con cuadros morbosos de delitos y catástrofes.

<sup>38</sup> FERRI, Enrique, "*Principios de Derecho Criminal*", trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Reus, 1933, en especial pág. 44 y ps. 45 y sig.

<sup>39</sup> FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 144.

<sup>40</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 53.

<sup>41</sup> Véase en particular la obra de FYVEL, T. R., "*The Insecure Offenders. Rebellious Youth in the Welfare State*", Harmondsworth, Middlessex, ed. Pelican, 1963, y en nuestro país, DE PIERRIS, Carlos Alberto, "*Delincuencia juvenil*, Bs. As., Ed. Bibl. Omeba, 1963.

Medidas tales resultarían una eficaz contribución de las autoridades en la necesaria lucha contra los factores criminógenos de la vida contemporánea.

No ha fracasado, concretamente, el Código Penal, sino en gran medida, quienes deben aplicarlo. Agudamente expresa Ripert que los juristas han pecado debilitando el valor normativo de las reglas jurídicas<sup>42</sup>.

Ricardo C. Núñez ha dicho con sabiduría que el Código Penal no ha fracasado: no se discute ni su teoría de la responsabilidad moral, ni su carácter retributivo. No ha fracasado el sistema represivo; señala el profesor de Córdoba que la forma de ejecución de las penas privativas de la libertad constituye el gran foco de la criminalidad; agrega que las medidas de corrección para menores jamás contaron con los establecimientos indispensables para ponerlos en práctica. Se trata del fracaso de quienes debían aplicar las instituciones, no de las instituciones mismas. Ha fracasado, en cambio, en el sentir de Núñez, el régimen de la ley 14.394, que extendió el límite de la inimputabilidad hasta los 16 años; no solamente ha aumentado la delincuencia juvenil, sino que ello ha sido aprovechado en gran escala por delinquentes mayores —recuérdese el reciente ejemplo del crimen de la farmacia, en Buenos Aires, donde se pretendió que el integrante de la gavilla menor de 16 años fuera el autor material, para aprovechar su imputabilidad legal—<sup>43</sup>. Además de lo expresado, cabe señalar que el problema se agrava, ante la deficiente aplicación práctica de la misma ley 14.394. Cito al respecto, las conclusiones de José Severo Caballero: “Como observación general, podemos señalar que la ley requiere un desenvolvimiento administrativo en orden a la protección como tutela y asistencia del menor, que ni la administración nacional ni las provincias han logrado y que si no se le pone pronto remedio, superando la carencia de personal especializado y de establecimientos adecuados para los diversos tratamientos prescriptos, la consecuencia será contraria a la prevista, porque la no punibilidad del menor de 16 años, sin internación o vigilancia estricta, sólo servirá para intensificar un desarrollo de la criminalidad infantil,

<sup>42</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 49.

<sup>43</sup> NÚÑEZ, “*El sentido de la codificación penal*”, ps. 21/23.

explotada, incluso, como empresa lucrativa, por sujetos adultos de alta peligrosidad”<sup>44</sup>.

Ha hecho referencia el autor citado a la falta de establecimientos adecuados. Este problema no es sólo argentino. Con referencia a la praxis angloamericana, manifiesta Friedmann que en demasiados casos el “arresto preventivo” (medida contra delinquentes habituales) o la institución donde se envía al delincente juvenil se asemeja en el hecho, aunque no en el nombre a la prisión a la cual debe servir de alternativa<sup>45</sup>. La ley carcelaria argentina de 1958<sup>46</sup> ha establecido un sistema progresivo teóricamente perfecto, pero ocurre con él lo mismo que con las instituciones previstas en el Código o en la ley 14.394. Faltan los establecimientos “adecuados”, si se permite aplicar la expresión contenida en el art. 34 inc. 1º del Código Penal. Inclusive se ha llegado a extremos de imprevisión tales como derribar la penitenciaría Nacional por razones de urbanización, sin esperar la construcción del edificio destinado a sustituirla, provocándose así el grave problema del hacinamiento en los demás establecimientos penitenciarios y de detención, que derivó en los terribles episodios de Villa Devoto.

Hace un momento referí el cargo formulado por Ripert a los juristas. Este cargo lo formula concretamente Núñez —y lo tiene bien presente Soler en la motivación de su proyecto—, al señalar la desidia de los tribunales en la aplicación del instituto de la libertad condicional y en la práctica absolutamente descuidada de la condena de ejecución condicional, a la que sólo se vio —dice— como una forma para poner término al encierro; los jueces, en lugar de restringirla respecto de la pena de multa, la prodigaron sin cesar, y en contra del texto de la ley, la extendieron a la pena de inhabilitación; asimismo excluyeron la exigencia de primera condena si ella hubiese sido por delito culposo o hubiese transcurrido el término de prescripción de

<sup>44</sup> CABALLERO, José Severo, “Regulación de la tutela y de la represión de los menores delinquentes en la República Argentina”, Bs. As., Ed. Bibl. Omeba, 1963, p. 186.

<sup>45</sup> FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 157.

<sup>46</sup> Decreto-Ley 412/1958, ratificado por Ley N° 14.467. Véase al respecto NÚÑEZ, “Derecho penal Argentino”, II, p. 377 y sig.

la reincidencia<sup>47</sup>. Cabe agregar que se ha incurrido en una desidia aún más grave. El art. 26 del Código Penal dispone: "...los tribunales *podrán* ordenar, en el mismo pronunciamiento, que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena". La norma establece una facultad, no una obligación. En la práctica la condena se pronuncia en los supuestos legales en forma condicional automáticamente, como si la norma dijese: "los tribunales *deberán* ordenar. Los tribunales no sólo han ampliado el alcance de esta institución, sino la han aplicado invariablemente como una obligación, en lugar de hacerlo como una facultad.

También se peca en el otorgamiento de las excarcelaciones. Aunque, para ceñirme a la legislación procesal de Santa Fe, el art. 532 del Código de procedimientos en lo Criminal, reformado por la ley 2857, expresa: "Procederá la excarcelación...", los tribunales olvidan frecuentemente lo dispuesto por el art. 538 del mismo cuerpo de leyes, que especifica los casos en los cuales no procederá la excarcelación, particularmente el inciso tercero: "A los que pueden ser sospechados de que tratan de eludir la acción de la justicia o perturbar las investigaciones, sea por carecer de residencia o por la naturaleza o gravedad del hecho, calidad y monto de los daños causados u otro motivo semejante".

Más que las instituciones, es la actitud de quienes deben aplicarlas, la que debe modernizarse.

La modernización ha sido concebida en forma diversa por Soler, quien opta por substituir en gran medida la pena de multa a las penas privativas de la libertad. Dice: "La vida moderna ha llevado a crecientes exigencias económicas y despertado un afán immoderado de dinero y no con un sentido de ahorro y previsión sino de expendio y aún de lujo. Es manifiesto por lo tanto, que esa realidad social debe encontrar su equivalente en el sistema penal y que el derecho debe echar mano del recurso de privar de ese bien como medio penal. De hecho, en ciertos países dotados de sistemas modernos de penalidad,

<sup>47</sup> NÓÑEZ, "El sentido de la codificación penal"; SOLER, *Proyecto*, ps. 14/15. véase también, VERA BARROS, Oscar N., "Condenación condicional", ed. de la Universidad Nacional de Córdoba, 1960.

sobre cada cien condenas, más de noventa son de carácter pecuniario". En aplicación de estas ideas, adopta el sistema sueco de los días multa, que permita graduar la pena de acuerdo con la situación económica del delincuente y que no está supeditado a las fluctuaciones de la moneda, que en el caso argentino, han convertido en irrisorias las penas de multa establecidas en el código vigente <sup>48</sup>.

Por otra parte, la reforma de las instituciones carcelarias o los establecimientos destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad, puede enfocarse en el terreno de los hechos, construyendo los necesarios edificios o poniendo en condiciones de cumplir con su destino a los existentes, y educando a los encargados de la ejecución penitenciaria o de las medidas de seguridad; o en el terreno normativo, tendiendo al perfeccionamiento de las instituciones de acuerdo con las exigencias de la doctrina. Pero debe cuidarse de toda idea de llegar a la exclusión de la noción de las garantías jurisdiccionales. Jamás deberá llegarse a una autoridad —judicial o administrativa— benévola pero autocrática, que llegue a privar de la libertad por tiempo indeterminado, sin las garantías del juicio <sup>49</sup>.

He de considerar concretamente dos problemas en los cuales el Derecho Penal se ve confrontado con las exigencias de la modernización: la llamada imputabilidad disminuida y la necesidad de tipificar adecuadamente los delitos económicos.

En el régimen del Código Penal, art. 34 inc. 1.º, sólo caben dos situaciones: se es imputable, o se es inimputable, por no haber podido, por insuficiencia de las facultades, alteraciones morbosas de las mismas o estado de inconciencia, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. Se trata de la fórmula mixta, psiquiátrico-psicológico-jurídica, que cuenta con fuerte apoyo doctrinario, y que incluso permite la consideración del llamado trastorno mental transitorio, por la referencia legal al "momento del hecho". Esta fórmula, de mucho mayor amplitud que la vigente en el derecho anglo-americano, a través de las llamadas reglas Mc. Naghten", que se refieren exclu-

<sup>48</sup> SOLER, *Proyecto*, p. 15.

<sup>49</sup> FRIEDMANN, ps. 154/156.

sivamente a la facultad del intelecto<sup>50</sup>, no admite, sin embargo, términos medios. Los estados fronterizos deben forzosamente encasillarse en una u otra de las alternativas: imputabilidad o imputabilidad. La doctrina y la legislación comparada abundan en el reconocimiento de una situación intermedia, que denominan imputabilidad disminuida. Soler la concibe, en el art. 25 de su Proyecto, como grave disminución de la capacidad de comprensión de la criminalidad del acto o de dirección de las acciones y prevé un sistema mixto de penas y medidas de seguridad. La reforma es oportuna, siempre que se acuerde la necesaria amplitud a la fórmula. Pero cabe tener presente la reserva que no es correcta la expresión "imputabilidad disminuida". Lo que disminuye es la imputación —lo dijo claramente Carrara—, por la condición del sujeto en el momento del hecho. La degradación de la imputación se refleja en la degradación de la pena —e incluso en la subsitución de la misma por una medida de seguridad—. La pena debe adecuarse al sujeto como pena curativa o ser substituida o complementada por una medida de seguridad, dirección en la cual se expiden Bettiol y Núñez, y a la cual adhiero<sup>51</sup>.

El Derecho Penal Económico ha asumido a través de la legislación comparada una importancia fundamental, desde que en los Estados Unidos se sancionara a fines del siglo pasado la ley Sherman contra los monopolios. Mediante esta legislación se reconoció era función del Derecho Penal no sólo amparar la propiedad privada de interferencias ilegales, sino también proteger el orden económico básico de su existencia<sup>52</sup>.

Es así que a través del tiempo, en los Estados Unidos y en Europa —particularmente Alemania y Francia— se ha desarrollado el

<sup>50</sup> FRIEDMANN, *op. cit.*, ps. 144 y sig.

<sup>51</sup> TERÁN LOMAS, "*Personalidades psicopáticas: La llamada imputabilidad disminuida*", Publicación N° 4 de la Sociedad de Criminología de Rosario, y la bibliografía allí citada; v. también FRIEDMANN, *op. cit.*, ps. 148 y sig. ANCEL, Marc, "*La défense sociale nouvelle*", Paris, Cujas, 1954, p. 145; BLARDUNI, Oscar C., "*El problema de la imputabilidad disminuida*", ps. 45 y sig., Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, n° 5, La Plata, 1961; BETTIOL, Giuseppe, "*Derecho Penal. Parte General*", trad. José León Pagano, Rogotá, ed. Temis, 1965, ps. 372 y sig.; NÚÑEZ, "*La culpabilidad en el Código Penal*", Bs. As., Depalma, 1946, ps. 44/46.

Derecho Penal Económico, en parte siguiendo los principios del Derecho Penal general, en parte como manifestación del Derecho Penal Administrativo. Pero no sólo ha de citarse la legislación antimonopolista<sup>53</sup>, sino que se ha legislado contra el despilfarro o uso abusivo de recursos naturales escasos, lo que ha hecho decir a Friedmann: "La escasez de los recursos agrícolas y minerales ante el crecimiento de la población, determinará que su conservación se constituya en bien jurídico de primera categoría, resguardado mediante severas sanciones penales". Por ejemplo, entre los delitos económicos previstos en Alemania Occidental, se incluye la acción de "retener, descuidar, destruir o con deliberación o negligencia dejar perecer objetos de necesidad vital, sabiendo el agente o debiendo suponer por las circunstancias que su acción hace peligrar la satisfacción de tal necesidad"<sup>54</sup>.

Es éste un campo en el cual el Derecho Penal argentino debe responder a los imperativos de la modernización. Se ha legislado en el país contra el monopolio y contra el agio y la especulación, pero las soluciones han sido hasta ahora parciales, mediante: 1º) una legislación que pretendió ser omnicompreensiva, en el caso del monopolio, cuyas figuras adolecen de técnica defectuosa, agravada por el hecho de su falta de integración en el sistema del Código Penal y por la consagración del principio de la responsabilidad de la persona jurídica, que puede aceptarse en el seno del Derecho Civil o Administrativo, pero que en el Derecho Penal resulta extraño a la concepción psicologista de la culpabilidad, consagrada en el art. 34 inc. 1º del Código<sup>55</sup>; 2º) mediante una legislación temporaria, en el caso

<sup>53</sup> FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 161. Véase, sobre la legislación norteamericana, ANASTASI, Leonidas, "Legislación y jurisprudencia sobre trusts en los Estados Unidos", *La Ley*, t. 16, sec. doct., ps. 68 y sig.

<sup>54</sup> Véase al respecto: AFTALIÓN, Enrique R., "Libre competencia, neoliberalismo y monopolios", *La Ley*, t. 103, ps. 960 y sig.; "Viejas y nuevas ideas sobre monopolios. Libre empresa, planeación e integración económica", *La Ley*, julio 25, 1966.

<sup>55</sup> FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 160.

<sup>56</sup> Sobre el problema de las personas jurídicas ante el Derecho Penal, v. en especial CARRARA, "Programa...", I, 452, nota 1, p. 294; NÚÑEZ, "Derecho Penal Argentino", I, ps. 213/217; SOLER, "Derecho Penal Argentino", I, ps. 266/267; JIMÉNEZ DE ASÚA, en *La Ley*, t. 31, p. 981; MAURACH, I, ps. 178/180; FERÁN LOMAS, "Actualidad del pensamiento de Carrara" y "El delito como acción", ps. 52/53 y p. 101, respectivamente, de "La teoría del autor...". La posición

del agio y la especulación, que se estructuró, asimismo en forma independiente y aún opuesta al Código Penal. En un trabajo publicado hace algunos años sostuve que los delitos económicos se han legislado como figuras marginales al Código Penal; por el contrario, deben integrarse en su estructura, y los principios generales del Código deben aplicarse respecto de todos los delitos, estén o no incluidos en él. Resulta una inconsecuencia la existencia de dos ordenamientos jurídico-penales, sometidos a diversos principios y a diferentes regímenes de aplicación<sup>56</sup>.

Sin desconocer la necesidad de medidas preventivas y de un adecuado contralor estatal de los monopolios, como quiere Aftalión<sup>57</sup>, es necesario una legislación al respecto, integrada en el Código —el primer paso lo toma en este sentido el proyecto Soler<sup>58</sup>—, y en la cual se tipifiquen cuidadosamente las infracciones, por una parte con la necesaria amplitud, y por la otra teniéndose presente las exigencias constitucionales.

En cuanto al problema del agio, la especulación y el abastecimiento, debe abandonarse de una vez el criterio de la temporalidad, que se ha ratificado en la más reciente legislación al respecto (art. 10, Ley 17.017). El art. 5º de esta última ley, típico ejemplo de norma penal en blanco<sup>59</sup>, consagra en verdad sanciones administrativas, lo que se pone de relieve en su inclusión del “arresto” en lugar de la prisión, y por el límite temporal de dicha sanción —90 días—. Pero, por otra parte, se dispone en el art. 8º la aplicación supletoria del Código Penal, con lo cual se avanza por buen camino.

contraria es sostenida por AFTALIÓN, “*Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, *La Ley*, t. 37, ps. 281 y sig.; CUETO RUA, Julio, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, *Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. XXII, nº 5/6. Véase también la exposición de FRIEDMANN, *op. cit.*, ps. 163/166.

<sup>56</sup> Véase sobre este tema, TERÁN LOMAS, “*Delitos económicos al margen del Código Penal*”, *La Ley*, t. 85, ps. 784 y sig., en especial, p. 794; VERA BARROS, Oscar N., “*Los intereses económicos-sociales y la ley penal*”, Córdoba, 1960, en especial p. 19.

<sup>57</sup> AFTALIÓN, *op. cit.*, en nota 53.

<sup>58</sup> Véase el art. 235 del Proyecto, que bajo la denominación de agiotaje, contiene también algunas formas de monopolio; V., en la Exp. de Motivos, p. 23.

<sup>59</sup> Véase al respecto NÚÑEZ, “*Derecho Penal Argentino*”, I, ps. 99 y sigtes.

Con referencia al delincuente económico, dice Oscar N. Vera Barros: "Este tipo de delincuente —engendro más de las épocas de crisis porque atraviesan las economías de las naciones y del reglamentarismo a que se ven constreñidos los Estados en defensa de la misma—, ataca, fundamentalmente, la economía pública configurada en base al libre juego de las fuerzas económicas dentro de un régimen de libre competencia. Su actividad delictiva no se reduce a maniobras encaminadas a una alteración de los precios de los bienes de consumo, sino que atacando, bajo otro aspecto, la circulación y la distribución de la riqueza, vulnera fraudulentamente la confianza que exige el comercio público; traba el libre ejercicio del comercio o de la industria; o se vale de actos que corrompen la lealtad en el traspaso de las mercaderías dentro del proceso económico que va del productor al consumidor. Tampoco es ajeno a este tipo de delincuencia la alteración de las normas económicas que regulan la tasa del interés por el uso del capital, mediante el disfraz de operaciones de préstamos de dinero, con lo cual se dificulta el proceso de la circulación de la riqueza"<sup>60</sup>.

El campo del Derecho Penal Económico es el verdadero ámbito de la modernización en el Derecho Penal. Noble tarea será la de legislar en este sentido, configurando con un sentido de actualidad las correspondientes infracciones, completando así las pocas previsiones contenidas en el Código acerca de delitos económicos<sup>61</sup>.

Téngase en cuenta que el delincuente económico, a quien se refiriera el elocuente párrafo transcrito recién, significa para la sociedad contemporánea un peligro tan grande como el delincuente violento. Reitero que su acción implica la violencia, la agresividad, desarrollada en el campo de la economía.

<sup>60</sup> VERA BARROS, *op. cit.*, ps. 11/12.

<sup>61</sup> Véase por ejemplo, VERA BARROS, *op. cit.*, ps. 13/14.

