

## **BREVE ESQUEMA HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL.**

**Autor:** Diego Alejandro Peretti Ávila.

**SUMARIO:** **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** EL PUEBLO HEBREO. **III.** ATENAS; **IV.** ROMA: **IV.1.** Primera etapa: Desde la fundación, hasta el siglo VI de la ciudad, **IV.2.** Segunda etapa: “Las Quaestiones”, 153 A.C. -600 de Roma-, hasta el Imperio, **IV.3.** Tercera etapa: El Imperio. **V.** PUEBLOS SEPTENTRIONALES. **VI.** DERECHO CANÓNICO. **VII.** LA ILUSTRACIÓN. **VIII.** EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO Y SUS MODIFICACIONES. **IX.** BIBLIOGRAFÍA.

### **I. INTRODUCCIÓN.**

En el trabajo con el que nos encontraremos a continuación abordaremos brevemente el devenir histórico del Derecho Penal, comenzando por el pueblo hebreo hasta la ilustración del S. XVIII.

Si bien no se puede hablar de “Historia del Derecho Penal”, a secas, en forma independiente a la concepción de cada uno de los pueblos y resulta mucho más apropiado referirnos, en concreto, a la historia del Derecho Penal de Roma, de Grecia, de la Iglesia, etc., del vistazo global y comparativo del devenir histórico de los diversos esquemas jurídicos que aquí someramente expondremos, aspiro a que el estudiante pueda visualizar cómo el ordenamiento penal, en las fases nacientes de toda sociedad, se caracteriza por su extremo rigor –donde la muerte es casi la única pena determinada- y por la poca incidencia del factor “intencional” de la conducta en la clasificación de los delitos y cómo, a medida que las sociedades evolucionan, comienza a adquirir mayor relevancia el elemento subjetivo de la conducta, se empieza a distinguir el dolo de la culpa, se clasifican los delitos según un criterio jerárquico, se comienzan a graduar las diferentes sanciones, según el caso- y se pasa de la “venganza privada”, relacionada con la justicia doméstica, a la “retribución pública” asociada a la persecución estatal de las infracciones y a un proceso racional de investigación de los hechos y aplicación de las sanciones.

En la segunda parte de este trabajo, haremos referencia al devenir histórico del Código Penal Argentino, partiendo desde el “Proyecto Tejedor”, hasta la actualidad.

## II. EL PUEBLO HEBREO.

Elegimos abordar al comienzo el Derecho Penal del Pueblo de Israel, porque entendemos que una primera aproximación a la ley mosaica permitirá desmitificar la falsa concepción que identifica el germen legítimo de la estructura de un derecho penal orgánico, con el despuntar del alba de los primeros destellos del egregio Ordenamiento Jurídico Romano.

El Esquema Jurídico Hebreo de la antigüedad se divide en tres periodos diferentes: a) el de la “Ley divina”; b) el de la “Ley natural” –de neto corte patriarcal y consuetudinario y, finalmente c) el mosaico o de la “Ley escrita”, es en este último ciclo en el que nos concentraremos en el presente trabajo.

En primer orden debemos considerar, como ya lo señaláramos arriba, que en los ciclos inaugurales de todo ordenamiento jurídico a la regla de derecho se la ha encontrado siempre fusionada con los códigos morales de los diferentes pueblos, siendo estos últimos identificados como la expresión de la voluntad divina.

Podemos decir que la antigua nación de Israel, en el periodo que analizamos, no fue una excepción a este principio. Las conductas prohibidas asimilables a lo que hoy consideramos como delitos penales de esa sociedad, no se pueden separar del contexto moral y religioso que gira en torno a la idea de “pecado”.

Hecha esta primera salvedad, decimos que la principal categoría de “*delitos*” considerados por el pueblo hebreo estaba constituida por aquellos pura y estrictamente “religiosos” que atentaban directamente contra la Divinidad y el verdadero culto que debía ofrecerse a Javeh<sup>1</sup>.

Este tipo de ofensas eran castigadas con penas gravísimas, generalmente la muerte, y acompañadas de la maldición de Dios para el autor, su descendencia y, a veces la comunidad toda, trascendiendo, en estos casos excepcionales, la pena la persona del delincuente<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Este es uno de los nombres atribuibles a Dios que aparece con más fuerza en el Antiguo Testamento, que significa “El que es” o “Yo soy” –EX. 3: 14-15.

<sup>2</sup> Ejemplos de lo antedicho encontramos en Deuteronomio 17: 2-7 y Deut. 13 12-17. La mayoría de las normas penales del antiguo pueblo de Israel se pueden encontrar en los libros del Éxodo, Levítico, Deuteronomio y Números.

En el ordenamiento mosaico, dentro de esta primera categoría, se castigaba la idolatría, la adivinación, la hechicería la violación de las leyes del ayuno y del descanso en el “Día del Perdón” y del reposo correspondiente al día sábado, entre otras conductas reprochables de esta misma índole.

En segundo orden de gravedad venían los delitos perpetrados contra los padres, que también eran sancionados siempre con la pena máxima.

En tercer lugar, encontramos, utilizando la terminología de nuestro Código Penal, los que podrían llamarse “delitos contra las personas”.

Se protegía la vida y la integridad física de los individuos, **aplicándose la ley del talión, cuando se trataba de ofensas “intencionales”** y se distinguía a estos casos de los delitos consumados **por imprudencia o negligencia**, en donde **no regía el “ojo por ojo”**, sino que imperaba otro sistema que consistía en las denominadas “ciudades refugio”, lugares a donde el ofensor involuntario podía ir a vivir por el resto de sus días, si quería escapar legítimamente del “vengador de la sangre” -encargado de cobrar el precio de la ofensa-, función que era desempeñada por un familiar de la víctima.

Se castigaban dentro de este grupo de delitos, no sólo el homicidio, sino también las lesiones (estableciéndose para éstas también un sistema compuesto que involucraba a la compensación económica por los “jornales perdidos” y “gastos de curación”, si hombres libres y en caso de pelea; ahora bien, tratándose de esclavos, el régimen era diverso<sup>3</sup>; se contemplaban también las lesiones y muertes causadas por animales y la pena aplicable variaba según la responsabilidad del dueño de la bestia que había ocasionado el perjuicio).

En cuarto lugar figuraban los crímenes sexuales como el adulterio; la violación; el incesto; la homosexualidad; la zoofilia; entre otros. La mayoría de estas infracciones se castigaban con la pena capital.

En quinto puesto, se hallaban los “delitos contra la propiedad”, cuyas sanciones podían consistir en la muerte o en un resarcimiento económico y expiación, según el caso, tal es así cuando hablamos del hurto de ganado seguido de venta, que se castigaba con el pago del quíntuplo del valor del animal robado, siendo que, cuando la bestia se encontrase viva y en poder del cuatrero, éste último debía restituirla a su dueño y pagar el doble de su precio –el ladrón que no tuviera recursos para devolver estos montos, debía ser vendido como esclavo-. Dentro del catálogo de delitos contra la propiedad se encontraba también el daño intencional.

---

<sup>3</sup> Éxodo 21: 20-21 y 26-27.

Existía otro tipo de crímenes, como el caso del falso testimonio, que era reprimido con la pena que habría sido impuesta al injustamente acusado por el testigo mendaz en caso de habersele encontrado culpable del delito que éste le atribuía.

Integraron, además, el elenco de las penalidades los azotes -castigo que tenía como tope el de 40 latigazos y en el que se sugería una cierta proporción de la sanción con la “culpa” del condenado; como, así también, para ciertos casos excepcionales, se contemplaba a la mutilación como la sanción correspondiente.

Finalmente podemos decir, que el ordenamiento jurídico mosaico –siempre juzgado desde la perspectiva del relativismo histórico- representó un gran avance para la época.

En él se distinguieron los delitos “intencionales” de los “no intencionales” – supieron, a su vez, de la “preterintención”-; existiendo la graduación de las penas y las causales de justificación –como es la legítima defensa, no sólo de la persona, sino también de los bienes-.

Si bien, como dijimos, en peculiares circunstancias, se daba la posibilidad de trascendencia de la pena, la regla era la personalidad de la misma, así se puede leer en modo claro en el libro del Deuteronomio: *“Los padres no serán muertos por la culpa de sus hijos, ni los hijos por la de sus padres. Cada cual pagará por su propio pecado”*<sup>4</sup>.

Los predecesores hebreos conocieron -en modo muy rudimentario- la idea de la tentativa; como así también de un proceso penal llevado a cabo con magistrados preestablecidos, en el que no se podía condenar por ningún delito sin la presencia, al menos, de dos testigos; supieron también del “error de hecho” y “de derecho”, como atenuantes de la responsabilidad; establecieron las mismas reglas jurídicas tanto para los israelitas como para los extranjeros y, finalmente, distinguieron el derecho vigente para épocas de paz y la legislación correspondiente a los tiempos de guerra.

### III. ATENAS.

Hemos elegido esta ciudad de la antigua Grecia, quizás en desmedro de su par, Esparta –cuya legislación penal no es menos interesante que la que aquí abordaremos-, debido a las limitaciones que impone los objetivos de este trabajo y por considerar, además, que el ordenamiento de Solón (638 A.C. – 558 A.C.) fue un importante antecedente de la Legislación Penal Romana –leyendas latinas refieren que la Ley de

---

<sup>4</sup> Deut. 24: 16-17.

las XII Tablas (451 A.C.), fue elaborada teniendo a la Normativa Penal Ateniese como base, atento a que juristas romanos se habrían trasladado, con carácter previo, a la península del peloponeso a los fines de estudiar los principios y aplicación de las normas solonianas-.

El Derecho del Ática es, sin lugar a dudas, uno manantiales más fecundos del que han abrevado, en mayor o menor medida, todos los ordenamientos del mundo conocido de la Edad Antigua y, posteriormente, las esquilas de sus principios de recta razón y de justicia se fueron propagando, trámite Roma y la Iglesia, aun hasta la actualidad de nuestros días.

Se pueden identificar en el Derecho Penal de la tradicional Atenas, dos periodos diversos: **a)** el de las leyes de Dracón (621 A.C.), que eran transmitidas en modo verbal y se caracterizaban por su implacable rigidez y **b)** el de la legislación de Solón.

Las leyes draconianas, como señalamos, se distinguieron por su excesiva severidad. La pena de muerte era, prácticamente, la única consecuencia establecida para todas las clases de delitos -esto último contradujo el “espíritu” de los atenienses quienes, desaparecido el Arconte, se rebelaron contra ellas, dando lugar a la novedad reformadora de las ideas de Solón-.

Una de las principales transformaciones que produjo la renovación soloniana fue la de **diversificar los castigos de acuerdo al tipo de ofensas**, reservándose la pena capital, para casos como el sacrilegio, la profanación de los misterios, los atentados contra el gobierno –como por ejemplo el delito de traición- y contra la vida de los particulares –esta modificación revela, entre otras cosas, la proporcionalidad existente entre la reacción penal y la relación jerárquica de los bienes jurídicos protegidos, notable signo de evolución del Derecho y de la sociedad ateniense- .

Sin embargo, debemos aclarar en modo previo que las leyes atenienses no hicieron una clara distinción entre los delitos de carácter penal y aquellos de naturaleza eminentemente civil<sup>5</sup>.

Hecha esta salvedad, decimos que **sólo el homicidio premeditado** iba acompañado de **la pena capital** –no así cuando la muerte se producía como consecuencia del obrar negligente o imprudente, circunstancias en las cuales el autor debía ausentarse por un año entero de Atenas y no podía regresar “*sino después de*

---

<sup>5</sup> Conf. CALHOUN, George. Miller: “The Growth of Criminal Law in Ancient Greece”, Originally published: University of California Press, 1927, The Lawbook Exchange, L.T.D., New Jersey 1999, third printing 2008; publicado online en: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?u=1&num=150&seq=167&view=image&size=100&id=uc1.b4184274>; pág. 134.

*haber dado satisfacciones á los parientes del difunto, y de haber expiado su crimen con sacrificios y lustraciones*<sup>6</sup>-.

El sindicado de homicidio intencional o premeditado que era acusado frente al Consejo del Areópago podía sustraerse a la muerte, optando por el destierro.

Al que maltrataba a sus padres, se le imponía una pena de pública afrenta y degradación.

El adulterio era también reprimido con la pena máxima: *“á menos que se compusiese por precio con el marido, el cual podía además vender á la adúltera. En la misma pena incurría el autor de violación como no se casase con la mujer á la que había ultrajado*<sup>7</sup>.

En cuanto a los delitos contra la propiedad, el robo solamente era sancionado con la pena capital cuando era “manifiesto” y su monto superior a cincuenta dracmas o, también, cuando revistiendo la misma categoría, se realizaba en los baños públicos y por una suma de diez dracmas de plata.

Como vemos, para la aplicación de la pena máxima, en casos de delitos contra la propiedad, los atenienses tenían en cuenta la exposición pública de la conducta delictiva y el perjuicio efectivamente causado a la víctima -en circunstancias en que estos dos requisitos no se daban en su plenitud, la sanción que se imponía era la restitución de la cosa robada, con más un monto destinado al tesoro público, o en caso de no poderse reintegrar la misma, correspondía pagar el duplo de su valor-.

Dentro del diversificado elenco de faltas penales de los atenienses, encontramos también a la injuria, cuya sanción, en caso de tratarse de un miembro perteneciente a familia benemérita, era la degradación civil, en las demás circunstancias se imponía sólo la multa.

Podemos afirmar que el Derecho de Atenas, sobre todo en el periodo correspondiente a las reformas de Solón, se caracterizó por su racionalidad, manifestada fundamentalmente a través de la distinción entre los delitos y la graduación de las penas en base al elemento intencional del autor, como así también en por la presencia de un procedimiento público en el que el imputado tenía amplias posibilidades de ser oído, de aportar pruebas en su favor y, finalmente, de recurrir las decisiones del “Tribunal del Pueblo” por ante el Consejo del Areópago<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: Op. Cit., pág. 24.

<sup>7</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: Op. Cit., pág. 25.

<sup>8</sup> Conf. SECONDANT, Charles Louis –barón de Montesquieu-: “Del Espíritu de las Leyes” -versión original publicada en francés, de manera anónima, en Ginebra, en el año 1748- trad. De Mercedes Blázquez y Pedro Vega, ed. Sarpe, 1984, Madrid, tomo I, pág. 102.

## IV. ROMA.

El estudio del Derecho Romano se divide, principalmente, en tres fases, que son las que desarrollaremos a continuación:

### **IV.1. Primera etapa: Desde la fundación, hasta el siglo VI de la ciudad.<sup>9</sup>**

Este primer periodo se inaugura con la fundación de Roma y culmina con la expulsión del trono de Tarquino “el soberbio” en el año 509 A.C., para dar inicio a la República.

Esta fase inicial se caracteriza por la fusión, como ya lo anticipamos, entre derecho y religión; lo cual hace que la “protagonista” de este sistema sea la llamada “**punición doméstica**”, ejercitada por el “*pater familiae*” o “jefe de familia”.

En Roma la punición doméstica no estaba habilitada si no existía una acción que la autorizara para el caso concreto.

Dentro de este periodo inaugural del Derecho Romano comienza a producirse la separación entre las penas “privadas” (punición doméstica) de las “públicas”; tal es así que los delitos de **perduellio** –traición a la patria- y el **parricidium** –homicidio de un hombre libre- eran pasibles de pena pública.

La primera etapa “doméstica” culmina con el dictado de la celeberrima *Ley de las XII tablas* o, también conocida como “*Código Decenviral*”.

Es en este cuerpo legal, caracterizado, al modo de las leyes draconianas, por la dureza de sus penas –la muerte es la principal sanción prevista para todas las infracciones-, donde aparece clara la distinción entre los delitos llamados “públicos” y los “privados”, diferencia que se verá acentuada en el segundo tramo que vamos a analizar a continuación.

### **IV.2. Segunda etapa: “Las Quaestiones”, 143 A.C. -590 de Roma-, hasta el Imperio.**

Esta segunda fase se caracteriza por el apogeo y decadencia de la República romana, adquiriendo en esta época el delito un alto carácter político en la práctica penal.

---

<sup>9</sup> Recordemos que habíamos establecido, a los fines de este trabajo, la fundación de Roma en el año 753 A.C., por lo que el final de este periodo debe calcularse hacia el 153 A.C. o 600 de Roma.-

Nacen en este periodo las **quaestiones perpetuas**, que consistían en normas por medio de las cuales se establecían tribunales predeterminados para el juzgamiento de los crímenes y la aplicación de las penas.

La primera *quaestio perpetua*, tiene su origen con la “*Lex Calpurnia de Repetundis*” que data del año 143 A.C. y que estaba destinada a sancionar los delitos de concusión de los magistrados “*repetundia*”.

Las “*quaestiones*” fueron un importante antecedente del principio de “juez natural” que vemos consagrado en la Constitución Nacional.

Asimismo, en esta época es cuando comienzan a castigarse en Roma solamente los delitos que figuraban en el catálogo de las leyes –aunque restaba aun un margen muy pequeño para la discrecionalidad judicial, que podía castigar ciertos casos que no se encontrasen dentro de este elenco-, sembrándose ya los rudimentos del “principio de legalidad”, que tiene su desarrollo más acabado en el Derecho Liberal producto de la “ilustración” del siglo XVIII.

En honor a la verdad y para ser justos, nos vemos obligados a decir que el procedimiento y las “certezas” de las *quaestiones*, no fue una invención “genial” de la época de auge de la “República”, sino que son el resultado, como ya anticipamos arriba, del decurso normal del Derecho Penal Romano, sobre todo, a partir del advenimiento de la Ley de las XII Tablas.

Las “cuestiones” dividían a las ofensas en “*crímenes en públicos*” y en “*delitos privados*”, apareciendo una categoría intermedia que eran las “*acciones populares*”, cuya sanción predeterminada, generalmente, era la multa, pero cuya interposición correspondía a todo el pueblo.

Dentro de los llamados “**crímenes públicos**” se encontraban, por ejemplo, el cohecho; la alta traición o “*perduellio*”; la sustracción de personas; los delitos cometidos por funcionarios públicos; el homicidio intencional; el adulterio y el proxenetismo.

Dentro de la categoría de **delitos privados**, se hallaban, entre otros, el hurto, la rapiña –robo con violencia-, el daño voluntario y la injuria.

### **IV.3. Tercera etapa: El Imperio.**

Este tercer y último periodo del Derecho Romano se caracterizó, principalmente, por la aparición de los llamados “**crimina extraordinaria**” que representan un grado intermedio entre los “*crimina publica*” y los “*delicta privata*”.

En los comienzos de la legislación penal imperial aun subsistían los crímenes públicos y los delitos privados, pero estas nociones fueron desapareciendo paulatinamente al incorporarse éstas, poco a poco, al nuevo elenco de “*crímenes extraordinarios*”.

Durante este periodo y dentro de esta última categoría se incorporaron al catálogo penal nuevos delitos como el encubrimiento, el estelionato, el rapto y el aborto, como así también, a partir de Constantino y con el comienzo del auge del cristianismo, se anexaron los crímenes “religiosos” como la apostasía, la blasfemia y la herejía, entre otros, que iban a dominar todo el escenario del Derecho Penal Canónico de la Edad Media europea, hasta el Renacimiento.

En este último ciclo imperial y, en atención a la saturación del sistema judicial de la época, con el procedimiento de las “*congnitiones*” se les dio una gran amplitud a los magistrados para rechazar de oficio las denuncias presentadas o para remitir los planteos al procedimiento civil o al sistema acusatorio – este último debía ser instado sólo por el particular-.

El Ordenamiento Jurídico de la “*madre Roma*”, para concluir con este capítulo, supo de la distinción entre el procedimiento criminal y el civil; de la tentativa; de la participación; del exceso en la autoría, del error de hecho; de la inimputabilidad y de un sinnúmero de instituciones y principios que, aun en nuestros días, constituyen los cimientos del Derecho Penal y Constitucional; lo que nos transforma, junto con la mayoría de los pueblos de la tierra, en eternos deudores de su imborrable y nutricio legado.

## **V. PUEBLOS SEPTENTRIONALES.**

Se puede decir que: “*La irrupción de los llamados bárbaros es un suceso transcendental en la historia, no sólo por haber removido á fondo las antiguas provincias del Imperio, sino porque sus costumbres completamente distintas de las de los pueblos vencidos, cambiaron también profundamente el derecho público europeo*”<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Conf. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: Op. Cit., pág. 52.

Una de las características distintivas más importantes del esquema jurídico penal de estos pueblos reside en que, en general, **la regla para la sanción de todos los delitos cometidos era la pecuniariedad.**

Los germanos, pueblo guerrero por excelencia, integrado por diferentes clanes independientes, hacían, puertas adentro de sus aldeas, un verdadero **culto de la “paz”**. Tal es así que conformaban parte de sus instituciones la “paz” del tribunal; la del ejército; la del domicilio; la de las estaciones, de la agricultura y, posteriormente, la de las iglesias y los templos.

Es por lo dicho en el párrafo anterior que, en estas comunidades, el delincuente era considerado un violador de la “paz”, razón por la que se lo perseguía en forma encarnizada través del sistema de la “**faida**”, que era, ni más ni menos, que la institucionalización de la venganza privada, fundada para los antiguos teutones en una especie de culto a la memoria de los muertos.

En esta primera etapa, al delincuente, violador de la paz o “*faidoso*”, se lo consideraba como a un animal salvaje que era “cazado”, en cualquier tiempo y lugar; no pudiendo recibir, por parte de los restantes miembros de la comunidad –aun de sus familiares- ningún tipo de ayuda, sin correr sus auxiliadores el riesgo de compartir su misma suerte.

Como evolución de la faida surgió la posibilidad de pagar una especie de compensación económica a la víctima del delito o a su familia que se llamaba “*wergeld*”.

En un comienzo el wergeld consistió en un **pago voluntario, posteriormente, esta oblación devino obligatoria**, fijándose una suerte de “*tasa oficial*” en la que se tomaban en cuenta una infinidad de variables como la clase de delito, la posición social, el sexo, etc. **El wergeld se abonaba en animales o en productos de la naturaleza, según la región.**

Existía en este esquema, junto con este sistema de compensación; una especie de multa llamada “*fredo*”, la cual podía ser impuesta –tanto para los casos de delitos graves o leves- al reo y que, a diferencia del wergeld, **era cancelada en favor de jefe de la comunidad.**

Los pueblos del Rin aplicaron también la pena de muerte a ciertos delitos de “naturaleza pública”, como eran para ellos los casos de traición a la patria y de exhibición de cobardía durante las batallas.

## VI. DERECHO CANÓNICO.

La mayoría de los autores coinciden en la notable influencia que tuvo la Iglesia en las postrimerías del Imperio Romano –sobre todo a partir de Constantino I, quien legalizó el cristianismo en el año 313 D.C.-.

La influencia de la Iglesia se hizo notar, entre otras cosas, en la dulcificación de las penas –como, por ejemplo, la abolición del suplicio de la cruz y la marca en la frente a los criminales-, en la institución del “*asilo*” y en las llamadas “*treguas de Dios*”.

Es desde los primeros albores del “caos jurídico” de la Alta Edad Media -producido por la caída del Imperio Romano de occidente- que adquiere preponderancia el Derecho Canónico en toda Europa como elemento aglutinante.

El conjunto de normas más importantes de Derecho Canónico que marcaron la etapa del medioevo, se encuentra conformado por los 18 Concilios de Toledo (397 d. C. al 702 d.C.) de la Alta Edad Media Española; el Decreto de Graciano (1140 d.C.); las “*Decretales*” del Papa Gregorio IX (1232 d.C.) -que constaba de cinco libros-; el “*Liber Sextus*” de Bonifacio VIII (1298 d.C.) -o “*Libro Sexto*”, que completa la obra de Gregorio IX- y las “*Clementinas*” de Clemente V (1313 d.C.).

Este esquema jurídico-canónico distingue los delitos: “*a) en delicta ecclesiastica, que ofenden el derecho divino, son de la competencia de la Iglesia y se castigan con la Poenitentiae (herejía, cisma, apostasía, simonía); b) en delicta mere seculari, que lesionan el orden humano, son reprimidos por el poder laico con verdaderas penas y por la Iglesia con poene medicinales indeterminadas y que terminan sólo con la enmienda del culpable; y c) en delicta mixta, castigables por el poder laico y por la Iglesia, con poene vindicative. Son, en particular, los delitos contra el matrimonio y la moral, las magias, el falso juramento, la falsificación y otros*”<sup>11</sup>.

El Derecho Medieval se caracteriza por ser un sistema de neto corte “*subjetivista*” –a veces por demás; por ocuparse, a su vez, como su predecesor el Derecho Romano, de la participación criminal –la cual supone la intervención intencional y activa del cómplice- y por contemplar causas de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad<sup>12</sup> y la obediencia debida.

<sup>11</sup> Conf. NUÑEZ, Ricardo: “Manual de Derecho Penal” –Parte General-, Marcos Lerner- Editora Córdoba, 3ª edición -4ª reimpresión-, Córdoba, 1987 ., pág. 27.

<sup>12</sup> CORPUS IURIS CANONICI –Pars Secunda-: Decretalium Collectiones. Decretales Gregorii Papae IX, ed. Emil Ludwig Richter und Emil Friedberg, Leipzig, 1881, Liber V, Tit. XLI; Cap. IV, publicación online: [http://www.hs-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost13/GregoriusIX/gre\\_0000.html](http://www.hs-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost13/GregoriusIX/gre_0000.html). La cita textual dice de la siguiente manera: “*Propter necessitatem illicitum efficitur licitum*” –la traducción de

Se comienzan en esta época a vislumbrar los rudimentos de teoría del concurso ideal y real de delitos –que fuera señalada, por Bartolo de Sassoferrato (1313-1357)- aunque la estructura del concurso, tal y como la conocemos, tiene su origen en la obra “Institutiones Iuris Criminalis”, de Johannes Cristoph Koch, de 1758; puesto que, durante la Edad Media, aun rige el principio jurídico que establece que el delincuente debe ser castigado tantas veces como delinca y así lo expresan las Decretales de Gregorio IX<sup>13</sup>

Atento el carácter “teocentrista” de la sociedad medieval, no debe sorprendernos el hecho de que, a veces, como sucedía, las penas aplicables alcanzaban no solamente el plano “terrenal”, sino también el “espiritual”, lo que obligaba a los familiares del delincuente difunto a expiarlas a favor de su alma.

Otras veces, como en el caso del suicida o del hereje que no se retractaba de su error, se le negaba, a título de sanción, la cristiana sepultura al cuerpo.

El Derecho Canónico no contemplaba la pena de muerte de modo directo, sino indirectamente y a través de los tribunales seculares, tal es el caso del homicida incorregible<sup>14</sup> y se encontraban dentro de su catálogo de sanciones la penitencia, la mordaza, el sanbenito (que era un saco que se ponía en la cabeza del reo para inspirar la detestación pública), la reclusión en monasterios y la excomuniación, entre otras.

Algunos autores afirman que los tribunales de la Inquisición Española fueron los primeros en abolir los tormentos en manera oficial<sup>15</sup>.

## VII. LA ILUSTRACIÓN.

Este nuevo periodo -llamado “*illuminismo*” en Italia, “*aufklärung*” (ilustración) en Alemania o “*Siècle des lumières*” (siglo de las luces) que es el nombre que le diera el

---

esta regla sería: “a causa de la necesidad, lo ilícito se vuelve lícito”-. Este capítulo está inserto, como dijimos arriba, en el Libro 5to., en el Título 40 titulado “De Regulis Iuris” –“Sobre las Reglas de Derecho”-, de las Decretales del Papa Gregorio IX de 1232.

<sup>13</sup> “*Toties puniendum est crimosus, quoties delictum iterat*” –“El delincuente es castigado tantas veces como delitos repita”. Decretales de Gregorio IX, Liber V, Titulus XXXVII, Cap. I...Corpus Iuris Canonici: Op. Cit.

<sup>14</sup> Decretales de Gregorio IX, Liber V, Titulus XII, Cap. I: “*Homicida incorrigibilis debet deponi, et tradi curiae saeculari, ut moriatur*”. La traducción de esta regla sería “*El homicida incorregible debe ser tomado y entregado a las autoridades seculares para que muera*”. Cita tomada de: CORPUS IURIS CANONICI, Op. Cit. **En contra: Quintiliano Saldaña** en VON LISZT: Op. Cit. pág. 339.

<sup>15</sup> Conf SALDAÑA, Quintiliano en: VON LISZT: Op. Cit., pág. 341. Este autor cita a Llorente en: “Historia Crítica de la Inquisición de España” Cap. X, art. 7º. En realidad se trata del Capítulo IX, artículo VII, de esa misma obra, en la cual **Llorente** describe la práctica de los tribunales de la Inquisición Española, de acuerdo a la cual el tormento había caído en desuso, pero **jamás habla de un acto oficial**.

uso práctico en la Francia pre y post revolucionaria - los historiadores convienen en decir que tiene su origen en Inglaterra, desperdigándose luego a través de toda Europa.

La ilustración tuvo su desarrollo en el siglo XVIII y, desde el punto de vista del Derecho Penal, surgió por la necesidad de dar una respuesta a los excesos que se habían cometido, por parte de los gobiernos, durante el transcurso de los siglos XVI y XVII, a causa de las luchas intestinas y de poder que llevaban adelante entre sí los monarcas absolutos en el viejo continente; lo que produjo una sensación de confusión generalizada que se transformó en el caldo de cultivo ideal para la crueldad de las penas y la arbitrariedad de los pronunciamientos de la época.

Es en este periodo donde adquirieron forma definitiva los principios de “legalidad” y “de reserva”.

Se pugnó en forma incansable de la mano de Montesquieu, Beccaria, Lardizábal, John Locke y tantos otros en contra de los tormentos, del procedimiento penal “secreto”, propulsándose la implementación, en lugar de éste, del “acusatorio” o público de raíces griegas y romanas. Se bregó por la proporcionalidad entre las penas y los delitos específicos y la predeterminación de la escalas de las mismas.

En esta época de reivindicación del “humanismo” se dejó de considerar a la sanción penal como a una mera retribución por parte del estado y se comenzó a delinear la teoría de la “prevención general”; se retomó la lucha por la “suficiencia” de los castigos y la recuperación social del delincuente. En síntesis, durante el periodo de la ilustración, se buscó dotar al Derecho Penal de un marco de mayor racionalidad y razonabilidad que había perdido en el decurso de los siglos anteriores.

Durante el año 1777, debido a la influencia de John Howard, con su libro *State of Prisons* –publicado ese año-, se estableció para los detenidos y condenados, una serie de condiciones como la higiene y la alimentación; el distinto régimen según se trate de una u otra categoría; la educación moral y religiosa; el trabajo y lo relativo al aislamiento individual. Pero debemos reconocer, junto con el Dr. Quintiliano Saldaña que esta preocupación por la reforma del sistema carcelario no es patrimonio de la ilustración ni pertenece a Howard; sino que ya había sido abordada por algunos autores españoles como Tomás Cerdán de Tallada (1530-1614)<sup>16</sup>, quien publica su obra *“Visita de la cárcel y de los presos en la cual se tratan largamente sus cosas y casos de prisión, así en causas civiles como criminales, según el derecho natural, canónico, civil*

<sup>16</sup> Véase Quintiliano Saldaña en: VON LISZT , Franz: Tratado de Derecho Penal, traducido de la 18ª Edición Alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España por Quintiliano Saldaña, Editorial Reus S.A., 2da. Edición, Madrid, 1937, tomo I, págs 381-383.

...y *Fueros de los Reinos de Aragón y de Valencia*” en el año 1574 siendo, por esto , considerado uno de los precursores del moderno penalismo; sin embargo la de Howard se lleva los créditos por ser la obra más conocida internacionalmente en esa época.

Asimismo, en cuanto a la transformación legislativa que produjo este nuevo orden de ideas, citamos a la “Declaración de los Derechos del Hombre” (26/8/1789), de la Revolución Francesa que, que en sus artículos 4º al 9º consagra legislativamente, como ya anticipamos en parte, los principios de necesidad y proporción de las penas; de inocencia; de igualdad ante la ley y de legalidad.

## VIII. EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO Y SUS MODIFICACIONES.

Nuestro Código Penal fue largamente modificado con el curso de los años. Como verdadera producción de cada una de las épocas en las que le tocó regir la conducta de los ciudadanos y habitantes del territorio argentino, se vio influenciado por los distintos movimientos científicos que preponderaron a lo largo del decurso de la historia de la ciencia jurídica argentina.

En cualquier manual o tratado de Derecho Penal Argentino –Parte General- se puede encontrar sobradamente la exposición de las diversas reformas del Código ya sea a través de proyectos integrales de transformación o por medio de leyes complementarias; es por esto que aquí, basándonos en el desarrollo propuesto por Nuñez, trataremos de hacer una exposición más o menos esquemática de los antecedentes de la siguiente manera:

- **Proyecto “Tejedor”** (1866-1868): elaborado por el maestro Carlos Tejedor, con gran influencia del Código Penal de Baviera, elaborado por Paul Anselm Feuerbach (1813). La incidencia del jurista germano se puede ver claramente en la “Parte General”, junto con la doctrina del español Joaquín Francisco Pacheco y el pensamiento de Chaveau; en la segunda parte, predominan, junto con la doctrina bávara, los antecedentes inmediatos del código peruano y el español<sup>17</sup>. Este proyecto, como dijimos, dotado del fuerte rigor germanista, fue adoptado por ocho provincias, pero no llegó a ser sancionado como Código Penal de la Nación; aunque fue la base del Código Penal de 1886.

---

<sup>17</sup> NUÑEZ, Ricardo C.: Op. Cit., págs. 36-37

- **Proyecto de 1881:** Redactado por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García, con fuerte influencia del código español, no fue aceptado por el Congreso de la Nación.
- **Código Penal de 1886:** Sancionado, como referimos, sobre la base del Proyecto Tejedor, pero en este Código encontramos, como una de las notas características, una disminución de la dureza de las penas establecidas por la obra del jurista porteño. Fue sancionado por la **Ley 1920 (7/12/1886)** y comenzó a regir el primero de febrero del siguiente año.
- **Proyecto de 1890:** Elaborado por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, como dice Nuñez: *“significó un adelanto científico, ya que además de revisar el elenco de los delitos del Código de 1886, llenó sus vacíos respecto de la aplicación de la ley penal en el espacio, declaró el carácter supletorio del Código Penal respecto de las leyes especiales, previó la libertad condicional y reglas sobre el concurso de delitos, a la par que mejoró otras, como la relativa a la participación criminal. Mantuvo la pena de muerte”*<sup>18</sup>. Este proyecto, si bien no fue aprobado, constituyó la base para la **ley 4189 del 21 de agosto de 1903**, que introdujo reformas al Código del 86’.
- **Proyecto de 1906:** En el que intervinieron, además de Piñero y Rivarola, Beagley, Saavedra, Moyano Gacitúa y Ramos Mejía. Este proyecto sigue la orientación del de 1890 y sirvió de base, previa encuesta de profesores, magistrados y especialistas, al proyecto de 1917.
- **Proyecto de 1917:** Consistió en el producto de la labor desarrollada por una comisión de diputados, presidida por Rodolfo Moreno (h.) recibiendo, como dijimos fuerte influencia del proyecto de 1906 y del 90’. Este nuevo proyecto fue criticado debido a que sólo legislaba sobre delitos<sup>19</sup> y, según el sector positivista, hacía tabula rasa de todos los adelantos jurídicos que se habían realizado hasta la época.
- **Código Penal de 1921:** los intentos reformistas del Código del 86’ que había nacido bajo el signo del desprestigio, llegaron a su culminación el 30 de

<sup>18</sup> NUÑEZ, Ricardo C.: Op. Cit. pág. 38.

<sup>19</sup> Esto no debe pensarse como que el Proyecto del 17’ no contenía “Parte General” y que sólo estaba compuesto por la “Parte Especial”; sino que, teniendo en cuenta la orientación de la escuela positivista, lo que se le criticaba es que sólo estaban comprendidos los delitos en el mismo y no formaban parte del mismo los “adelantos” alcanzados por esta corriente de la doctrina, con su visión “antropológica” del hecho delictivo –las comillas están insertas no en sentido de denuedo, sino por el hecho de que estas concepciones ya eran cuestionadas en la época por otras corrientes doctrinaria y su valor de verdad reside en la convicción de quien las afirma, en este caso, los positivistas-.

septiembre de 1921, fecha en la que, a partir de la **ley 11.179** (promulgada en octubre de ese año), se sancionó el nuevo Código Penal de la República, que entró en vigencia el 30 de abril de 1922. Este nuevo cuerpo legal fue el resultado del proyecto de 1917, que recibió algunas reformas en el Senado, sin alterar su estructura y vio la luz del día en pleno auge de la Escuela Positiva Argentina.

- **Situación posterior a 1921:** Han existido, desde la sanción del código, numerosos proyectos de reforma, entre los que contamos los parciales sobre el **estado peligroso**<sup>20</sup> de 1924, 1926, 1928 y 1932 y del senado de 1933. Los proyectos de reforma total, encabezados por los eminentes juristas, **Jorge Eduardo Coll** y **Eusebio Gómez**, de 1936, de orientación positivista; el proyecto del **Dr. José Peco**, de 1941; de 1951, a cargo del **Dr. Isidoro de Benedetti**, de neto corte autoritario y positivista.
- **Proyecto de 1960:** Fue redactado por el **Dr. Sebastián Soler** y descripto por Nuñez de la siguiente manera: *“Este proyecto mejor las medidas de seguridad previstas en el Código, ampliando su aplicación a los semiimputables no peligrosos o peligrosos, con lo que llena un vacío de aquel. En lo que atañe a las penas, el Proyecto del 60 prevé atenuantes especiales y generales; adopta el sistema de días multa y de la multa conjunta, que s aplicable si el hecho ha sido cometido por codicia. Excluye la regulación de los delitos cometidos por menores de 18 años”*<sup>21</sup>.
- **Proyectos posteriores al del 60’:** Entre estos intentos de reforma encontramos el de 1963, redactado por una comisión designada por el poder Ejecutivo; el de 1973, que sólo abarca a la Parte General, con gran influencia del Proyecto del 60’, el de 1974; el **Proyecto Soler de 1979**, en el que el eminente Maestro trabajó junto con los juristas Dres. Aguirre Cabral y Rizzi, propiciado por el Poder Ejecutivo y el de 1994, que surgió a instancias de las innovaciones propuestas por el notable **Eugenio Zaffaroni**.

En cuanto a las principales leyes modificatorias de nuestro Código Penal, encontramos: la **Ley 17567** (12/01/1968), inspirada en el Proyecto Soler; la **Ley 21.338** (25/06/1976), que restableció todas las reformas de la **Ley 17567**; la **Ley 23.077** (27/08/84), que restauró la mayoría de los textos de la **Ley 11.179**.

---

<sup>20</sup> Este es uno de los aludidos “adelantos” propugnados por la escuela positivista, de los que carecía el proyecto del 17’ y lo hacía objeto de las críticas.

<sup>21</sup> NUÑEZ: Op. Cit., pág. 41

No se puede finalizar este capítulo sin hacer mención a las denominadas “**Leyes Blumberg**” que son las Leyes Nro.: 25.882 (14/04/04); 25.891 (28/04/04), que trata sobre los servicios de comunicaciones móviles; 25.892 (05/05/04) y, finalmente la 25893 (05/05/04).

A simple título enunciativo, expondremos aquí los números de las leyes modificatorias del Código Penal que son, a saber: 23468; 23479; 23487; 23588; 23737; 23974; 24064; 24198; 24270; 24286; 24316; 24410; 24453; 24454; 24527; 24721; 24760; 25086; 25087; 25188; 25189; 25246; 25297; 25326; 25506; 25528; 25601; 25602; 25742; 25815; 25765; 25767; 25815; 25816; 25825; 25886; 25890; 25928; 25930; 25990; 26087; 26268; 26.362; 26.364; 26.388; 26.394; 26524; 26551 y 26.472.

En cuanto a las reformas normativas, citamos leyes N°: 3335; 3900; 3972; 4189; 7029; 9077; 9143; 23468; 23479; 23487; 23588; 23737; 23974; 24064; 24198; 24270; 24286; 24316; 24410; 24453; 24454; 24527; 24721; 24760; 25086; 25087; 25188; 25189; 25246; 25297; 25326; 25506; 25528; 25601; 25602 y 25742.

El texto de la Ley 11.179 ha sido, sucesivamente actualizado por las leyes N°: 26472; 26551; 26524; 26394; 26388; 26364; 26362; 26268; 26087; 25990; 25930; 25928; 25893; 25892; 25890; 25886; 25882; 25825; 25816; 25815; 25767; 25742; 25602; 25601; 25528; 25506; 25326; 25297; 25246; 25189; 25188; 25087; 25086; 24760; 24721; 24527; 24454; 24453; 24441; 24410; 24316; 24286; 24270; 24198; 24064; 23974; 23737; 23588; 23487; 23479 y 23468.

## **IX. BIBLIOGRAFÍA.**

\* ALVAREZ POZO, María de la Palma: “El Concurso Ideal de Delitos” –Tesis Doctoral-, editorial Universidad de Granada, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Departamento de Derecho Penal, 2007. Publicación online en: <http://hera.ugr.es>.

\* ARGÜELLO, Luis Rodolfo: “Manual de Derecho Romano” –Historia e Instituciones, ed. Astrea, 3ra. Edición corregida -1ra. Edición de 1976-, Bs. As., 1988.

\* CALHOUN, George. Miller: “The Growth of Criminal Law in Ancient Greece”, Originally published: University of California Press, 1927, The Lawbook Exchange, L.T.D., New Jersey 1999, third printing 2008. Publicado Online: <https://babel.hathitrust.org>.

- \* CORPUS IURIS CANONICI –Pars Secunda-: Decretalium Collectiones. Decretales Gregorii Papae IX, ed. Emil Ludwig Richter und Emil Friedberg, Leipzig, 1881, Liber V, Publicación Online: <http://www.hs-augsburg.de>. Las traducciones del latín al español corresponden al autor de este trabajo.
  
- \* GUTIERREZ FERNANDEZ, Benito: “Examen Histórico del Derecho Penal”, imprenta de Antonio Peñuelas, Madrid, 1866.
  
- \* LLORENTE, Juan Antonio: “Historia Crítica de la Inquisición de España”, ordenada y corregida por Juan Landa, obra original conforme lo que resulta de los Archivos del Consejo de la Suprema y de los tribunales de provincia, Biblioteca Ilustrada de Ambos Mundos, editor Juan Pons, Barcelona, España, 1870.
  
- \* MOMMSEN, Theodor: “Derecho Penal Romano”, 1898, versión extraída en formato P.D.F., de la página Scribd.com.
  
- \* NUÑEZ, Ricardo Cayetano: “Manual de Derecho Penal” –Parte General-, Marcos Lerner- Editora Córdoba, 3ª edición -4ª reimpresión-, Córdoba, 1987.
  
- \* SECONDANT, Charles Louis –barón de Montesquieu-: “Del Espíritu de las Leyes” -versión original publicada en francés, de manera anónima, en Ginebra, en el año 1748- trad. De Mercedes Blázquez y Pedro Vega, ed. Sarpe, Madrid, 1984, tomos I y II.
  
- \* VON LISZT, Franz: Tratado de Derecho Penal, traducido de la 18ª Edición Alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España por Quintiliano Saldaña, Editorial Reus S.A., 2da. Edición, Madrid, 1937, tomo I.