

Visión panorámica del Derecho Penal en el Siglo XX*

LUIS E. ROY FREYRE

Catedrático de Derecho Penal

No es pretensión nuestra, conforme ya se desprende del rubro, presentar un cuadro exacto del estado actual del Derecho Penal. Sólo nos interesa hacer una indicación cronológica, brevemente comentada, de los acontecimientos legales que más influencia han ejercido en el área de la ciencia de los delitos y de las penas. Nos referimos a la legislación de los Estados que a nuestro juicio, han sido escenarios de tales sucesos:

a). *Rusia*.— En 1931 escribía EUGENIO CUELLO CALÓN que el Derecho penal soviético tiene como carácter más destacado la oportunidad, ya que a diferencia de las otras legislaciones penales de los demás países, no aspira a la realización de un ideal ético, ni a la cristalización en normas legales de un principio científico, sino que constituye un instrumento para conseguir los objetivos propuestos por el gobierno de la U.R.S.S. Desde el período llamado del comunismo de guerra hasta el momento actual puede comprobarse la acertada observación del discutido penalista español. Los hitos más notables en el Derecho penal soviético son los siguientes:

1.— En febrero de 1919 aparece los "Fundamentos del Derecho Penal de las Repúblicas Soviéticas", documento legal que constaba de 26 artículos en los cuales se hallaban las nociones más importantes de la Parte General de un Código penal.

(*) Sub-capítulo de la Tesis titulada "TRAYECTORIA DEL DERECHO PENAL", con la que su autor optara el grado de Doctor en Derecho Público el 13 de Abril de 1962.

2.— Con fecha 1º de junio de 1922 entra en vigencia el primer Código penal que ha tenido la Rusia soviética.

3.— En octubre de 1924 se publican los “Principios Generales de la legislación penal de la Unión Soviética”. Es el momento en que los conceptos de “culpa” y de “pena” son reemplazados por los de “peligrosidad” y “medida de seguridad social”, respectivamente.

4.— El 1º de enero de 1927 entró en vigencia el segundo y último Código penal de la Rusia soviética, el mismo que ha servido de modelo para la redacción de los Códigos penales de gran número de Repúblicas de la Unión.

5.— Razones de índole política, económica y de defensa social contra el crimen, han motivado numerosas e importantes reformas en el Código de 1927. Sin embargo, los cambios más profundos que han experimentado la legislación e ideología jurídica soviéticas datan del 25 de diciembre de 1958, en que se publicó la Ley del Presidium del Soviet Supremo de la U.R.S.S. Con los arts. 3º y 7º de dicha ley son abolidos los famosos artículos 6º y 16º del vigente Código de 1927 (que permiten la incriminación de acciones peligrosas no tipificadas, mediante el uso de la analogía), quedando en la actualidad restablecida la validez del principio liberal *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Consecuencia de la incorporación de la máxima legalista es la adopción del principio de la irretroactividad de la ley penal, salvo en lo favorable al reo (Art. 6º de la ley del 25 de diciembre de 1958). También los arts. 3º y 20º acogen de modo inequívoco los principios culpabilistas y retribucionistas: “Art. 3º *Los fundamentos de la responsabilidad penal*.— No es penalmente responsable ni punible mas que la persona culpable, bien haya cometido la infracción intencionalmente, bien por imprudencia, y estando tal infracción prevista por la ley penal. Toda pena ha de ser impuesta únicamente mediante juicio de un tribunal de justicia”.

6.— Explicando este giro fundamental del Derecho penal soviético, CUELLO CALÓN ha dicho que la transformación de las circunstancias políticas ha hecho surgir con gran fuerza entre los penalistas soviéticos el espíritu de la legalidad, ninguna propuesta de reforma ha sido formulada con igual tenacidad; por otra

parte, en los últimos años, la aplicación analógica de la ley sólo tenía lugar en casos excepcionales, y POTTANSKI, que tuvo intervención en la redacción de los nuevos principios, hace poco declaró que los tribunales soviéticos no pueden aplicar la ley recurriendo a la analogía. Así, no es de extrañar que la nueva legislación establezca reiteradamente el principio de legalidad (1).

b) *Alemania*.— Los acontecimientos jurídico-penales que han tenido indudable trascendencia en el Derecho penal alemán del presente siglo, son los que a continuación se consignan:

1.— Como es sabido, el Código penal alemán de 1871 disponía en su parágrafo 2 que "una acción sólo puede ser castigada con una pena, si esta pena estaba determinada por la ley antes de que la acción fuese cometida". Con la Novela de 28 de junio de 1935, el dispositivo codificado cambió radicalmente de sentido, asumiendo la siguiente redacción: "Será castigado quien comete un hecho que la ley declara punible o que según el concepto fundamental de una ley penal y el sano sentimiento popular merece castigo. Si ninguna ley penal determinada resulta aplicable directamente al hecho, éste será castigado según la ley cuyo concepto fundamental corresponde mejor a él". El mundo científico contempló con tristeza cómo la nación porta-estandarte de la cultura jurídica canjeaba el Derecho penal liberal por uno autoritario, basado en la analogía y en el sofisma nacional-socialista del sano sentimiento del pueblo y en las ideas de sangre, suelo y superioridad de la raza aria.

2.— Como modelo de represión, reñido con todo principio de humanidad, dice CUELLO CALÓN que es de recordar, en la Alemania hitleriana, la campaña para el logro de la pureza de la sangre aria, en particular el aniquilamiento de la raza judía, que comienza con las leyes de Nuremberg de 1935, y terminó con los horrores de las cámaras de gas del campo de Auschwitz (2). En-

(1) EUGENIO CUELLO CALÓN.— "La reforma de la legislación penal en la Unión Soviética", en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales" T. XIII, Fascículo I. Enero-Marzo. MCMLX. Madrid. pp. 9-25.

(2) EUGENIO CUELLO CALÓN.— "Sobre el Derecho Penal de la post-guerra", en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales". T. VII, fascículo II, Mayo-Agosto. Madrid MCMLIV. pp. 243-4.

tre tales leyes se cuenta la de 15 de setiembre de 1935 que sancionaba con penas el matrimonio, e incluso las relaciones sexuales, de hombres de raza judía con mujeres arias. Se llegó a tal desvarío en este punto que el diputado JULIUS STRICHER pidió la imposición de la pena capital para los hebreos que mantuvieran relaciones sexuales con mujeres arias.

3.— Terminada la Segunda Guerra Mundial, el 30 de enero de 1946, el Consejo de Control aliado expide la ley II que deroga distintas disposiciones del Derecho penal nacional-socialista, incluyéndose entre ellas la precitada ley de 28 de junio de 1935 que, como sabemos, implantó la analogía, y también la que imponía la castración de criminales sexuales peligrosos, introducida como medida de seguridad por la ley de 24 de noviembre de 1933.

4.— La reinstalación expresa de la máxima legalista se consigue con la Proclamación N° 3 del Consejo de Control que estableció lo siguiente: “2.— Existe responsabilidad punible solamente con respecto a acciones que el derecho declara punible”; “3.— Ningún Tribunal puede declarar punible acción alguna sobre la base de la “analogía” o en virtud del llamado “sano sentimiento popular”, como ha ocurrido hasta el presente en el Derecho penal alemán”.

5.— El 25 de agosto de 1953 se da a conocer el texto refundido del Código penal alemán de 1871, presentándosele bajo la forma de una nueva redacción. Al parecer, el propósito ha sido, primordialmente, no de reforma, sino de depuración del espíritu político nacional-socialista, ya que una reforma a fondo —pendiente y siempre fracasada en Alemania desde hace medio siglo— está planeada por el Ministerio Federal de Justicia. Entre las innovaciones que presenta cabe destacar la adopción del sistema de suspensión condicional de la pena mediante prueba y no como gracia. En la parte especial se han introducido solamente innovaciones de inminente urgencia. Así, en materia de circulación, el delito de fuga del causante de un accidente, el rapto con fines políticos, etc.

6.— Desde el año 1909 se han dado a la publicación numerosos trabajos científicos, proyectos y anteproyectos orientados a

la realización de una total reforma del Derecho penal alemán. El último intento tuvo su inicio en la sesión inaugural de una nueva Comisión llevada a cabo el 6 de abril de 1954, bajo la presidencia del Ministro de Justicia de la República Federal, Sr. NEUMAYER. Los trabajos preparatorios han culminado con la elaboración de los Proyectos de 1958 y 1959.

c) *Italia*.— Conseguida la unidad italiana, la primera preocupación del Estado fue la dación de una legislación penal que fuera fruto de su tradicional sentido jurídico. Desde aquella época los más saltantes sucesos del Derecho penal italiano han acaecido de la siguiente forma:

1.— El 30 de junio de 1889, después de los acostumbrados trabajos de comisiones y sub-comisiones, el Rey sancionó el primer Código penal de la Italia unida. El Código de 1889 ha sido estimado como excelente para la época en que fue puesto en vigencia. Es uno de los precedentes más importantes del Código penal argentino de 1921. En opinión de RICARDO C. NÚÑEZ, la influencia del referido Código italiano se ha realizado prácticamente de una manera decisiva a través de la doctrina y la jurisprudencia argentinas, que ha encontrado —por lo menos hasta hace poco tiempo— su mejor fuente de información en la doctrina elaborada sobre la ley italiana.

2.— El 19 de marzo de 1910, el Ministro SCIALOJA presentó a la Cámara de Diputados un Proyecto de reforma de algunos artículos del Código de 1889 que no llegó a aprobarse.

3.— Con fecha 14 de setiembre de 1919 el gobierno de Italia, por intermedio de su Ministro de Justicia, LUDOVICO MORTARA, designó una Comisión con el fin de que propusiera las reformas necesarias en el ordenamiento jurídico-penal del reino, a fin de conseguir, en armonía con los principios y métodos racionales de la defensa de la sociedad contra el delito en general, una protección más eficaz y segura contra la delincuencia habitual. El Decreto Real que instituía la Comisión establecía que, entre otras cuestiones, eran de su competencia la propuesta de las modificaciones a introducir en las disposiciones vigentes sobre los delitos y la punibilidad de sus autores y, también, presentar los criterios más armónicos con el fin de la defensa social que de-

berían ser adoptados para establecer la peligrosidad de los delincuentes. En concepto de VINCENZO MANZINI la Comisión presentó más tarde un proyecto informado en criterios eclécticos, en el cual, excediéndose del mandato, estaba contenida toda la parte general del Código penal. La precitada Comisión estaba integrada, entre otros, por ENRIQUE FERRI, como Presidente y Relator; RAFAEL GAROFALO, EUGENIO FLORIÁN, SANTE DE SANTIS, SALVADOR OTTOLENGHI y FELIPE GRISPIGNI.

En cumplimiento del mandato recibido los comisionados se dedicaron a estructurar un Proyecto. EUSEBIO GÓMEZ, biógrafo de FERRI, nos dice que el sociólogo de la Escuela Positiva, en la conferencia con que el 9 de diciembre de 1919 inició el curso de Derecho y procedimiento penal en la Universidad de Roma, se refirió a la Reforma y al Decreto Real que la había dispuesto, haciendo notar que, en cumplimiento del mismo, aquella debía consagrar dos principios por cuyo reconocimiento había bregado la Escuela Positiva: el de defensa social y el de la peligrosidad del delincuente.

El proyecto fue terminado en enero de 1921 y presentado a LUIS FERA, por entonces Ministro de Justicia. En su Exposición de Motivos, que fue precisamente redactada por FERRI, se detallan los criterios fundamentales que han orientado la reforma que proponía la Comisión. Para el tema que desarrollamos ahora nosotros, interesa destacar dos criterios: en primer lugar, el propósito de dirigir y adaptar las disposiciones legales antes al delincuente que al delito; y, en segundo lugar, la adecuación de las medidas de defensa social, no tanto a la gravedad objetiva, mayor o menor, del delito, sino, más bien, a la mayor o menor peligrosidad del delincuente.

El Proyecto de 1921 se compone de un Libro I que contiene las Normas Generales. Este Libro I está integrado a su vez por las Disposiciones Preliminares y por tres Títulos. El Título I se ocupa del Delito, el Título II del Delincuente y el Título III de la Sanción.

El Proyecto de 1921 despertó un interés supremo entre los cultores del Derecho penal, tanto de Oriente como de Occidente. Las alabanzas y las críticas severas corrieron paralelas tanto dentro como fuera de Italia. Como toda obra humana, el Proyecto de 1921 llevaba consigo el ingrediente de la imperfección. Sin embargo, tuvo entre otras virtudes, la de definir la opinión de los penalistas en dos sectores: los positivistas, que vieron en

el documento pre-legislativo la más convincente demostración de la posibilidad de codificar los principios de la Escuela del Método Experimental; y, los antipositivistas, que lo adjetivaron de "ficción científica".

4.— El 13 de enero de 1925, cuando sesionaba la Cámara de Diputados, el guardasellos ALFREDO ROCCO presentó un Proyecto de ley concerniente a la delegación al gobierno de la facultad de modificar el Código penal y otros cuerpos de leyes. Rocco sólo se proponía hacer simples retoques al Código de 1889 en lo relacionado con el sistema de penas, la ejecución de las condenas, las causas que disminuyen o excluyen la imputabilidad, la reincidencia, la extinción de la acción y a las disposiciones referentes a los delitos y las penas específicas de los mismos. Indudablemente que su propósito no era otro que adecuar la legislación penal a las nuevas exigencias de la vida económica y social de Italia. En fecha 24 de diciembre de 1925 las Cámaras aprobaron el proyecto de delegación de facultad legislativa presentado por Rocco.

5.— En agosto de 1927 se publica oficialmente el Proyecto preliminar de Código penal, que fuera preparado por una Comisión dirigida por el profesor ARTURO ROCCO e integrada por EDUARDO MASSARI, ANTONIO GISMONDI y UGO ALOISI, entre otros

6.— El Proyecto preliminar fue discutido por una Comisión ministerial presidida por el Procurador General de la Corte de Casación GIOVANNI APPIANI e integrada por magistrados y profesores. Entre éstos últimos destacan los nombres de ENRIQUE FERRI, VINCENZO MANZINI y ARTURO ROCCO. La Comisión duró en su cargo desde el 30 de noviembre de 1927 hasta el 3 de julio de 1928, expresando sus votos, que fueron resumidos e ilustrados en una amplia Relación de su presidente.

7.— En noviembre de 1929 se da a la estampa el Proyecto definitivo, precedido de una extensa Relación de ARTURO ROCCO. El texto es publicado por Real Decreto de 19 de octubre de 1930, en el que se dispuso que el Código entrara en vigor el 1º de julio de 1931.

8.— Una apreciación sintética del Código de 1930 la da VINCENZO MANZINI. Lo presenta como un organismo autónomo, completo, sistemático; sus principios son aplicables a todas las leyes especiales, en cuanto éstas no dispongan otra cosa (arts. 15º y 16º).

El Código Rocco, conforme a las mejores enseñanzas de la ciencia italiana y de la técnica legislativa, sigue el sistema de la división bipartita de las infracciones punibles, y comprende tanto los delitos como las contravenciones.

Está dividido en Libros, Títulos y Capítulos. Consta de tres Libros: Primero, "De las infracciones punibles en general"; Segundo, "De los delitos en particular"; Tercero, "De las contravenciones en particular". Comprende un total de 734 artículos (3).

9.— Una de las primeras preocupaciones del gobierno italiano, después de la liberación de la capital, fue la reforma del Código penal para adecuarlo a los principios y a las exigencias del régimen democrático. Fue así como el 14 de setiembre de 1944 se dictó el decreto legislativo que abolía la pena de muerte estatuida en el Código Rocco, restablecía las circunstancias atenuantes genéricas, abrogaba las figuras de delitos que se relacionaban con los institutos propios del régimen fascista e introducía algunas modificaciones en la parte especial.

10.— En el mes de julio de 1949 el Comité Ejecutivo, constituido por algunos de los miembros de la Comisión designada para proyectar la reforma del Código de 1930, presentó al gobierno un Proyecto de Código penal para Italia. Los nombres de GIUSEPPE LAMPIS, BIAGIO PETROCELLI y OTTORINO VANNINI se encuentran entre los integrantes de dicho Comité Ejecutivo.

Los criterios directivos de la reforma están expuestos en la Relación. Democratizar el Derecho penal es su principal objetivo y se traduce, entre otros aspectos: en una notable atenuación de la medida de las varias penas eliminando así el excesivo rigor; en la eliminación del criterio de responsabilidad objetiva y en la modificación de las normas sobre extradición con el retorno a la prohibición de la misma por delito político.

(3) VINCENZO MANZINI.— T. I., Vol. I, op. cit. p. 95.

4.— El 25 de setiembre de 1941 José PECO, en su calidad de Diputado, presentó a su Cámara un Proyecto de Código penal que él mismo calificó de "neo-positivista".

5.— El 1º de agosto de 1951 el Ejecutivo sometió a la consideración del Poder Legislativo un nuevo Proyecto de Código penal. El texto está antecedido de una extensa exposición de motivos firmados por JUAN DOMINGO PERÓN y su Ministro BELISARIO GACHE PIRAN. No consta quien sea el autor o autores del Proyecto. La impresión que causó a los verdaderos penalistas del país no fué favorable al Proyecto. Se señalaron una serie de defectos de técnica y graves errores de concepto en la formulación de las normas que lo integran. RICARDO C. NÚÑEZ dijo que su sanción podría significar, en vez de un proceso, un regreso en la evolución del Derecho penal argentino.

6.— En 1960 el más distinguido penalista de América, Profesor SEBASTIÁN SOLER, presenta el Anteproyecto de Código penal argentino que hoy lleva su nombre en reconocimiento a su indiscutible filiación. Fue elaborado en cumplimiento del encargo que le confirió el gobierno por Decreto N° 7.292, de 13 de octubre de 1958. Nos ocuparemos brevemente de él.

El Anteproyecto reconoce, en su Exposición de Motivos, como fuentes de los preceptos nuevos que en él se introducen, a la experiencia obtenida en la aplicación del Código de 1922 y a la construcción jurídica de la doctrina. 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 fuentes extranjeras figuran los Proyectos alemanes de 1958 y 1959, los códigos brasileño, búlgaro, belga, colombiano, costarricense, cubano, chileno, danés, ecuatoriano, finlandés, griego, guatemalteco, húngaro, noruego, polaco, peruano, suizo, uruguayo y español.

En cuanto a su estructura diremos que consta de 376 artículos, los mismos que se distribuyen en una "Parte General" (arts. 1º al 109); una "Parte Especial" (arts. 110 al 373) y tres disposiciones complementarias. Las dos primeras partes están divididas en Títulos y éstos en Capítulos.

La "Parte General" presenta la innovación más importante que recae sobre las sanciones. Frente al Código vigente que sólo reconoce la existencia de penas, se introducen las "medidas

de seguridad" de tanta discusión sobre su nombre y sobre su esencia.

La "Parte Especial" presenta varias innovaciones. Así, por ejemplo, en los delitos contra la vida se tiene en cuenta la Convención sobre genocidio, suscrita por la Argentina; se introduce la figura del homicidio por piedad; en el infanticidio el privilegio queda limitado a la madre, etc. En los delitos contra la honestidad, el adulterio deja de constituir un delito y sí se castiga la rufianería, que es una infracción ausente en el Código penal que actualmente rige.

Es de esperarse que, por los excelentes méritos del "Proyecto Soler", pronto el Parlamento argentino lo convierta en una obra legislativa (5).

f) *¿Crisis del Derecho penal liberal?*— El Derecho penal es un instrumento que pretende controlar a la sociedad amenazando con una pena a los que dañan los intereses que él protege. Como conjunto de principios definidos y sistemáticos, que se expresan en una serie de normas que reúnen los formulismos estilísticos y modos de expresión, el Derecho penal podemos decir que ha alcanzado la perfección. Si los aspectos dogmático y técnico del Derecho penal han logrado o no actualizar el valor justicia en el sentido comunitario que aspira lograr el siglo XX, es problema distinto.

Por nuestra parte creemos que la eficacia del Derecho penal ha sido, es y será siempre relativa. La razón fundamental está, a nuestro juicio, en que hace uso de un medio irracional en todos sus aspectos como es la pena, para ser aplicada al único ser racional del Universo: el hombre. La incorporación de ciertas garantías liberales en el Derecho penal, en el mejor de los casos, ha servido sólo para evitar los abusos, pero los usos siguen teniendo el común denominador del castigo, de la retribución.

Los juristas y los políticos se afanan en proclamar un Derecho penal que sea demócrata y liberal, para ser aplicado, por supuesto, cuando el hombre ya ha caído en el delito; pero cuando hay un esfuerzo por democratizar la sociedad y liberarla de la explotación capitalista —de dentro y de fuera— que habrá de

(5) Véase: JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA.— "El Anteproyecto de Código Penal Argentino de 1960 de Sebastián Soler"; en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales" T. XIII, Fascículo III, setiembre-diciembre MCMLX, Madrid, pp. 359-83.

beneficiar al hombre libre y al delincuente, entonces no tienen escrúpulos en guillotinar las llamadas garantías liberales (6). Cae así sobre el Derecho penal el estigma no sólo de haber fracasado en su propósito de reivindicar al delincuente, sino, también la acusación de servir de instrumento para hacer del hombre un esclavo sumiso de los explotadores.

No hay Derecho penal liberal verdadero sin democracia social verdadera para todos. Hablar de democracia y de liberalidad rejas adentro es una estafa que debe ser denunciada por quienes han dirigido sus pasos por esa trayectoria esquemática de vida que es la enseñanza universitaria.

El Derecho penal liberal está en crisis porque sabe que la pena es inútil y porque la organización social capitalista o semi-feudal no permite ni siquiera la actualización de sus principios más avanzados. Es necesario, entonces, llegar al convencimiento de que la reivindicación del delincuente y la seguridad social sólo serán conseguidas cuando previamente se reivindique al hombre jurídicamente libre, pero que en la realidad vive en miserables condiciones de existencia.

(6) Los regímenes políticos llamados liberales no han vacilado en utilizar duros medios represivos, así: Grecia dió, el 15 de setiembre de 1936, una ley para la represión del comunismo. Ecuador promulgó una ley, el 19 de diciembre de 1936, para la represión de los delitos contra el Estado y las actividades comunistas; en el mismo sentido Haití por ley de 17 de noviembre de 1938. Paraguay, por ley de 11 de febrero de 1937 y el Perú por leyes Nos. 11049 y 13488, ambas felizmente derogadas.