



SECCIÓN ENSAYOS

PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL ARGENTINO ELABORADO POR SEBASTIÁN SOLER

por Jorge Abou Assali

Recibido / received: 2/03/2020
Aceptado / accepted: 24/03/2020

Resumen

Este estudio procura determinar la dimensión del proyecto de Código Penal redactado por el doctor Sebastián Soler a solicitud del Poder Ejecutivo en 1958. Analizaremos en qué circunstancias se inspiró el autor, cuáles fueron sus preocupaciones y cuál ha sido la dogmática jurídica que aplicó para la tarea. En fin, establecer el alcance de su legado para la posteridad.

Abstract

This study seeks to determine the size of the draft Criminal Code drafted by Dr. Sebastián Soler at the request of the Executive Branch in 1958. We will analyze in what circumstances the author was inspired, what were his concerns and what was the legal dogmatic that he applied for the task. In short, establish the scope of his legacy for posterity.

Palabras clave

Soler; Proyecto; Reforma; Código; Penal; 1958.

Keywords

Soler Project; Reform; Code; Penal; 1958

I. Introducción

El Derecho Penal Argentino no encuentra sus raíces ni aparece influenciado por el desenvolvimiento de un derecho penal aborigen. Tampoco es el resultado de un trabajo progresivo de sistematización normativa o doctrinaria



o de hechos o situaciones fruto de sus exigencias o valoraciones. En realidad, prevaleció el fenómeno de recepción de la legislación europea.

Hasta el inicio de la codificación, la fuente exclusiva del ordenamiento represivo vigente en el territorio del Río de la Plata (que en su mayor parte pasó a ser de las Provincias Unidas y luego de la República Argentina) eran las leyes españolas anteriores al primer Código Penal de la Nación. A partir de 1810, junto a las normas que de ese reino subsistían, rigieron las especiales, en su mayoría con alcance provincial.

Se coincide en afirmar desde una perspectiva historiográfica actual (Levaggi) que el proceso comenzado 1810 no produjo el abandono inmediato de la legislación ni de los criterios o valores jurídicos propios de la tradición del viejo continente¹. Por el contrario, como dice Stringini, se mantuvo el esquema hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando se inició el proceso codificador². Es que la independencia de las colonias, remarca Díaz Cozuelo, importó únicamente la ruptura de la subordinación política del gobierno de España, pues la sociedad quedó organizada como estaba con sus leyes, justicia, educación, etc. En fin, se continuó con la práctica ibérica³.

Ello por cuanto las exigencias revolucionarias relegaron toda reforma y las pocas intentadas no modificaron en rigor las leyes hispánicas⁴. De todas maneras, tampoco existía una vía para elaborar un Código Penal propio que apareció recién con la Constitución de 1853/1860 ligada, como debe reconocerse, a fuentes foráneas con predominio norteamericano⁵ y bajo la influencia de Juan

¹ Dice el jurista: "La Revolución de Mayo, no obstante la proclamación que hizo de nuevos principios liberales, la importancia de sus cambios institucionales y su proyección ulterior, no derogó el Derecho anterior, que siguió vigente. Lejos de ser esta conducta paradójica fue la consecuencia lógica de su fundamentación jurídica en ese sistema castellano-indiano. La reasunción de los derechos de soberanía se apoyó en la vacancia del trono y la ruptura del pacto con la Corona de España en la enajenación del reino a un monarca extranjero (Napoleón)" (LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Tomo I, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013 p. 213).

² STRINGINI, Natalia, *La continuidad de la tradición jurídica ibérica en el pensamiento de Carlos Tejedor. El caso del delito de cohecho*, en Revista de Historia del Derecho – Sección Investigaciones, nro. 45, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, enero-junio 2013, ps. 43-72. Levaggi ilustra que "la palabra código (del latín *codex*) sólo desde el siglo V fue usada para designar, específicamente, un 'libro de leyes' (el Código Teodosiano). Anteriormente se refería a cualquier clase de libro, y más atrás aún, al tronco del árbol, cuya madera (tablillas enceradas unidas por anillos o cordones) se hacían los dípticos o polípticos en los cuales se escribía. Es decir que la palabra se usó primero para nombrar el material y después la forma para concluir con un libro determinado; el de leyes" (LEVAGGI, ob. cit., p. 175).

³ DÍAZ COSUELO, José María, *Delitos contra la religión y el culto en la codificación penal argentina (1853-1941)* en Revista de Historia de Derecho, Sección Investigaciones, nro. 48, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, julio-diciembre, 2014, pp. 33-73.

⁴ NOGUERA, Carlos Alberto, *El Bicentenario de la literatura procesal argentina* en Revista de Derecho Procesal: El Derecho Procesal en vísperas del Bicentenario, número extraordinario conmemorativo del Bicentenario, tomo 2010, Rubinzel-Culzoni, cita on line RC D 220/2013.

⁵ Víctor Tau Anzoátegui y Eduardo Martiré sostuvieron que la elaboración de los ensayos constitucionales en el Río de la Plata recibió la influencia de la doctrina en boga, la de la Constitución Federal de los Estados Unidos (1787), la de las constituciones estaduales americanas,



Bautista Alberti⁶. Se hacía necesario (en el marco de lucha revolucionaria) conservar la vigencia del derecho heredado para atender la transformación nacional pero adaptarlo a los principios liberales en cuanto fuera posible.

Esta conservación –apunta Halperin Donghi- se vinculaba con la difícil transición de la estructura administrativa española a la de la etapa independiente. Menciona un ejemplo: “la constitución santafesina en 1819 mantiene casi intactas las magistraturas heredadas de la colonia: la legislatura es sobre todo un cuerpo electoral, y su creación es consecuencia del reemplazo de la soberanía del monarca por la del pueblo (que en ella la delega); las tareas del gobierno siguen a cargo del gobernador y del cabildo. Aun en Córdoba, el estatuto de 1822, que se adecua mejor a los preceptos del constitucionalismo liberal europeo, concede al gobernador las atribuciones fijadas por la borbónica ordenanza de intendentes; ya se ha visto cómo, si bien [...] la legislatura es aquí en efecto un poder legislativo, su gravitación real se ve limitada por la amplitud de las atribuciones que conservan el gobernador y el cabildo”⁷.

Más allá de los intersticios jurídicos que le sucedieron a la era independentista, queda claro que desde sus primeros días el país buscó alinearse a la corriente codificadora como medio superador del régimen opresor monárquico. Así lo ordenaba la Constitución Nacional en el antiguo art. 67, inc. 11°, y lo sigue haciendo hoy en el actual art. 75, inc. 12°.

La sanción de códigos –propio de un sistema organicista y autosuficiente acuñado por la Ilustración- era vista como forma para suplantar lo antiguo por lo nuevo y el período iniciado en 1810 que culminó con el dictado del Código Penal conformó, en ese sentido, según Stringini, una época de transición entre el sistema anterior y el paradigma legal moderno⁸.

Este ideal expresaba, como marca Levaggi (de acuerdo a Francisco Martínez Marina), la formación de “un código completo de legislación acomodado al carácter y genio nacional, capaz de proveer a todas las

la de los textos constitucionales de Francia (1791, 1793 y 1795), la de las constituciones venezolanas de 1811 y 1812 y la de la española de 1812, todas las que de forma directa o indirecta inspiraron casi todos los proyectos y textos sancionados en la época. (TAU ANZOÁTEGUI, Víctor – MARTIRÉ, Eduardo, *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, 7^a ed. act., Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 319).

⁶ Si bien se inspiraba en la Constitución de Filadelfia y en el proyecto de Acta Federal para Suiza, Levaggi señala que nuestra Constitución Nacional se adaptó a la realidad argentina. Esta era la idea modular de Alberdi, de quien transcribió lo siguiente: “la constitución que no es original es mala, porque debiendo ser la expresión de una combinación especial de hechos, de hombres y de cosas, debe ofrecer esencialmente la originalidad que afecte esa combinación en el país que ha de constituirse... La originalidad constitucional es la única a que se puede aspirar sin inmodestia ni pretensión” (LEVAGGI, ob. cit., p. 220).

⁷ HALPERIN DONGHI, Túlio, *Revolución y Guerra: formación de una élite dirigente en la Argentina criolla*, 3^a ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 426.

⁸ STRINGINI, ob. cit., con cita en ÁLVAREZ CORA, Enrique, *La génesis de la penalística argentina (1827-1868)*, en Revista de Historia del Derecho, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, nro. 30, Buenos Aires, 2002, p. 15.



necesidades del Estado y del pueblo, análogo a los progresos de la civilización, a las ideas, opiniones y circunstancias políticas y morales producidas por las revoluciones pasadas; conciliando la brevedad con la integralidad del cuerpo del Derecho; distribuir las materias generales y particulares, los géneros, las especies y aun los individuos bajo el orden y método que convenía; tirar una justa línea de demarcación entre las diferentes clases de leyes, de las cuales muchas se allegaban y tocaban en una infinidad de puntos, para que no se [confundieran], antes conservaran el puesto y sitio que naturalmente les correspondía; extenderlas con pureza, esto es, sin mezcla de materias extrañas, en un estilo y lenguaje propio de la ley, claro, breve, conciso, y con toda la gravedad, nobleza, fuerza y armonía de que eran susceptibles”⁹.

El fenómeno de la codificación, de acuerdo a Tau Anzoátegui, no puede comprenderse y valorarse sin vincularlo a las circunstancias históricas que lo produjeron¹⁰.

Argentina entendía necesario (una vez consolidada su soberanía) disponer de su propia regulación legal separada de la castellana, validar al mismo tiempo su poder político y convertirse en una nación más civilizada, tal como señala Zorraquín Becú¹¹. El motor de la tarea fue la elaboración de un ordenamiento jurídico nacional que pudiera expresar los valores de la sociedad¹². Su redacción, a tenor de la función política que adquirieron los códigos, no quedó librada a los profesores o magistrados sino, como dice Levaggi, a la burocracia jurídica formada por funcionarios gubernamentales imbuidos de los objetivos políticos que debían procurarse¹³.

En efecto, poco tiempo después de la Revolución de Mayo se adoptaron las primeras medidas destinadas a introducir en el sistema de enjuiciamiento las instituciones liberales de la época (Levaggi, 1983¹⁴). Una muestra fue –dice ese autor¹⁵– la adopción breve pero notable del Reglamento de Instrucción y Administración de Justicia del 23 de enero de 1812. Antes que las materias de

⁹ LEVAGGI, ob. cit., pp. 179-180.

¹⁰ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, volumen XI, Buenos Aires, 1977, p. 19.

¹¹ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *La recepción de los derechos extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX* en Revista de Historia del Derecho, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, volumen 4, Buenos Aires, 1976, p. 355.

¹² Ver la exposición de motivos del Anteproyecto de la Nación de Código Penal elaborado por la comisión que presidió Eugenio Raúl Zaffaroni publicado en marzo 2014 por la Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

¹³ LEVAGGI, ob. cit., p. 180.

¹⁴ LEVAGGI, Abelardo, *La codificación del procedimiento criminal en la Argentina de la segunda mitad del siglo XIX*, en Revista de Historia del Derecho, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, volumen II, Buenos Aires, 1983, p. 122.

¹⁵ LEVAGGI, Abelardo, *Orígenes de la codificación argentina: los reglamentos de administración de justicia*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1995, p. 13.



fondo como la civil, la penal, la comercial, etc., que demandaban un esfuerzo codificador que las provincias delegaron en la “hermana mayor” Buenos Aires¹⁶, urgía regular la actividad punitiva federal.

Como lo hizo notar Rivadavia en un oficio que dirigió a la Cámara de Justicia el 18 de agosto de 1821: “las formas de los juicios y la provisión de jueces hábiles y proporcionados al número, gravedad y exigencia de los casos, son sin duda los puntos que más altamente claman por correcciones y mejoras”¹⁷.

Esto no quería decir que las provincias no se encontraban capacitadas para redactar códigos. La deformación histórica que ilustraba a Buenos Aires como la única competente para concretar el trabajo pretendía mostrar que el interior debía aguardar a que la metrópoli se los proveyera. De acuerdo al estudio de las fuentes procesales, Levaggi concluye que, hasta la sanción de los primeros códigos nacionales, el mayor esfuerzo lo hicieron el conjunto de las provincias superando por lejos el trabajo de Buenos Aires¹⁸.

Sin desconocer la energética actividad que desplegaron las primeras autoridades nacionales, huelga decir, citando a Zorraquín Becú, que durante el siglo XIX primó en Argentina la recepción de legislaciones extranjeras que dieron como resultado la modernización y perfeccionamiento de nuestro derecho con un notable nivel de aceptación al finalizar la centuria¹⁹.

A criterio de Manuel Quintana (quien ocupó la presidencia), eran ya inaceptables las leyes que disponían castigos bárbaros, ridículos e inmorales y que colocaban al magistrado entre la exageración del deber o el remordimiento de la conciencia haciendo que la administración penal no desplegara más que una afrenta arbitraria. Era preciso que el sistema punitivo se apoyara en un texto legal claro, terminante y alcanzable por todos los individuos²⁰.

Como subrayó Soler, “Las nuevas concepciones liberales no solamente debían presentar sus grandes lemas humanistas en tono de proclamas, aquéllos debían ser tecnificados, engarzados en la historia del derecho, adquirir no solamente sanciones formales del poder político, sino vigencia efectiva y vital en el pensamiento, en la conciencia e incluso en la convicción social común, superando en ese trabajo de consolidación los intentos posibles de retorno al pasado”²¹.

¹⁶ LEVAGGI, ob. cit. 13.

¹⁷ LEVAGGI, ob. cit., p. 59.

¹⁸ LEVAGGI, ob. cit., p. 14-15.

¹⁹ ZORRAQUÍN BECÚ, ob. cit., pp. 327-328.

²⁰ LEVAGGI, ob. cit., p. 182-183.

²¹ SOLER, Sebastián, *Bases ideológicas de la reforma penal*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1966, pp. 22-23.



De este modo, cuando se logró la unidad nacional, el primer intento en la órbita penal (si se deja de lado la tarea de Guret Bellemare²²) fue el encarado por Carlos Tejedor a solicitud del Poder Ejecutivo Nacional que ocupaba Bartolomé Mitre. Se inspiró en las disposiciones del Código Penal de Baviera de 1813 (de Paul Johann Anselm von Feuerbach), en el peruano de 1863, del de Luisiana y en menor medida de la doctrina española de Joaquín Francisco Pacheco (comentarista del Código Penal Español de 1848/1850) y de la francesa a través de Adolphe Chauveau-Faustin Hélie²³. Si bien no fue sancionado formalmente como código nacional²⁴, algunas provincias lo aplicaron mientras era revisado por la comisión que integró Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García (p.)²⁵.

Según Soler, en la obra de Tejedor era evidente la influencia extranjera pues, como lo hizo notar el profesor, ese doctrinario había transcripto con bastante frecuencia el Código de Baviera²⁶.

En el proyecto del 1881 redactado por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García (cuya comisión reemplazó a la designada por el presidente Domingo Faustino Sarmiento el 10 de noviembre de 1868 -José Roque Pérez, Marcelino Ugarte y Manuel Quintana)²⁷, predominaba la influencia del Código Español de 1870 y Córdoba lo adoptó el 14 de agosto de 1882 con algunas modificaciones, por ejemplo, al suprimir los delitos contra la religión. Igualmente, la Cámara de Diputados no lo aceptó y terminó por sancionar el primer Código Penal de la Nación (ley 1.920 del 7 de diciembre de 1886) sobre la base de

²² Guret Bellemare, alentado por los planes reformistas del Gobierno de Buenos Aires, se dedicó con entusiasmo a la tarea de proyectar un código de instrucción criminal y otro penal inspirados en la legislación napoleónica y que fueran bien recibidos en la época, mas no al punto de obtener sanción. Su texto no es conocido (LEVAGGI, Abelardo, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Lecciones de Historia Jurídica, tomo IV, Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 107).

²³ Se trató, al decir de Zaffaroni, del texto que irrumpió la continuidad de la legislación española y cuya comprensión era difícil en el medio nacional toda vez que no se tenía acceso al pensamiento del autor bávaro, por lo cual fue interpretado con doctrina italiana y francesa, de diferente filosofía (ZAFFARONI, Eugenio Raúl en Zaffaroni – Alagia – Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 249, citado en BAÑOS, Javier Ignacio – Buján, Fernando, *Historia de las penas: breves reflexiones sobre el Código Penal de 1886 y su comparación con el proyecto Coll-Gómez de 1937* en Revista de Derecho Penal y Criminología (febrero), 06/02/2015, 267, cita on line AR/DOC/4510/2014).

²⁴ DIAZ COSUELO, ob. cit., con cita en ZAFFARONI, Eugenio Raúl – ARNEDO, Miguel Alfredo, *Digesto de Legislación Penal Argentina*, tomo I, Madrid, A.z Editora, 1996, p. 19.

²⁵ Levaggi remarca la disparidad receptiva de las provincias en torno a su consagración legislativa habida cuenta que, algunas, lo han tomado de manera integral, otras con reservas y un tercer grupo no lo implementaron (LEVAGGI, Abelardo, *El Derecho Penal Argentino en la Historia*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, p. 279, citado en BÁEZ, Julio C., *La reforma del Código Penal* en Suplemento Penal 2017 (marzo) 4, La Ley 2017-B, 684, cita on line AR/DOC/379/2017).

²⁶ ZORRAQUÍN BECÚ, ob. cit., p. 353, con cita en SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo I, Buenos Aires, 1951.

²⁷ DÍAZ COSUELO, ob. cit.



proyecto de Tejedor de 1864 –enmendado asimétricamente y de forma parcial²⁸– que comenzó a regir el 1º de febrero de 1887.

Cabe destacar la extraña urgencia en sancionar el código mientras corría el 1886 tras veinte años de trámite legislativo (1868-1886). A criterio de Zaffaroni obedecía a esta razón: “Argentina era el único país del continente sin Código penal sancionado en forma constitucionalmente prevista”²⁹.

El 7 de junio de 1890 se comisionó a Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo la reforma. El trabajo (presentado en junio de 1891) legislaba sobre delitos y faltas nacionales y unificó la legislación penal común supliendo los vacíos sobre la aplicación de la norma en el espacio. Logró solo dictamen favorable en Diputados.

Se dispuso igualmente su revisión por una comisión conformada, además de Norberto Piñero y Rodolfo Rivarola, por Francisco J. Beagley, Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa, José María Ramos Mejía y el secretario José Luis Duffy. Presentaron el proyecto el 10 de marzo de 1906 sobre el que una comisión presidida por Rodolfo Moreno redactó otro en 1917. Pese a las críticas del sector positivista fue sancionado (para sorpresa de Moreno) con algunas modificaciones el 30 de septiembre de 1921 (ley 11.179) entrando en vigencia el 22 de abril de 1922³⁰.

En este caso, como ocurría en Tejedor, surgía con nitidez la recepción de la legislación extranjera al tomarse de base un código germánico traducido al francés y utilizado literalmente con el agravante de que se trataba, como dice Zorraquín Beú, de una obra que ya no respondía al derecho penal de la época³¹.

A partir de ello, según nos enseña el autor del proyecto de 1960, la sanción del código puso de manifiesto un grave desequilibrio ideológico, ya que la sustancia metafísica que lo nutría mereció los más duros ataques de la doctrina imperante, es decir, del positivismo³².

De todas maneras, el proceso de codificación nacional que repetía el derecho foráneo no se trató de una imitación vulgar. Si bien no era un

²⁸ BAEZ, ob. cit.

²⁹ DÍAZ COSUELO, ob. cit., con cita en ZAFFARONI, Eugenio Raúl – ARNEDO, Miguel Alfredo, *Digesto de Legislación Penal Argentina*, tomo I, Madrid, A.z Editora, 1996, p. 70. Agregaría luego Zaffaroni que las preocupaciones de nuestros libertadores regionales, obsesionados por reemplazar las leyes penales coloniales por códigos modernos y claros, fueron dejadas de lado por nuestras autoridades posteriores, en especial las argentinas, enfascadas en los avatares de una larga y accidentada vida política (ver la exposición de motivos del Anteproyecto de la Nación de Código Penal elaborado por la comisión que presidió Eugenio Raúl Zaffaroni publicado en marzo 2014 por la Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p. 43).

³⁰ Dijo Moreno: “No tuve jamás el pensamiento de que ese proyecto fuera una expresión definitiva... Mi propósito era que sirviese de antecedente para la preparación del articulado a sancionarse por las Cámaras una vez oídas las opiniones de las personas (consultadas)” (LEVAGGI, ob. cit., p. 201).

³¹ ZORRAQUÍN BECÚ, ob. cit., p. 354.

³² SOLER, ob. cit., pp. 9 y 10.



pensamiento estrictamente original (si se entiende por ello la elaboración intelectual creativa), Tau Anzoátegui indica que lo fue en la medida que suele estar presente también en la menos brillante labor de recibir, amalgamar y adaptar distintas tendencias ajenas³³.

Es posible señalar entonces que el propósito de adecuar los modelos conocidos a la realidad nacional tenía a que la recepción fuera aceptada. También, y no menos importante, resultaba necesario establecer una nueva legislación que promoviera las transformaciones inevitables. Para la tarea se acudieron a los mejores juristas de la mitad del siglo XIX, época que Zorraquín Becú observa como la predilecta de una República que había aceptado el orden jurídico creado por ella y lo vivía convencida que era un régimen adecuado a sus necesidades. Es decir, la admisión del derecho se había encarnado en la vida nacional que lo consideraba como propio³⁴.

En ésta directriz, Soler menciona que el Código Penal de 1921 procede de la corriente liberal-humanista cristalizada por Feuerbach, Mittermaier, Carmignani, Carrara, Pessina, Pacheco, Rossi, Romagnosi y Bentham, cuyas obras –nos dice– alcanzaron un valor que supera por mucho los estrechos límites de una especialidad³⁵.

Dicha mentalidad humanista, de la que procede nuestro Código Penal, inspira también las cláusulas de la Constitución Nacional. Queda claro así que el régimen sancionador no podía apartarse de la corriente liberal que la sosténía. No se trataba entonces de una recepción legal caprichosa, sino de la adopción de una normativa que se ajustaba a las garantías constitucionales que la Nación se dio para sí desde 1853/1860.

Para regresar a la línea codificadora argentina, el inconformismo legislativo³⁶ desecharon numerosos proyectos, entre otros, del estado peligroso de 1924, 1926, 1928, 1932 y 1936 (de Jorge E. Coll y Eusebio Gómez que intentó instaurar un derecho penal de autor³⁷), de orientación neopositivista como el de José Peco (1941) y el de corte autoritario de 1951. Además, los sucesivos golpes

³³ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, volumen XI, Buenos Aires, 1977, p. 31.

³⁴ ZORRAQUÍN BECÚ, ob. cit., p. 356 y ss.

³⁵ SOLER, ob. cit., pp. 25-27, donde explica que "Sobre un código que trata tal abolengo [postulados liberales humanistas], que procedía de la depurada constitución de las escuelas toscana y napolitana, que podía ser ilustrado con las opiniones de Carrara y de Pacheco (...), sobre ese código se ensaña la crítica [positivista], porque aquél se funda en la idea de libertad y responsabilidad".

³⁶ Soler dijo en la exposición de motivos de su reforma: "de nosotros, los argentinos, aún podría decirse que no nos caracteriza una excesiva adhesión a la ley y que, en general, predomina una actitud crítica frente a ella. El Código penal, al tiempo de su sanción, fue recibido con bastante menos aplausos del que merecía, y ello contribuyó a que la práctica no fuera mejorando".

³⁷ BAÑOS – BUJÁN, ob. cit.



de estado que suspendieron la vida democrática desestimaron otras reformas, como sucedió con la redactada por Soler en 1960, examinada por la Comisión Asesora, Consultiva y Revisora³⁸, que constituye el centro de este estudio.

II. El proyecto de 1960 de Sebastián Soler³⁹

Por decreto 7.292 del 13 de octubre de 1958⁴⁰ (suscripto por el entonces presidente Arturo Frondizi) se le encargó a Sebastián Soler la elaboración de un anteproyecto de Código Penal –presentado el 31 de marzo de 1960- que, según Rodríguez Devesa⁴¹, se trataba de uno de los trabajos de reforma más importantes. Así lo entendió también el autor y la comisión revisora integrada por Ernesto R. Gavier, Osvaldo Loudet, Ernesto J. Ure, Enrique Ramos Mejía, Jaime Prats Cardona y Jorge Frías Caballero –ver nota del 20 de octubre de 1960.

Luego de unas modificaciones para nada sustanciales, el anteproyecto fue enviado como proyecto al Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo.

En rigor, no era una reforma, sino que planificaba un nuevo código nacional. La envergadura de la tarea puede advertirse de la nota publicada por Soler en *La Nación* con las siguientes palabras: “La reforma que estoy preparando no consiste en una planilla de correcciones al Código actual, sino que se trata de un nuevo Código al que pasarán muchos materiales del anterior. La experiencia de las instituciones encierra un valor inapreciable para la seguridad jurídica y por

³⁸ La Comisión asesora que se nombró por Decreto de 1958 estaba compuesta por Enrique Ramos Mejía (representante del Poder Judicial); José Peco (representante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires); Ernesto R. Gavier (representante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata) y Osvaldo Loudet (representante de la Sociedad Argentina de Criminología), la que fue ampliada con un representante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral (Jaime Prats Cardona) y a solicitud del autor, se nombraron secretarios “ad hoc” a Eduardo Marquardt y Luis C. Cabral.

³⁹ No se trata de su único trabajo. Redactó junto a Vélez Mariconde el Código de Procedimientos en lo Criminal de la provincia de Córdoba y redactó un Proyecto de Código de Faltas. Fue magistrado de la Corte de Apelaciones de Rosario, director de la Penitenciaría de Córdoba y abogado de Rosario y Buenos Aires. Autor de *Derecho penal argentino* (La Ley, Buenos Aires, 1945-1946) y dirigió la traducción del Programa del Curso de Derecho criminal de Francisco Carrara (CARRARA, Francisco, *Programa del Curso de Derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, traducido de la 11^a edición italiana, bajo la dirección de Sebastián Soler, por Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, ed. Depalma, 1944-1949). En la academia, fue profesor titular de derecho penal por la Universidad de Córdoba (1942) y la Universidad de Buenos Aires (1955). Sus obras no solo abarcan el campo de derecho penal, sino también de la filosofía del derecho.

⁴⁰ B.O. del 27 de diciembre de 1958.

⁴¹ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *El anteproyecto de Código penal argentino de 1960 de Sebastián Soler* en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales dirigido por Eugenio Cuello Calon, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas (septiembre-diciembre MCMLX), tomo XIII, fascículo III, Madrid, p. 359 y ss.



eso, a pesar de muchas modificaciones y novedades, trato de mantener en la máxima medida posible las disposiciones que han regido sin inconvenientes”⁴².

Es decir, era un nuevo Código que no se apartaba de la tradición jurídica de 1891 y 1906. Como dijo la revisión: “Conviene hacer notar que si bien el Anteproyecto ha sido compuesto como un Código nuevo, ello no significa que se aparte de manera sustancial de la legislación vigente. Al contrario, como advierte el profesor Soler en la Exposición de Motivos, no se ha alejado del Código actual en una medida que represente una ruptura con la experiencia hecha de este cuerpo legislativo durante los treinta y siete años transcurridos desde su sanción, y, de tal modo, el Anteproyecto no ha perdido el contacto con la jurisprudencia conocida y con la tradición jurídica con la que nuestro código está vinculado a través de los proyectos de 1891 y 1906, la cual es digna de toda estima no solo por la riquísima bibliografía que la ilustra, sino también por la humana sabiduría política que lo inspira”⁴³.

Para estudiar la obra después de tantos años desde que se la dio a conocer, es preciso ubicar los acontecimientos históricos que la rodeaban. El país atravesaba una severa crisis institucional. Su germen, sin restar importancia a otros hitos nacionales e internacionales, operó con la transformación social argentina que se registró con el ascenso de la clase obrera que nutría las fábricas, y en las Fuerzas Armadas, donde crecía un sector nacionalista volcado al desarrollo industrial.

En ese contexto apareció Juan Domingo Perón que asumió la presidencia el 4 de junio de 1946 al capitalizar la representación política de diversos sectores que no encontraban referente en el escenario que ofrecía la “Década Infame” (1930-1943).

De acuerdo a algunos trabajos de historia –que parten del revisionismo– no queda del todo claro que la experiencia de esos años haya sido una dictadura, totalitarismo o tiranía, como lo juzgaba el pensamiento liberal-conservador, o de una expresión del fascismo o nazismo de acuerdo a la izquierda nacional⁴⁴, ni la condición de populismo al que lo redujeron los universitarios.

En cualquier caso, según Ramos, el peronismo nació en la confluencia de los sectores sofocados por el régimen agroexportador acuñado como economía

⁴² Transcripta por BARBAROSCH, Eduardo, *Un estudio sobre el profesor Luis Jiménez de Ansúa como profesor de la Facultad Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, publicado en www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/facultad-de-derecho-uba-hacia-su-bicentenario/un-estudio-sobre-el-profesor-luis-jimenez-de-asua.pdf, compulsado el 19 de febrero de 2020.

⁴³ Transcripta por Soler, ob. cit., p. 83.

⁴⁴ Según Hobsbawm, la influencia del fascismo resultó abierta y reconocida por Juan Domingo Perón (HOBSBAWN, Eric, *Historia del siglo XX*, 10^a ed., 10^a reimp., Buenos Aires, Crítica, 2013, p. 120-121).



complementaria del Imperio Británico⁴⁵. Desde la visión de Galasso, se irguió como frente antiimperialista o frente de liberación nacional que buscaba la dependencia económica⁴⁶ al poner en evidencia, si se sigue a Pigna, las desigualdades que dividían a la sociedad dándole a la clase obrera un protagonismo insoportable para el bloque del poder dominante⁴⁷.

En un período relativamente breve se accedió a la modernidad y al desarrollo del capital. La política de gobierno (que sostenía una fuerte intervención estatal en el mercado) apuntaba a la redistribución del ingreso y en ese sentido impulsó la reforma constitucional de 1949⁴⁸.

Estas transformaciones, de acuerdo a la postura de Galasso, provocaron la resistencia de la oligarquía terrateniente, inclusive en los sectores de la clase media adeptos al programa agroexportador apoyados por los partidos políticos tradicionales y los medios de comunicación, lo que desencadenó un verdadero odio clasista⁴⁹.

De todos modos, el auge económico que caracterizó el período se fue desacelerando a partir de 1950 y la crisis desencadenada, a juicio de aquel historiador, se profundizó con la partida de Eva Duarte (26/7/1952), referente de la clase obrera y nexo con el presidente⁵⁰. Sucedió algo parecido con la posición del mandatario, pues entiende Galasso que su método verticalista de poder lo dejó casi solo en torno a su propia figura⁵¹.

La situación que se atravesaba durante 1954 anticipaban los acontecimientos venideros. La renta disminuyó, el sector empresario buscó recuperar las ganancias por el mecanismo clásico –reducir la conquista de los trabajadores- y la Iglesia Católica asumía que la clase obrera había obtenido

⁴⁵ Confluían en el partido los restos del yrigoyenismo agrario, algunos débiles sectores empresarios, raros socialistas que rompían con su partido, sindicatos tradicionales y nuevos sindicatos, importantes sectores de la Iglesia Católica, grandes grupos de la clase media, la clase obrera y, por detrás del conjunto, el Ejército. Éste último era el verdadero partido político de Perón, el facto subrogante de una burguesía demasiado débil y confusa para percibir su verdadero papel (RAMOS, Jorge Abelardo, *Historia de la Nación Latinoamericana*, 1^a ed. 4^a reimp., Buenos Aires, Continente, 2012, p. 351).

⁴⁶ GALASSO, Norberto, *Historia de la Argentina: desde los pueblos originarios hasta el tiempo de los Kirchner*, 1^a ed., 1^a reimp., Buenos Aires, Colihue, 2011, p. 303 y ss.

⁴⁷ PIGNA, Felipe, *Los mitos de la historia argentina 5*, 1^a ed., Buenos Aires, Planeta, 2013, p. 10.

⁴⁸ Que tiempo más tarde el general Pedro Eugenio Aramburu la anulará por decreto durante la proscripción del peronismo.

⁴⁹ GALASSO, ob. cit., p. 331. A modo de ilustración, es preciso señalar que ya para junio de 1948 impresionaba a la opinión pública un caso de tortura policial ("Gerbelli"), que acusado de haber estrangulado a una mujer fue interrogado con corriente eléctrica y había confesado, mientras que, en 1949, un grupo de empleadas telefónicas fueron detenidas sin respetar las formalidades y trasladadas a la Sección Especial de Investigaciones donde fueron torturadas con picana eléctrica, golpes y puntapiés. Los casos se repitieron en 1951, 1952 y 1953 (ver PERLINGER, Nahuel M., *Los torturados (1813-2013)* en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2014 (julio), 04/07/2014, 188, La Ley, cita on line AR/DOC/1447/2014).

⁵⁰ GALASSO, Norberto, *La compañera Evita*, 1^a ed., 1^a reimp., Buenos Aires, Colihue, 2012, p. 132.

⁵¹ GALLASO, ob. cit., p. 341.



tantas ventajas que constituían una amenaza "roja", entre otras cosas. Por ello, en la procesión del Corpus Christi del 11 de junio de 1955 se repartieron panfletos que alertaban sobre la "marxistización" del gobierno que atentaba contra la propiedad privada. Cinco días después, el bombardeo a la Casa Rosada y Plaza de Mayo, en cuyo golpe participó Américo Ghioldi⁵².

Se llega así a la renuncia de Perón que significó el inicio de la "Revolución Libertadora", la proscripción del partido y del nombre de su líder (decreto nro. 4161), intervenciones sindicales, detenciones y torturas de delegados⁵³, clausura del Congreso Nacional, deposición de autoridades judiciales, intervención de las universidades y, como apunta Castronuovo, el empleo de todas las herramientas legales para establecer un movimiento antiperonista homogéneo⁵⁴.

Al asumir la presidencia el general Eduardo Lonardi, no llegó a aplicar una acción concreta para erradicar el movimiento proscripto sino que buscó implementar una política conciliadora que lograra una relativa armonía social⁵⁵.

Ante la sucesión de los conflictos, el 13 de noviembre de 1955 debió entregar el mando al general Pedro Eugenio Aramburu quien inició un proceso violento inmediato para re establecer una democracia sin presencia peronista. Encarceló a todos los que pudo⁵⁶ y mandó a fusilar a los responsables de los focos insurrectos que se levantaron a lo largo del país. Las atrocidades fueron legitimadas por Américo Ghioldi⁵⁷ y denunciadas por Rodolfo Walsh en "Operación Masacre" (1957).

⁵² GALASSO, ob. cit., p. 347.

⁵³ Por ejemplo, el senador Juárez fue arrumbado en una celda por más de tres años desde el 55' por profesar una determinada idea política (ver Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 30^a reunión, 9^a sesión extraordinaria, 6 y 7 de abril de 1998 – ley 23.592).

⁵⁴ CASTRONUOVO, Sabrina, *El rol de la Revolución Libertadora en el encarcelamiento de la militancia feminista peronista (1955-1958)*, en Revista de Historia del Derecho, nro. 51, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, enero-junio, 2016, ps. 49-71.

⁵⁵ CASTRONUOVO, ob. cit.

⁵⁶ En estos años las cárceles fueron utilizadas para neutralizar la militancia disidente y silenciar las críticas al gobierno cívico-militar que tomó el poder (CASTRONUOVO, ob. cit., con remisión a CÉSAR SEVESO, *Escuelas de militancia: la experiencia de los presos políticos en Argentina, 1955-1972* en "A contra corriente" 2009, vol. 6, nro. 3, pp. 137-165).

⁵⁷ El 14 de junio de 1956 escribió en el periódico "La Vanguardia" una editorial titulada "Jamás volverá a ensombrecer la vida argentina la cruel tiranía totalitaria" que decía: "En pocas horas se ha derramado mucha sangre de argentinos. El ex dictador, en su criminal intento para que otros le abran la puerta definitivamente cerrada con su fuga, ha llevado a la muerte a muchos de sus corifeos y ha provocado episodios de lucha civil. Los que pretendieron tomar de sorpresa al gobierno para maniatar otra vez al país carecían de fuerza física para cumplir su cometido y, además, no tenían razón para luchar contra la revolución democrática, ni defendían propósitos e ideales de validez moral. Pensando en los muertos y en los vivos, en los sacrificados y en los que ahora lloran, el país recobra su tranquilidad al comprobar que se ha producido el reencuentro de los hombres de la Revolución y el reencuentro del pueblo con el rumbo cierto del proceso liberador. Los hechos de la noche del sábado 9 y domingo 10, dentro de su inmensa tragedia, definen circunstancias y posiciones sobre las cuales parece necesario detenerse a pensar hondamente. En primer lugar, es dato fundamental de los hechos acaecidos, la absoluta y total determinación del gobierno de reprimir con energía todo intento de volver al pasado. Se acabó la leche de la clemencia. Ahora todos saben que nadie intentará sin riesgo de vida alterar el orden



El presidente de facto emitió el decreto nro. 2.413/55 (aprobaba un edicto policial sobre “tranquilidad pública y libertad de trabajo”) que sancionaba a quienes agitaban a las masas obreras y el nro. 1.301/56 (febrero de 1956), similar al anterior, que se dirigía a quienes promovían o generalizaban desórdenes o tumultos en lugares públicos o privados. Llegó a ponerse en práctica la ley 13.985, paradójicamente de origen peronista (sancionada en noviembre de 1950), referida a actos de sabotaje y/o espionaje que afectaban los intereses de la Nación⁵⁸.

Era necesario, en la inteligencia castrense, “desperonizar” a la Argentina como condición ineludible para la normalización del país.

Ha dicho Sigal que la relación causal entre la represión estatal desatada desde 1955 bajo el control de las fuerzas armadas y la violencia revolucionaria ejercida por los obreros como respuesta fue el origen de la cultura de izquierda complementada con la militancia terceromundista⁵⁹.

En ese ambiente adquirió relevancia la figura de Arturo Frondizi. Si bien era visto con desconfianza por su acercamiento al peronismo y pasado izquierdista, era también considerado (fundamentalmente por el empresariado y la clase media) como un estadista capaz de modernizar el país.

Entre idas y venidas, el pacto con Perón⁶⁰ le permitió tener éxito en las elecciones del 23 de febrero de 1958, aunque para acceder al poder –el

porque es impedir la vuelta de la democracia. Parece que en materia política los argentinos necesitan aprender que la letra con sangre entra” (ver PIGNA, ob. cit., pp. 151-152).

⁵⁸ CASTRONUOVO, ob. cit.

⁵⁹ SIGAL, Silvia, *Intelectuales y poder en la década de 1960*, Buenos Aires, ed. Puntosur, 1991; ver también TERÁN, Oscar, *Nuestros años sesentas. La información de la nueva izquierda intelectual argentina*, Buenos Aires, silgo XXI, 2013.

⁶⁰ El pacto establecía que “al fijar su posición frente a la elección del 23 de febrero de 1958, el peronismo: a) declarará que los partidos neoperonistas que deseen pertenecer al Movimiento, deben retirar su candidatos; b) ordenará a los peronistas que hayan aceptado candidaturas que las renuncien, quedando, en caso contrario, separados del Movimiento; c) frente al hecho concreto de la votación, dejará en libertad de acción a la masa peronista a fin de que sufrague en la forma que mejor exprese el repudio a la dictadura militar y a la política seguida por ella en todos los órdenes; d) declarará que lo expresado en el punto c) no implicará, por parte de los peronistas, compromiso alguno con los partidos que elijan, para expresar su protesta; e) el documento contendrá un párrafo en el que hará la crítica de la política conservadora, de manera que sea inequívoco que la opción no incluye al Partido Conservador Popular”. De su parte, “al asumir el gobierno, el doctor Arturo Frondizi se compromete a re establecer las conquistas logradas por el Pueblo en los órdenes social, económico y político, adoptando entre otras, las siguientes medidas: 1) revisión de todas las medidas de carácter económico adoptadas desde el 16 de septiembre de 1955, lesivas de la soberanía nacional, y de aquellas que determinaron un empeoramiento de las condiciones de vida del pueblo. Se consideran como de fundamental urgencia el restablecimiento de la reforma bancaria de 1949, la estructuración de una política económica de ocupación plena y amplio estímulo a la producción nacional, la elevación de vida de las clases populares y el afianzamiento de los regímenes de previsión social; 2) anulación de las mediadas de toda índole adoptadas por el gobierno provisional con propósitos de persecución política; 3) anulación de todo proceso iniciado con propósito de persecución política; 4) levantamiento de interdicciones y restitución de los bienes de sus legítimos dueños; 5) devolución de los bienes de la Fundación Eva Perón; 6) levantamiento de las inhabilidades gremiales y de normalización de los sindicatos y de la CGT (en el plazo de 120 días); 7) reconocimiento de la personería del Partido Peronista,



contralmirante Rojas se negó a entregar el mando al entender que su lazo con el peronismo significaba la vuelta del movimiento a la Casa de Gobierno bajo el ropaje de la Unión Cívica Radical Intransigente- debió acordar también con Aramburu, lo que le garantizaba a éste la estabilización y consolidación del sistema militar⁶¹.

Las maniobras que orquestó con los sectores opuestos debilitó su gobierno y la inestabilidad fue moneda corriente durante el mandato. Intentó conformar a unos y otros; los trabajadores lo observaban expectantes y los militares, apunta Galasso, le exigían buena letra mostrando sus armas⁶².

Desde que Perón denunció el pacto en el exilio (11 de junio de 1959) se desintegró el frente nacional. Las Fuerzas Armadas acentuaron la presión sobre Frondizi a quien juzgaban como un instrumento del político proscripto y como agente de Kremlin, al tiempo en que la clase obrera lo tildaba de "entreguista" por el pacto con Aramburu⁶³.

Ni siquiera el sector universitario fue ajeno. La controversia radicaba en la promoción del decreto-ley 6.403/55, estimulado por la Iglesia, que habilitaba la creación de universidades privadas con capacidad de emitir títulos profesionales pues, como decía el gobernante, era "necesario reconocer a los distintos sectores nacionales [en alusión a la Iglesia] el derecho de enseñar y aprender"⁶⁴.

El movimiento estudiantil se opuso con protestas apoyadas por los sindicatos y la sociedad quedó dividida en dos bloques, por un lado, los defensores de la "laica" enseñanza estatal, por el otro, los partidarios de la "enseñanza libre". El 27 de agosto de 1958, varios rectores nacionales (José Peco, Josué Gollán, Oberdán Caletti, Risieri Frondizi, Roberto Arata, Pascual Colavitta y Pedro León) solicitaron infructuosamente al ejecutivo la no concertación del decreto y comenzaron en simultáneo las revueltas.

En este marco, las actividades del sindicalismo (que adoptaron sucesivas huelgas generales durante todo el 1959) tomaron un giro progresivamente violento ante la ruptura del pacto Perón-Frondizi y la privatización del frigorífico municipal Lisandro de la Torre, que se cedió a la Corporación Argentina de Productores de Carne.

El presidente respondió con el plan CONINTES (Conmoción Interna del Estado) que generó detenciones, condenas y torturas de dirigentes políticos y

devolución de sus bienes y levantamiento de las inhabilidades políticas; 8) reemplazo de los miembros de la Suprema Corte de Justicia y eliminación de los magistrados que han participado en actos de persecución política; 9) En el plazo máximo de dos años se convocará a una Convención Constituyente para la reforma total de la Constitución que declarará la caducidad de todas las autoridades y llamará a elecciones generales" (ver GALASSO, ob. cit., p. 377-378, con cita en BARRIOS, Américo, *Perón en el exilio*, Buenos Aires, Treinta días, 1964, pp. 42 y 43).

⁶¹ GALASSO, op. cit., p. 381.

⁶² GALASSO, ob. cit., p. 383.

⁶³ GALASSO, ob. cit. pp. 386-388.

⁶⁴ PIGNA, ob. cit., p. 235.



gremiales (algunas denunciadas por el senador Alfredo Palacios años más tarde - ver Diario de Sesiones, 7^a reunión, del 18 de mayo de 1961) y autorizó allanamientos y detenciones fuera del marco constitucional. El objetivo primordial era prevenir la resistencia peronista e impedir la formación de guerrillas rurales o urbanas.

A la época tan convulsionada se le sumaba el fenómeno que hacía relajar en el pueblo los frenos inhibitorios causantes de una escalada criminal. A los factores comunes creados por las nuevas formas de vida se le agregaba el impacto de la inflación, el nivel sostenidamente bajo de la moral política y el amplio margen de impunidad alcanzado a raíz de las deficiencias de la ley penal y las procesales, o de una aplicación defectuosa de ellas al punto de conformar un foco criminógeno⁶⁵.

Hubo varios los intentos de la escuela positivista de imponerse en las reformas de 1924, 1926, 1928, 1932 y 1936 (con la pancarta del "peligrosismo") que fueron rechazados por el parlamento donde, afortunadamente, para Soler, primó el buen sentido⁶⁶.

En este contexto disruptivo, con la venia de la Comisión Revisora, más allá de las críticas de José Peco⁶⁷ quien igualmente apoyó el trabajo (ver nota del 20 de octubre de 1960 elevado al Ministerio de Educación y Justicia de la Nación), el Poder Ejecutivo remitió al Congreso Nacional el proyecto de Soler que fue tratado por la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados en sesiones públicas a la que asistió el autor.

Generó un intenso debate que separó en dos la representación argentina en la comisión del Código Penal Latinoamericano (celebrada en los Estados Unidos Mexicanos)⁶⁸. No obstante, con la disolución del Poder Legislativo tras el golpe consumado el 29 de marzo de 1962 (que depuso a Frondizi), la reforma quedó interrumpida y cobró vigor años más tarde con la sanción de la ley 17.567, cuya elaboración estuvo a cargo del mismo autor, Carlos Fontán Balestra y

⁶⁵ Expuso Soler en sus motivos que esto era la aplicación indiscriminada de la condena de ejecución condicional que generó la idea popular que la sanción en sí era inexistente, y la no ejecución de las multas impuestas como penas operaba a modo de perdón judicial.

⁶⁶ SOLER, ob. cit., p. 14.

⁶⁷ En 1920 escribió: "La escuela clásica terminó su misión al lograr la igualdad, la humanidad y la claridad de las leyes penales. Malgrado sus esfuerzos no pudo granjear la disminución de la delincuencia. El Código Penal es un catálogo de delitos, el derecho penal una cadena de silogismos, el juez un esclavo, el delincuente una abstracción, el fundamento de la responsabilidad estriba en el libre albedrío, la defensa social queda abandonada al régimen represivo. Pero la responsabilidad psicológica es tan frágil en sus fundamentos como peligrosa en sus consecuencias, la pena impotente para defender la sociedad, los delincuentes difieren entre sí, los delitos aumentan, los delincuentes reinciden. Fuerza es orientar en nuevos rumbos la defensa contra el crimen" (citado por LEVAGGÍ, ob. cit., p. 205).

⁶⁸ SIERRA, Hugo Mario – CANTARO, Alejandro Salvador, *Lecciones de derecho penal: parte general*, 1^a ed., Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, Ediuns, 2005, p. 383.



Eduardo Aguirre Obarrio, aunque sancionada con crítica de Ricardo Núñez por la ausencia de una discusión previa.

Debe recordarse que el ideólogo del proyecto de 1960 era un adversario del positivismo criminológico⁶⁹, adepto a la dogmática jurídico-penal (su labor se estructuraba sobre la base del derecho positivo vigente en Argentina) y apagado a las ideas del siglo XVIII⁷⁰. Si bien se lo encasillaba entre los autores “clásicos”, la fijación no era totalmente exacta a juicio de Jiménez de Ansúa⁷¹.

El profesor era un liberal que denunciaba la posición de la escuela nacida en Italia con el progreso de la antropología, la psicología, la medicina, la sociología, todas a favor de la revolución ideológica desatada con la filosofía de Augusto Comte y seguida por Charles Darwin, Jean-Gabriel Tarde y Herbert Spencer⁷².

Esta corriente, que significaba la anulación de derechos individuales, imaginaba que el delito era un síntoma del autor que lo hacía inferior al resto de las personas “normales”, inferioridad que tenía, en unos, una naturaleza moral, en otros, mecánica, y por lo tanto observados todos ellos bajo un estado peligroso⁷³ que se proyectaba en la sociedad.

Al exaltar la investigación del mundo mediante la observación y la experimentación, Levaggi explica que esta postura encontraba en el campo penal el ámbito propicio para aplicar sus axiomas en la persona del criminal⁷⁴. La *Scuola Positiva* (impulsada por César Lombroso con el *Tratado antropológico experimental del hombre delincuente*) proponía la existencia de un delincuente

⁶⁹ Destacó que las críticas del positivismo al sistema represivo se basaban en la ineeficacia de la amenaza que constituye la norma, que no suprime el delito. Desde esta idea, parecieron legítimos todos los medios de evitación llegando incluso a la teoría de la peligrosidad predelictual que sacrifica la libertad. Esta idea se basa en el error de suponer que los delincuentes (en potencia) son una clase diferente y reconocible de individuos. Los delincuentes posibles no constituyen una especie aparte, son hombres, son todos los hombres. El principio de retribución trata al delincuente como persona y no como cosa desprovista de derechos (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, ed. TEA, Buenos Aires, citado en KIERSZENBAUM, Mariano, *Los fundamentos del derecho penal en Sebastián Soler. Liberalismo jurídico vs. positivismo criminológico y regímenes autoritarios* en Derecho Penal y Criminología 2019 (mayo), 06/05/2019, 255, La Ley, cita on line AR/DOC/751/2019).

⁷⁰ Soler afirmaba, parafraseando a Pessina, que “Uno de los momentos más importantes en el camino de la civilización humana fue la reforma de la justicia penal inaugurada en la segunda mitad del siglo XVIII (SOLER, ob. cit., pp. 20-21).

⁷¹ JIMÉNEZ DE ANSÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Losada, 1950, p. 888. Hay que mencionar que el autor estuvo influenciado tanto por el positivismo criminológico italiano como el dogmatismo jurídico alemán, y desde esa adhesión estudió la peligrosidad predelictual (ROLDÁN CAÑIZARES, Enrique, *JOSÉ DANIEL CESANO, Reseña de viajeros y traductores: circulación de ideas en la formación de la cultura jurídico penal de Córdoba. Luis Jiménez de Ansúa y Robert Goldschmidt 1923-1952*, Córdoba (Argentina), Lerner, 2015, en Revista de Historia del Derecho, nro. 51, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, enero-junio, 2016. Pp. 164-173).

⁷² LEVAGGI, ob. cit., p. 205.

⁷³ BAÑOS – BUJÁN, ob. cit.

⁷⁴ LEVAGGI, ob. cit., p. 206.



nato, atávico, degenerado e inmerso en un proceso regresivo hacia especies inferiores de la escala zoológica contrastable con sus caracteres físicos y psíquicos⁷⁵.

Para esta doctrina, enseñaba Soler, el derecho penal se fundaba en las mismas leyes de la biología. Decía: "las medidas jurídicamente posibles debían tener un carácter defensivo puro. Rechazada toda idea de retribución, esa actividad del Estado solo debía inspirarse en fines preventivos; su objeto no podía ser la imposible reparación del mal consumado, sino el de prevenir e impedir su repetición. Para la intervención del Estado no sería necesario ni razonable siquiera esperar la comisión de un delito; bastaría la existencia de un peligro. Toda medida ulterior al daño tendría un matiz repudiabile de venganza inútil. Lo importante no era, pues, buscar en el sujeto la culpa reprochable, sino indagar su peligrosidad, con entera independencia de contenidos subjetivos de procedencia moral o espiritual"⁷⁶.

En Argentina, el clamor de los "no doctos" se hacía sentir durante la elaboración del proyecto que encaraba Soler. Exigían la imposición de penas más cruentas, incluso la capital para las atrocidades del terrorismo y la creciente sustracción de automóviles, aunque faltaban, a criterio de Jiménez de Asúa, estudios sobre la delincuencia como hecho social e investigaciones psicológicas de los delincuentes que hubieran sido útiles para la reforma del Código de 1921⁷⁷.

En realidad, en el plano jurídico, como menciona Barbarosch, el reclamo obedecía más que nada a la queja de los juristas adeptos a las tendencias positivistas italianas (alentados por la doctrina de la "Nueva Defensa Social") que se propagaron en las universidades, tribunales e instituciones forenses en general, conforme lo demostraban los proyectos de 1937 y 1941⁷⁸.

Por ejemplo, Francisco Laplaza entendía que cualquier solución que se proponga desde el derecho penal "no puede prescindir de la consideración integral de dicho problema, en sus aspectos criminológicos (descripción y explicación del crimen y de los criminales; volumen y tendencias de la delincuencia; manifestaciones, composición y características de la criminalidad; estudio científico de la conducta criminal, etc.), policiales, preventivos, penitenciarios, procesales y de ordenamiento judicial, asistenciales, administrativos, etc."⁷⁹.

⁷⁵ LEVAGGI, ob. cit., pp. 207 y ss.

⁷⁶ SOLER, ob. cit. p. 10.

⁷⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis – LAPLAZA, Francisco P., *Comentarios al proyecto de Código Penal Argentino*, Bibliográfica Omeba SA, Buenos Aires, 1962, p. 14.

⁷⁸ BARBAROSCH, ob. cit.

⁷⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA – LAPLAZA, ob. cit., p. 44.



A decir verdad, desde que el Código Penal había admitido en 1921 que podía haber sujetos imputables y sujetos que no lo eran, en pocas palabras, “que reconociera por esa vía que la pena es una consecuencia de la culpa”, bastó –en la postura de Soler- para que la “ciencia” nacional y extranjera le cayera encima⁸⁰.

Al denunciar esta posición, fue considerado como el rectificador u orientador del rumbo del derecho penal argentino⁸¹ o el renovador de nuestra doctrina penal⁸².

Asumía que “el juicio de peligrosidad [que propugnaba el positivismo criminológico] no es un juicio científico propio, sino un juicio valorativo, que si tiene con alguna disciplina vinculación íntima es con la estimativa, más que con la ciencia natural”⁸³.

Entendía que esa peligrosidad ponía en riesgo la seguridad jurídica del sistema al establecer de forma anticipada la conducta prohibida y penada, o dicho de otro modo, al regular una peligrosidad sin delito⁸⁴ en franca violación al principio *nulla poena sine lege*⁸⁵.

Alertaba que esta corriente podía aplicar leyes preventivas que no dependieran de la comisión de algún delito, sino de la sola existencia de la peligrosidad. Se expresaba de este modo: “toda vez que las ‘medidas’ aplicables consistían en internaciones, encierros y confinamientos, resultaba al final que para mandar a un sujeto a la cárcel ya no haría falta esperar hasta la efectiva exteriorización de la mala conducta: bastaba con aplicarle el peligrómetro, así como quien le pone un termómetro al enfermo para medirle la fiebre”⁸⁶.

En definitiva, aun concediendo que se trataba de una “buena” ciencia antropológica, Soler hacía notar que las fallas del positivismo consistían en su muy mala ciencia política y jurídica, esto era, el desconocimiento de la naturaleza

⁸⁰ Soler, ob. cit., pp. 10 y ss., destaca una referencia de Jiménez de Asúa: “hubiera sido más eficaz la adopción del criterio positivista de la responsabilidad social. Yo también hubiera querido ver – escribe- al legislador argentino sentar como principio director el postulado de que todos los que vulneran la ley –sanos o enfermos mentales- son socialmente responsables de su peligrosidad, en cuyo caso no hubiera sido preciso formulas la eximición de los irresponsables (*El nuevo C.P. argentino y los recientes proyectos complementarios*, Madrid, Reus, 1928, p. 214-5)”.

⁸¹ NUÑEZ, Ricardo, *Significado de Sebastián Soler para el derecho penal argentino* en Doctrina Penal, Año 3, 1980, p. 521.

⁸² ZAFFARONI, ob. cit., p. 50.

⁸³ DOVIO, ob. cit., con referencia en SOLER, Sebastián, *El elemento político de la fórmula del estado peligroso* en Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1934, p. 5.

⁸⁴ SOLER, ob. cit., p. 12.

⁸⁵ VACANI, Pablo Andrés, *Recorridos y trayectorias del pensamiento penal argentino en torno a la doctrina oficial penitenciaria (1926-1952)* en Revista de Derecho Penal 2018-1: Autoría: las posiciones actuales sobre la teoría del dominio del hecho – I, Rubinzal-Culzoni, 1^a ed. revisada, Santa Fe, 2019, p. 515.

⁸⁶ SOLER, ob. cit., p. 12.



de las relaciones normativas y del lugar que en ellas le corresponde al Estado y al ser humano⁸⁷.

Para el encargo que representó el decreto 7.292, como lo dijo en su exposición de motivos, se inspiró en los proyectos alemanes de 1958 y 1959, el código brasileño, búlgaro, belga, colombiano, costarricense, cubano, chileno, danés, ecuatoriano, francés, finlandés, griego, guatemalteco, el de groenlandia, húngaro, holandés, italianos de 1890 y 1930, islandés, noruego, polaco, peruano, suizo, uruguayo y español, y en la experiencia de la ley que regía y la constitución jurídica de la doctrina.

Que se haya volcado a textos de otros países no significa asumir su tarea como una imitación más. Al contrario, a la hora de promover una nueva legislación que se ajustara a las realidades autóctonas debía acudir a la autoridad cultural y científica de otras normas que sostengan la transformación y modernización que pretendía.

Koschaker entiende que "la recepción de un sistema jurídico no es un problema de calidad, o con otras palabras, no se recibe un sistema jurídico extraño por estimar que éste es mejor. La receptibilidad de un sistema jurídico es más bien un problema de poder, en otros términos, la consecuencia de la autoridad espiritual y cultural que disfruta el derecho que se recibe"⁸⁸.

Al apoyarse en otras leyes pudo construir Soler una obra igualmente auténtica, genuina y de raigambre argentina (recuérdese que no se alejó de la jurisprudencia de nuestros tribunales ni de la tradición jurídica del país⁸⁹), aunque esta afirmación no era compartida por Laplaza⁹⁰.

Constaba de 376 artículos, los primeros 109 dedicados a la Parte General y del 110 al 373 a la Parte Especial con tres disposiciones complementarias, ambas divididas en títulos y a su vez en capítulos. Dispuso de una técnica y sistemática notablemente mejor a la que exhibía el código vigente hasta el momento.

Presentaba una originalidad (y la mayor polémica) al separar el delito del autor que dejó de llamarlo "delincuente". A su juicio, esta expresión contenía una

⁸⁷ SOLER, ob. cit., p. 79.

⁸⁸ P. KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, trad. de José Santa Cruz Teijeiro, 209, Madrid, 1955, citado por ZORRAQUÍN BECÚ, ob. cit., p. 356.

⁸⁹ Ver informe de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Penal (nota 42).

⁹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA – LAPLAZA, ob. cit., p. 52, donde el crítico sostiene (luego de repasar los códigos extranjeros citados por Soler) que "Lo heterogéneo e incluso lo abigarrado de estas fuentes, demuestra hasta qué punto el proyecto se ha atendido a la 'experiencia de la ley vigente' y a la doctrina penal argentina. Códigos y Proyectos que obedecen a criterios teóricos antagónicos o dispares, procedentes de casi todos los rincones del mundo y concebidos para revolver otros problemas políticos, técnicos y prácticos, no habrán de servir precisamente de segura guía a los jueces argentinos que se esforzarán por aplicar la ley proyectada, con respetuoso acatamiento intelectual".



carga antropológica negativa al suponer la existencia de una especie de *signum indelebilis* en todo aquel que pudiera encontrarse en conflicto con la ley penal.

En la postura de Soler, sostener que quien hubiera delinquido era un delincuente envolvía presupuestos doctrinarios equivocados. Por un lado, tendían a crear categorías especiales de seres humanos, por el otro, hacía que la cuestión penal fuera abordada por especialistas de otras disciplinas como la psiquiatría o psicología.

En ese tiempo, pujante de ideas nuevas donde el industrialismo estaba en boga, Anzit Guerrero dice que se impulsó al positivismo a ir más allá de las normas penales para desentrañar las razones de la conducta trasgresora y en ese afán procuró profundizar en los desórdenes de conducta para explicar científicamente el delito⁹¹. Este era el foco de controversia que reñía con la posición del doctrinario.

En la óptica de Soler, la delincuencia no constituía una patología ni una calidad de algunas personas, sino una aptitud posible de todos (por ejemplo, entendía que la mendacidad era una ficción innecesaria ya que el mendigo debía interesar al Estado no como posible delincuente, sino como un individuo derrotado por la organización social, lo que chocaba con el pensamiento de Jiménez de Asúa al proponer un medio directo de intervención que acabara con el problema⁹²).

Trató la acción, la tentativa, causas de justificación y la culpabilidad acogiendo el principio de que no hay pena sin culpa, y legislando sobre el dolo y culpa, error, coacción y necesidad exculpante, además del cómputo de la prisión preventiva y el valor supletorio del Código.

Explicaba que, si bien era correcto concebir el dolo y la culpa como formas de delito, la imputabilidad era una calidad del sujeto y no del hecho, de modo que diferenciaba -con alguna polémica para Rodríguez Devesa⁹³- lo objetivo (hecho) de lo subjetivo (autor).

Entre otras regulaciones incorporó las medidas de seguridad derivadas de los principios que lo inspiraron en materia de responsabilidad, lo que constituía una novedad trascendental.

Puede asumirse entonces que uno de los elementos de mayor importancia en el proyecto de Soler era justamente la regulación vinculada a los inimputables o de imputabilidad disminuida. Para un caso establecía una pena disminuida, para el otro, una internación con fines terapéuticos y aseguradores. En palabras

⁹¹ ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Derecho penal y paradigma criminológico en América Latina*, 1^a ed., Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2011, p. 25.

⁹² ROLDÁN CAÑIZARES, ob. cit.

⁹³ Igualmente, como lo apunta Rodríguez Devesa, no resultaba muy acertada la desvinculación, y prueba de ello era la fórmula que adoptaba para la inimputabilidad: "no es punible el que no haya podido en el 'momento del hecho' comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones" (RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit.).



del redactor, la inimputabilidad excluía la pena, la semiinimputabilidad la atenuaba y la reincidencia y habitualidad la agravaban.

De esa forma, si un imputable disminuido no se mostraba peligroso y su defecto podía corregirse con procedimientos terapéuticos, la pena podía ser cumplida en un establecimiento especial. Inversamente, si no se hacía necesario un tratamiento especial, la medida podía materializarse en un ámbito penitenciario.

Incluso, la palabra “peligrosidad” no aparecía en el fundamento de las medidas de seguridad sino al regular la situación de los inimputables. Entonces, según el proyecto de 1960, si la sanción era proporcionada al hecho había una pena y si era indeterminada había una medida de seguridad.

Podría pensarse que el fundamento de la pena era la culpabilidad y de la medida de seguridad la peligrosidad, pero ello no era tan así desde que la peligrosidad desempeñaba también un papel fundamental en la medida de la pena. Dijo al hablar de los delincuentes habituales que “son manifiesta en tales casos las exigencias de seguridad”. Simplemente, las medidas quedaban determinadas por las exigencias de la seguridad social.

De todas maneras, la defensa de la sociedad no lo llevó a reivindicar la pena capital, al contrario, como subraya Chiappini, la repudiaba⁹⁴.

Sobre las penas entendía que debían guardar proporción con la gravedad del hecho. Ellas dependían, ante todo, de la jerarquía de valores y del puesto que ocupaba el bien jurídico atacado por el delito.

Decía que una pena civilizada era, primero, una advertencia, y que su fin tenía que ver con la prevención general y la educación⁹⁵. Desde su postura, constituía un error asumir que suprimía el delito, pues conducía a un aumento de las escalas penales en la medida que se incrementaba la actividad delictual hasta aplicarse la máxima sanción (muerte) para las más triviales infracciones. De suyo, que la fatídica consecuencia se oponía con los postulados que Cesare Bécaría volcó en su conocida obra *De los delitos y de las penas*⁹⁶.

En esa línea, ha dicho Aguirre Obarrio, que la creencia de que si se aumentaban las escalas disminuía la comisión de delitos era un error “garrafal” que no necesitaba explicación. Las únicas personas que no cometerían el delito porque se aumentó la escala tampoco lo hubieran cometido con la anterior. Esta era la burda forma de lo que se ha llamado “derecho penal simbólico” que

⁹⁴ CHIAPPINI, Julio, *Sebastián Soler y la pena de muerte*, El Derecho, 25/06/2018.

⁹⁵ Soler: “las penas de reclusión y prisión deben ser ejecutadas de manera que ejerzan sobre el condenado una ‘acción educadora’, preparándolo gradualmente para la vuelta a la vida libre”. Postura algo ingenua ya que hay delincuentes que no precisan educación y otros que son indiferentes a la cárcel.

⁹⁶ Para un examen acabado de la obra ver MILEI, Luis Fernando Javier, *Las Penas desde la óptica Beccariana* en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2013 (marzo), 265, La Ley, cita online AR/DOC/4802/2012.



consistía en el dictado de leyes o la adopción de medidas para tranquilizar por un tiempo las mentes haciéndoles creer que se está operando pero sabiendo que no se producirá el menor efecto⁹⁷.

En su proyecto, Soler dejaba a consideración del magistrado la fijación de la sanción (según la gravedad del hecho y la personalidad del autor⁹⁸) que debía determinarla en los topes normativos y bajo una escala objetiva de valores⁹⁹. Se debía atender a la naturaleza de la acción, los medios empleados, la importancia de los deberes transgredidos y la extensión del daño o el peligro, como evaluarse la perversidad y peligrosidad revelada durante el episodio con especial consideración de móviles y fines, edad, educación, costumbres precedentes y conducta anterior y posterior al suceso mismo.

Si se toman las premisas de su reforma, se explica la necesidad de estudiar a Soler no solo en su proyecto, sino en todos los campos del Derecho Penal. Es que su obra, marcadamente liberal –como la define Kirszenbaum¹⁰⁰–, supo desarrollar un punto de vista que integró los principios constitucionales con el derecho penal y la pena como la expresión de un poder necesario pero limitado.

Las obras jurídicas solo pueden comprenderse si se estudian en el contexto que se elaboraron, ya que el autor busca defender o criticar los dogmas de la época. Quien codifica intenta cambiar algo (aunque en un plano de continuidad y renovación) y sucede lo mismo con el proyecto del doctrinario¹⁰¹. Además,

⁹⁷ AGUIRRE OBARRO, Eduardo, *Problemas contemporáneos y política criminal*, Academia Nacional de Derecho, 2001, 01/01/2001, 173, cita on line AR/DOC/10287/2003.

⁹⁸ Explicó en su exposición de motivos que existe una diferencia cualitativa entre un latrocínio y un hurto, entre un asesinato por precio y un homicidio emocional. La diferencia de los hechos no era la única razón que fundaba la diferencia de penas, debía también atenderse a las razones subjetivas del autor.

⁹⁹ Dijo en la presentación de su obra que en un derecho penal donde todas las infracciones merezcan la misma pena sin más distinciones que las que determinaba la severidad de los jueces era un engendro político monstruoso. Ello era posible solo dentro de una concepción tiránica que pretendía nivelar todos los bienes jurídicos en juego o, mejor dicho, si “los bienes jurídicos no cuentan; tanto vale la vida como la propiedad como el orden en el tránsito; lo único realmente valioso es la voluntad del tirano: todos los delitos son una especie de traición, nivelados bajo el signo de la obediencia”.

¹⁰⁰ KIERSZENBAUM, ob. cit.

¹⁰¹ Incluso, el propio Soler remarcó en la exposición de motivos que “un derecho penal eficaz no parece ser el más severo, sino aquel que en sus valoraciones guarda un mayor ajuste con los valores sociales, realmente vigentes en un pueblo dado y en un momento dado”. Por otra parte, se ha dicho con justeza que “el Derecho de otros tiempos interesa al historiador como elemento de un conjunto más amplio, de un todo social organizado y regulado. El estudio de los modos de creación del Derecho y el examen de las instituciones jurídicas (...) constituyen un camino propicio para el conocimiento y explicación de sociedades pasadas. Incorporada como rama específica de la ciencia histórica, la Historia del Derecho vería a este último como un conjunto de normas emitidas desde el poder y, a través del análisis del funcionamiento real de las instituciones, sería conocer cómo vivían las personas” (DALLA CORTE CABALLERO, Gabriela, *La historia del derecho en la Argentina o la Historia jurídica como proceso*, Prohistoria, Año III, nro. 3, Rosario, 1999, p. 155). Dicho en pocas palabras: “[...]a justicia como laboratorio para la historia” (BARRIERA, Darío G., *La justicia como laboratorio para la historia. Relaciones personales y recursos jurídicos en procesos judiciales* (Santa Fe, Río de la Plata, Siglo XVII), Tierra firme, Caracas, 2002, nro. 78, año 20, volumen XX, p. 143 y ss.).



agrega Báez, la historia de un Código Penal como el argentino está llena de pasiones y encierra discusiones, sentimientos, entusiasmos, sensaciones y opiniones divergentes o encontradas; y si se exhuma cualquier codificación (como el intento de Soler, haya o no tenido solución legislativa), se puede calar en sus honduras e inferir las discusiones que germinaron a su alrededor¹⁰².

Como dijo el proyectista: "Toda tarea legislativa pone en acción una compleja red de presupuestos y problemas, pues la ley siempre va a ser la resultante final de un sistema de ideas, de preferencias y de valoraciones, y el acierto de aquélla dependerá de la prudencia con que se vayan dosificando y balanceando criterios e intereses diferentes y hasta a veces contrapuestos".

"La tarea de desentrañar, de describir y mostrar ese complejo cañamazo ideológico que determina la estructura y la sustancia de la ley no es casi nunca una tarea sencilla. La empresa, además, está llena de riesgos, por el peligro de que el examen vaya más cargado de opinión que de descripción (...)".

"Las leyes penales son un buen retrato, una buena expresión de las fuerzas espirituales impulsadas de un pueblo y su máximo riesgo, porque las posiciones metafísicas y políticas repercuten allí directamente. A un estado siempre se le puede decir: muéstrame tus leyes penales, porque te quiero conocer a fondo"¹⁰³.

En fin, siguiendo a Zorraquín Becú, no puede realizarse ningún estudio sobre la actividad del hombre sin conocer cuáles son o han sido las normas éticas reguladoras de esa actividad¹⁰⁴.

El signo sobre el que Soler desarrollaba su actividad científica tuvo lugar durante el predominio de las ideas del positivismo criminológico que se inscribían en el ascenso de los régimen totalitarios (como el fascismo italiano, el nacional socialismo alemán o la Unión Soviética¹⁰⁵) con amplia recepción en nuestra docta del siglo XX. Bastaba con estudiar a Luis María Drago o José Ingenieros, cuyas obras, nos recuerda Zaffaroni, fueron traducidas al italiano y presentadas por Lombroso como fundamentales del pensamiento positivista¹⁰⁶.

¹⁰² BÁEZ, Julio C., *La reforma del Código Penal* en Suplemento Penal 2017 (marzo) 4, La Ley, 2017-B, 684, cita on line AR/DOC/379/2017.

¹⁰³ SOLER, ob. cit., p. 7.

¹⁰⁴ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 21.

¹⁰⁵ Se refería a estos dos aspectos como el "ataque científico", referido al positivismo criminológico, y "el ataque político", referido a las legislaciones autoritarias (ver SOLER, Sebastián, *Derecho penal liberal, soviético y nacional-socialista, y Bases ideológicas de la reforma penal*, citado por KIERSZENBAUM, ob. cit.).

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 171 y ss. y ZARRAFONI, Eugenio, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar, Buenos Aires, 1998, pp. 45 y ss. Enrique Ramos Mejía dijo que "fue tanta la fuerza de las nuevas ideas que Buenos Aires fue testigo en 1888 de la fundación de una entidad científica que con el nombre de 'Sociedad de Antropología Jurídica' se propuso difundir los postulados de la Escuela Positiva. Fue su presidente Francisco Ramos Mejía, y entre los miembros de su Comisión Directiva figuraron Luis María Drago, José Nicolás Matienzo,



Como se vio, el proceso histórico que antecedió la reforma proyectada por Soler estuvo signado por un cambio profundo en la realidad nacional. El gobierno justicialista (1946-1955) impulsó un desarrollo industrial acelerado que importó una concentración urbana explosiva procedente de las provincias.

Ello demandó un control social enérgico que se hizo con algún autoritarismo policial si se advierte el tratamiento impuesto a determinados actores sociales que se oponían al “nuevo orden”.

El sistema penal, agrega Cesano, no estuvo al margen y fue aplicado como herramienta para alcanzar un consenso de mayorías¹⁰⁷. Igualmente, como dicen Zaffaroni y Arnedo, el control no pasó tanto por las leyes sino que, por el contrario, encontró su manifestación en una suerte de expansionismo del “control policial” derivado de la urbanización que experimentó la época¹⁰⁸ y (destaca Dovio) del proceso de militarización acorde a los modelos fascistas y franquistas de 1930¹⁰⁹.

Por ejemplo, en el período justicialista se sancionó la ley 13.569 que reguló el desacato con una extensión que no tardó en constituir un control disidente; la ley 13.985 que tipificó diversos delitos contra la seguridad de la Nación¹¹⁰ y la ley 14.296 de amnistía por los hechos terroristas cometidos antes del 17 de octubre de 1945 que le otorgaba al Poder Ejecutivo bastante discrecionalidad como reaseguro de futuras actitudes contrarias a la postura hegemónica encarnada por Perón. Se le sumó la ley 14.436 que ponía de manifiesto la utilización de la persecución penal como herramienta de

Norberto Piñero y otros distinguidos juristas” (RAMOS MEJÍA, Enrique, *La ciencia penal argentina antes y después de Sebastián Soler. Conferencia pronunciada el 14 de septiembre de 1981 en la Universidad de Córdoba*, Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda época, año XXVI, nro. 19, pp. 285 y ss.).

¹⁰⁷ CESANO, José Daniel, *Ensayos para la reconstrucción histórica del control social formal en Argentina*, Alveroni, Córdoba, 2006. En igual sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Temis, Bogotá, 1999, pp. 32-33).

¹⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – ARNEDO, Miguel Alfredo, *Digesto de codificación argentina*, tomo 1, Buenos Aires, A/Z editora, 1996, citado por CESANO, op. cit.

¹⁰⁹ DOVIO, Mariana Ángela, *La peligrosidad en la “Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal”*. Buenos Aires 924-1934 en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2014 (mayo), La Ley, 01/05/2014, 44, , cita on line AR/DOC/608/2014.

¹¹⁰ Sancionaba con una pena de hasta ocho años al que “por cualquier medio provoque pública alarma o deprima el espíritu público causando un daño a la Nación”, cuya normativa, como lo destacó Soler, no preveía ningún verbo típico sino un resultado que podía aplicarse a infinidad de supuestos. Expresó el doctrinario: “... la ley 13.985 [...] va más lejos que los proyectos extranjeros, pues además de la punibilidad de acciones anteriores al principio de ejecución y de la equiparación de toda complicidad a autoría, se alarga la punibilidad para abarcar, como participaciones en el hecho, hasta acciones posteriores a la consumación. También se deroga la impunidad del desistimiento, para acordarla solo al denunciante. El concepto mismo de participación es ampliado para atrapar a sujetos ‘vinculados’ con el autor, teniendo conocimiento de las actividades de éste, sin que sea necesaria de su parte la prestación de obra alguna” (SOLER, ob. cit., pp. 51-52).



neutralización de cualquier forma de disenso¹¹¹ y antes la ley 13.234 que trasladó el concepto de guerra del plano exterior al interno, lo que repercutía en el ejercicio de la jurisdicción que era acordada a la militar por sobre la constitucional¹¹².

Aguirre Obarrio entiende que no se puede crear una legislación de manera emotiva. Es decir, no conviene redactar leyes penales durante la convulsión que le sigue al hecho, pues estas leyes siempre son –como dice– un “desastre”. Es lo que ocurría con la citada ley 13.569 que se dictó cuando Perón y sus seguidores no pudieron aguantar las críticas constantes de su gobierno para castigar a la prensa. También con la otra nro. 13.985 que sancionaba el hecho de deprimir o alarmar el espíritu público. Lógicamente, el alcance de los verbos era tal que permitía convertir cualquier crítica política en ese sentido. E idéntica consecuencia sucedía por el bando contrario, pues –sigue Aguirre Obarrio– se emitió el decreto-ley 1.414/56 que imponía sanciones para el tráfico, portación y exhibición de simbología peronista¹¹³.

Si bien el ciclo de Perón –al que Soler lo llama “dictador”– mostró un avance en las cuestiones vinculadas a la ejecución del encierro carcelario¹¹⁴ (impulsadas por Roberto Pettinato como jefe de la Dirección General de Institutos Penales), en el plano ideológico no se apartó demasiado de los esquemas positivistas de las décadas anteriores. Esa inmutabilidad, para Núñez, obedecía a que ciertos intelectuales opuestos al positivismo criminológico fueron desplazados de sus cátedras durante la administración justicialista, no por la actitud científica sino por la postura crítica al gobierno¹¹⁵.

¹¹¹ Véase el interesante trabajo de CESANO, José Daniel, *El sistema penal durante el primer peronismo (1946-1955): a propósito de ciertas interpretaciones*, Boletín Americanista, Universidad de Barcelona, Facultad de Geografía e Historia, Sección de Historia de América, nro. 56, Año LVI, Barcelona, 2006, pp. 68-88.

¹¹² SOLER, ob. cit., p. 56.

¹¹³ AGUIRRE OBARRIO, ob. cit.

¹¹⁴ Para el abordaje del tema particular ver DELGADO, Sergio, *El humanismo penitenciario peronista* en Revista de Derecho Penal y Criminología (diciembre), La Ley, 04/12/2019, 238, cita on line AR/OC/3649/2019. Cesano propone que el mejoramiento de la institución carcelaria no significó una ruptura de la concepción rehabilitadora de finales del siglo XIX y comienzos del XX, sino que fue producto de una política de democratización del bienestar, para nada novedosa, hacia un sector vulnerable (CESANO, José Daniel, *La política penitenciaria durante el primer peronismo (1946-1955)* en Revista Pensamiento Penal, ISSN: 1853- 4554, consultado en www.pensamientopenal.com.ar).

¹¹⁵ Soler, con motivo de un discurso abierto para cubrir una cátedra de Derecho Penal en la Universidad Nacional de Córdoba, presentó un trabajo monográfico titulado “La intervención del Estado en la peligrosidad predelictual. Exposición y crítica de la peligrosidad como principio general” que constituyó una refutación al principio de la peligrosidad predelictual. Agrega Núñez que la posición que atacaba no era más que una ficción jurídica que conducía a borrar las figuras delictivas y a destruir la naturaleza del Derecho Penal. En fin, la proclama de Soler determinó la decisión estatal de despojarlo de la cátedra universitaria que dictaba (NUÑEZ, Ricardo C., *Significado de Sebastián Soler para el Derecho penal argentino* en Doctrina Penal [Buenos Aires], Año 3, 1994, pp. 521 y ss.).



Y si hubo un progreso en el trato que se le dispensaba a los reclusos, Cesano explica que ello no fue producto de un verdadero cambio de paradigma científico respecto del tratamiento en sí mismo, sino que operó como consecuencia de la extensión adquirida por las políticas sociales orientadas a la democratización del bienestar que impulsó el gobierno peronista, situación que, en el caso de los penados, a merced de una decisión política, cristalizó el reconocimiento de una serie de derechos¹¹⁶.

Es decir, la concepción autoritaria de 1945-1955 y del período subsiguiente continuó sujeta a la ortodoxia criminológica –aunque de forma adaptada- pues se veía la criminalidad como una patología que debía tratarse con técnicas que pudieran transformar la personalidad del individuo mediante un proceso de medicalización de las instituciones de control social.

En la postura de Cesano, esa continuidad dogmática podía advertirse del tratamiento penitenciario que ordenaba la ley 11.833 de acuerdo a las funciones que le adjudicaba al Instituto de Clasificación (donde predominaba la noción de peligrosidad) y en el reglamento de 1947¹¹⁷.

Concretamente, para aquel autor, las reformas penitenciarias tenían por objeto enviar un mensaje a la sociedad sobre el cambio que dominaba la escena política¹¹⁸, antes que constituir una afrenta a la concepción que denunciaba el doctrinario.

Soler estudió en profundidad la teoría que criticó al defender el Código Penal. En su defensa, defendía también la pena, ya que la escuela positivista juzgaba la sanción como un obstáculo para el desarrollo de la finalidad preventiva especial asociada al tratamiento y no a la retribución¹¹⁹. En el profesor, a disgusto de los positivistas, la pena debía obrar en defensa del derecho positivo sin vincularse a la peligrosidad del agente.

La dogmática penal puede tener fundamentos iusnaturalistas, sea del tipo ontologistas o racionalistas, teológicos vinculados con las respuestas político-criminales o positivistas. La postura del doctrinario de cara a la dogmática era, en efecto, una defensa del derecho positivo en la medida que consideraba que su objeto de estudio era siempre un derecho determinado¹²⁰. Así era como rompía relaciones con el positivismo.

Ya lo dijo Jiménez de Asúa al pronunciarse sobre la obra *Derecho Penal Argentino*: "este libro de Soler significa mucho más que la mera publicación de una excelente obra. Sebastián Soler es el primer penalista del país que

¹¹⁶ CESANO, ob. cit.

¹¹⁷ CESANO, ob. cit.

¹¹⁸ CESANO, ob. cit., con cita en CAIMARI, Lila, *Que la revolución llegue a las cárceles: el castigo en la Argentina de justicia social (1946-1955)*, Enterpasa, Revista de Historia, Año XI, nro. 22, 202, p. 32.

¹¹⁹ KIERSZENBAUM, ob. cit.

¹²⁰ Ibídem.



abiertamente rompe con el positivismo y que, más tajantemente, adopta una concepción de estricto dogmatismo jurídico”¹²¹. No se escatimaron los reconocimientos posteriores. En palabras de Cesano: “Recién a partir del Derecho penal argentino –con su renovación metodológica y la propuesta de un nuevo estatuto epistemológico para la ciencia jurídico penal vernácula- es posible sostener el surgimiento de un *novum*, de una verdadera ruptura”¹²².

No todo era halago. Muchas de las críticas que recibía su proyecto procedían del mencionado positivismo criminológico, a lo que respondía con la confusión que reinaba entre la psiquiatría, psicología o sociología respecto al derecho, que llevaba a los abogados a hablar de medicina o que, a la inversa, los psiquiatras, psicólogos o sociólogos debatían sobre leyes.

Sobre la reforma puntual que proyectaba, un contemporáneo que se le enfrentaba en algún punto –Jiménez de Asúa- se dirigió al Congreso en una nota fechada el 24 de junio de 1961¹²³ que decía: “El profesor Soler es de los más elegantes y claros expositores orales. En cambio, tal vez por su pretensión de ser preciso, no se pueda decir lo mismo respecto de su obra escrita, valiosísima en cuanto al fondo, pero vertida en estilo difícil. Acaso la precipitación que aqueja a toda esta etapa de reforma penal, haya conspirado para que la forma de la expresión diste mucho de ser clara. No quiero decir, con ello, que se haya hecho abuso, ni siquiera uso frecuente, de términos demasiado técnicos; me refiero al aspecto literario de la obra.

“Yo invitaría a los Señores Diputados a que hicieran una decisiva experiencia. Pregunte, cada uno de los que tenga curiosidad en ello, a un abogado amigo, en la intimidad, lo que piensa sobre los términos en que se han redactado las disposiciones del Proyecto. Me atengo a lo que resulte de esta reservada encuesta.

“No puedo menos que resaltar las dificultades que ofrece una ley escrita con poca claridad. La mayor parte de las incidencias y controversias que entorpecen la marcha de juzgados y tribunales, viene de este descuido y dificultad del lenguaje. En este aspecto me atrevo a aconsejar que sean revisados y rehechos cuantos preceptos resulten oscuros”¹²⁴.

Y culminó con la siguiente consideración: “Solo si se reelabora el Proyecto por su propio autor y se lo estudia sin pausa, pero sin prisa, por una amplia y sabia Comisión, podrá vivir *en paz* el Código que ahora se redacte. Es una paz

¹²¹ ROLDÁN CAÑIZARES, ob. cit.

¹²² CESANO, José Daniel, *Elites, redes intelectuales y recepción en la cultura jurídico penal de Córdoba (1900-1950)*, p. 83, citado en DOVIO, ob. cit.).

¹²³ Ver BARBAROSCH, ob. cit.

¹²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA – LAPLAZA, ob. cit., pp. 33-34.



que no logró, mereciéndola, el que ahora se quiere tan urgentemente reemplazar”¹²⁵.

Durante el período que florecieron las críticas, según sostuvo el proyectista, “una de las reflexiones que nos ayudaron a superar los excesos y las injusticias fue la de pensar que es destino de toda ley no ya el de encontrar solo súbditos y lectores de buena fe, sino el de enfrentarse con los asaltos de la pasión, con los ardides de la malicia, con la incomprendición de la estulticia, y que de todo ello tiene que salir airosa [...]. El balance de las críticas, prescindiendo de su valor, muestra la persistencia de puntos de vista antiliberales procedentes de los sectores ideológicos que han venido inspirando las poco afortunadas modificaciones del código vigente”¹²⁶.

Se le criticaba haber impuesto, al menos en la Parte General (que constituye los principios fundamentales de un Código), una “tendencia que, sin estar inédita en el mundo, es para la inmensa mayoría de los argentinos, incluso para los abogados y jueces del país, casi desconocida”¹²⁷.

Se hacía referencia a la posición finalista que adoptaba el proyecto (derivado del Código Alemán), pese a que se habría declarado enemigo de esta posición según denuncia Jiménez de Asúa¹²⁸.

Mientras regía el esquema causalista (consolidada bajo la concepción de Franz von Liszt y Ernst von Beling) se atendía a un concepto de conducta puramente objetivo. Importaba lo externo sobre lo interno y la voluntad era recién estudiada en la culpabilidad¹²⁹.

Aquí, la acción era vista como un comportamiento humano volitivo, como consecuencia de una manifestación de la voluntad, aunque entendida sólo de modo casual, es decir, sin tomar en cuenta lo que el agente se proponía alcanzar sino, simplemente, la circunstancia de haber querido algo¹³⁰.

De esta forma, la línea proponía que autor era quien cumplía (externamente) con los requisitos del tipo penal o quien realizaba el aporte más importante para la producción del delito¹³¹. Incluso más, determinaba que “siendo causa del resultado toda condición que lo hubiera determinado, devenían autores los que

¹²⁵ BARBAROSCH, ob. cit.

¹²⁶ SOLER, ob. cit., p. 85.

¹²⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA – LAPLAZA, ob. cit., pp. 18-25.

¹²⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA – LAPLAZA, ob. cit., pp. 18/25.

¹²⁹ WALTER, Lucas I., *Autoría y Participación: ayer y hoy* en Sup. Esp. Comentarios al Proyecto de Código Penal 2019 (junio), 15/06/2019, 197, La Ley, cita on line AR/DOC/2073/2019.

¹³⁰ CILLERUELO, Alejandro R., *Teoría del delito y su reflejo jurisprudencial*, 1^a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Cathera Jurídica, 2017, pp. 7-8.

¹³¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Autoría, coautoría y dominio del hecho, ventajas y medias verdades* en Revista de Derecho Penal 2018 – 1: Autoría: las posiciones actuales sobre la teoría del dominio del hecho – I, Rubinzel-Culzoni, cita on line RC D 1320/2018.



lo fueran de cualquier contribución (...), con la inevitable consecuencia de que se hace imposible diferenciar entre autores y cómplices”¹³².

Con el paso del tiempo, la teoría formal-objetiva fue superada al ganar terreno el diseño finalista de la acción impulsado por Hans Welzel¹³³.

El profesor sostenía, como nos recuerda Cilleruelo, que el derecho debía ser construido respetando las estructuras de la realidad que le venían dadas, siendo tales las estructuras lógico-objetivas o estructuras lógicas de las cosas, lo que implica que los principios de formación de los conceptos penales son independientes del correspondiente contenido del ordenamiento legal vigente¹³⁴.

Para el catedrático, la conducta constituye un concepto complejo donde no solamente importa lo objetivo sino también, de modo decisivo, lo subjetivo guiando la causalidad¹³⁵.

Expresaba en tal sentido que “el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente (...). Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. La finalidad es, por ello –dicho en forma genérica-, ‘evidente’, la causalidad, ‘ciega’”¹³⁶.

Si bien la corriente causalista fue superada, en la época del proyecto de Soler continuaba bastante divulgada en la academia y los tribunales. Desde esta coyuntura (causalista), pueden entenderse las críticas que se le dirigieron al proyectista.

Recuérdese que para el positivismo criminológico el delincuente era un criminal de nacimiento y un ser degenerado –entre otros títulos que se le adjudicaba-, de modo que la conducta exteriorizada confirmaba su inferioridad. De nada servía estudiar la voluntad que pudiera haber dirigido la ejecución del

¹³² QUINTERO OLIVARES, ob. cit., donde remarca que hoy día, “si alguien propusiera la aplicación de un concepto unitario de autor, sería tildado, a buen seguro, de enemigo de la igualdad de la justicia, por propugnar tratar con el mismo rigor a conductas sustancialmente diferentes”.

¹³³ Dice Cilleruelo que “la obra del profesor Welzel es la que ha dado el aporte de mayor generosidad para la ciencia del Derecho penal, pues, por así decirlo, su *teoría final de la acción* no ha sido ni más ni menos que el reconocimiento del ser humano como persona, punto de partida que permitió fundar filosóficamente desde un punto de vista ontológico toda la estructura del injusto, al tiempo que ha permitido también la resolución de diferentes problemas en la decisión de supuestos concretos” (CILLERUELO, ob. cit., p. 17).

¹³⁴ CILLERUELO, ob. cit., pp. 16-17.

¹³⁵ WALTER, op. cit.

¹³⁶ Ver CILLERUELO, ob. cit., p. 18.



hecho. Si obró contra la normativa era un criminal, un delincuente y nada más (y nada menos) que eso.

Tampoco era necesario determinar la imputabilidad o inimputabilidad del agente; todos eran igual de peligrosos, igual de patológicos, lo que exigía una medida directa para garantizar la defensa social.

Entonces, despojada de toda valoración volitiva, la corriente positivista encontraba en el causalismo el campo adecuado para desplegar sus premisas. El delincuente (ser patológico), era delincuente por la conducta exterior que desplegaba y lo mismo decía la escuela que iba a ser superada: el autor era quien satisfacía los requerimientos de la figura penal.

En esta línea, Jiménez de Asúa publicó en 1920 *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias para el Derecho Penal moderno*, en la que se detuvo en la teoría de la defensa social y el correccionalismo de Röder que predicaba la Unión Internacional de Derecho Penal¹³⁷.

De acuerdo a Vacani, "la concepción predelictual por el estado de peligrosidad pretendía derribar el antiguo criterio clásico de la responsabilidad e intencionalidad derivado del principio de culpabilidad que se sustituía por la concepción del estado peligroso. Desde que ese estado se comprueba, existe la necesidad de defenderse, ya sea el acto libre o determinado, ya proceda de un responsable o un incapaz. La comprobación de ese estado de peligrosidad no estaba sujeta a la comisión del hecho o la forma de ejecución de la pena, sino que también podía manifestarse antes del crimen, no circunscribiéndose entonces sólo para los que han violado la ley (Jiménez de Asúa, 1920:10)¹³⁸.

Por lo tanto, "la peligrosidad delictual no es otra cosa que la contradicción más manifiesta al principio liberal de *nulla poena sine lege* aspecto que Jiménez de Asúa no lo limitaría en su concepción, procurando determinar cuándo un sujeto es peligroso: una vez cometido el delito y aun antes, cuando haya elementos suficientes para ello, con una declaración previsional sobre la temebilidad del agente"¹³⁹.

Pues bien, al irrumpir el modelo finalista el paradigma causalista iba a recibir un duro embate que repercutiría en las bases de la posición que combatía Soler.

Con esta doctrina, indica Walter, "la conducta pasa a ser un concepto complejo. No solamente objetivo, sino también 'subjetivo'. No solo la modificación del mundo exterior sino también la voluntad del autor, guiando la causalidad. Este fue la gran evolución dentro de la teoría del delito [...]. La modificación del concepto de conducta. La mirada anterior era una mirada

¹³⁷ VACANI, ob. cit., p. 515.

¹³⁸ VACANI, ob. cit., p. 515.

¹³⁹ VACANI, ob. cit., p. 515.



parcial, incompleta. Esta mirada, finalismo, es más abarcativa y representativa de la acción humana”¹⁴⁰.

De este modo, podía ocurrir que quien hubiera exteriorizado una conducta típica no debía responder, al menos penalmente, si del análisis de su comportamiento se apreciaba su falta de voluntad real dirigida a causar la afectación. No era solo la acción, también (sumada) la intención. Como se vio, esta manera de observar el derecho no podía ser aceptada por los positivistas quienes -en estos casos- proponían una solución directa al sostener que la acción –sin importar la intención- era el parámetro que definía la peligrosidad y reclamaba la sanción.

El ocaso del causalismo, que se hizo notar desde la segunda postguerra del siglo XX¹⁴¹, no había hecho mella (al menos de modo decisivo) durante la época de la reforma de 1960. Fue desde aquí que los adeptos al positivismo que no querían abdicar atacaron el proyecto de Soler.

Al ver socavado sus premisas, pues la concepción peligrosista dejaba de ser la brújula de la sanción penal, la dogmática del positivismo empezaba a desmoronarse ante la nueva forma de entender la acción desde el régimen punitivo, donde adquiría un papel preponderante la voluntad del autor.

Frente a esta visión, muy poco podían decir los juristas alineados a la teoría. Intentaron seguir mostrando los “beneficios” de aplicar penas a imputables e inimputables por igual ya que, a juicio de estos científicos, mediante la sanción (de carácter preventiva) se garantizaba la defensa de la sociedad frente al patológico delincuente. Así, la discordia.

Cuando se sostiene una postura obsoleta que contradice los dogmas del liberalismo, la “contra-ola”, de acuerdo a Aguirre Obarrio, “puede terminar arrasando con las garantías individuales [...]. Estos defectos se multiplican cuando pesa conscientemente un substrato ideológico que se busca mantener oculto, como puede ser el favorecimiento de ideas que en el fondo son tiránicas o de totalitarismos, así sea como piel de oveja. O cuando ni siquiera podemos advertir si se busca alentar la venganza privada o disimular la falta de funcionamiento del sistema penal”¹⁴².

En concreto, Soler concebía la pena como un mal y la asumía como una retribución jurídica que disminuía un bien jurídico; por lo tanto, no debía vincularse a lo que el destinatario podía percibir sino a la valoración jurídica de ella¹⁴³. La pena, en su arquitectura, tendía a proteger un derecho y solo podía ser

¹⁴⁰ WALTER, ob. cit.

¹⁴¹ WALTER, ob. cit.

¹⁴² AGUIRRE OBARRIO, ob. cit.

¹⁴³ Decía el profesor: “Hay un punto propio o interno de la teoría de la norma jurídica que torna incomprensible el empeño de algunos en cancelar el concepto de pena y el de otros en substituirlo por el de autoridad. Es este: ¿cómo puede formularse una ley de manera que por ella misma se sepa que el modo de conducta descripto está prohibido? Porque ley previa quiere decir



aplicada según la importancia del bien jurídico afectado, la frecuencia de las trasgresiones, la irreparabilidad del daño y la forma y manera de producir la lesión¹⁴⁴.

La función del derecho penal en Soler, de acuerdo a Kierzenbaum, es tal vez otro de los aspectos más interesantes de su fundamentación, ya que la pena restablece de manera simbólica los valores del ordenamiento y mantiene la autoridad de la ley como protectora de bienes jurídicos¹⁴⁵.

En palabras del autor de la reforma: "cuando, a pesar de la amenaza, la ilicitud se comete, aquel mal prometido no puede dejar de infigirse sin transformar la ley penal en un espantajo inútil. En este sentido, la pena no es más que la consecuencia jurídica del delito, por la cual, si bien no se destruye el mal causado, se repone el valor del derecho, se mantiene la autoridad de la ley como órgano protector de los bienes jurídicos. Esto constituye el aspecto necesario y formal de la pena impuesta; no es sino el cumplimiento de un precepto jurídico secundario, que no importa restitución o reparación, sino retribución. La pena, que como amenaza estaba impregnada de sentido preventivo (*ne peccetur*), en el momento de su aplicación no puede dejar de imponerse *quia peccatum est*".

"Esta es la única forma de restablecer el equilibrio del derecho violado. Por eso, cuando nos referíamos a la sanción civil, destacábamos ese carácter de reparación externa de la ilicitud. En el delito, esa necesidad de reparación es, por decirlo así, interna, formal y simbólica"¹⁴⁶.

Para los penalistas de los años 20' (década se sancionó el código que todavía rige en el país¹⁴⁷), el delito se presentaba como una ofensa a un bien jurídicamente protegido y la ley penal operaba en protección de los intereses que se estimaban necesarios para la convivencia social. Esa lesión constituía el centro del delito, su contenido sustancial.

De esta manera, el concepto de bien jurídico se convertía en un elemento indispensable para la interpretación penal a la que se le otorgaba un sentido teleológico ya que, en palabras de Conde y Pumpido Ferreiro, "conocer cuál es el

precisamente eso: ley que haya reconocible un hecho como delictuoso. (...) el concepto de pena como mal amenazado, lejos de mostrar una repugnante lacra subsistente de tiempos de barbarie, es la única manera de marcar anticipadamente al destinatario el límite de lo ilícito, reconocimiento así en aquel, de modo tácito, la libre dignidad de obedecer y, en su caso, la dura obligación de responder. La pena no es ni un 'tratamiento' más o menos curativo y beneficioso ni una medida administrativa de seguridad política; es, concretamente y sin eufemismos, la promesa de un mal. Son penosas las confusiones traídas en este punto por nobles ideas penitenciarias relativas al modo de ejecución de una clase de penas, las privativas de libertad, tema que nada tiene que ver con el concepto de pena" (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, citado en KIERSZENBAUM, op. cit.).

¹⁴⁴ KIERSZENBAUM, ob. cit.

¹⁴⁵ Ibídem.

¹⁴⁶ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, citado en KIERSZENBAUM, op. cit.

¹⁴⁷ Zaffaroni indica que el código original resulta ya irreconocible al haber sufrido unas 900 reformas desde que fue sancionado (ver su exposición de motivos ya citado, p. 45).



bien y el interés lesionado y amenazado por un delito dado significa conocer el fin que la ley propone¹⁴⁸.

Dicha noción iba a sufrir profundas transformaciones, al parecer, derivadas de la confusión que generaba la interpretación del concepto con la del "derecho subjetivo" (propio de la concepción filosófica liberal)¹⁴⁹. Incluso, durante el nacional-socialismo operó un franco ataque a la concepción¹⁵⁰, que reformuló Von Liszt, para inocuar a los delincuentes y a las clases bajas por ser consideradas como el ejército del crimen¹⁵¹.

La idea autoritaria dominante consistía en colocar en el eje al Estado en reemplazo del ser humano¹⁵².

Ahora bien, superada las excentricidades fascistas se recobró el valor funcional del bien jurídico (como núcleo del contenido material del delito), pues sirve de límite a la actividad punitiva. No resulta conveniente sancionar acciones que no representen una lesión o un peligro para el bien jurídico¹⁵³. Este es la propiedad, como lo es la vida, el honor, la honestidad, las buenas costumbres, el orden público, la fe pública. Welzel sosténia que es un "bien vital del grupo o del individuo que, en razón de su significación social, es amparado jurídicamente"¹⁵⁴. Es, entonces, el único concepto que evita que el derecho penal se aleje de criterios objetivos so riesgo de poner en peligro la seguridad jurídica y la libertad individual.

Frister enseña que "son denominadas bien jurídico las condiciones que han de ser aseguradas por el Derecho, del desarrollo de la personalidad de los

¹⁴⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *La crisis del contenido sustancial del delito* en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales dirigido por Eugenio Cuello Calon, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas (septiembre-diciembre MCMLX), tomo XIII, fascículo III, Madrid, p. 386 y ss.

¹⁴⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cit. p. 388.

¹⁵⁰ En esa posición el derecho era aquello útil a la comunidad y la pena era un medio para purificar biológicamente al pueblo, el delito era un choque contra las costumbres del pueblo alemán y la esencia del crimen estribaba en una deslealtad, en una falta de fidelidad del individuo hacia el Estado. De este modo, cobraba fuerza el interés de asumir al delito como una lesión a un deber.

¹⁵¹ Rafecas dio a conocer un trabajo de Von Liszt conocido como el "Programa de Hamburgo" que denostaba a las clases bajas como "rareza criminal" y que debía erradicarse (ver RAFECAS, Daniel, *El aporte de los discursos penales a la conformación de Auschwitz* en Nuestra Memoria, nro. 25, 205, pp. 139 y ss.).

¹⁵² SOLER, ob. cit., p. 28, donde transcribe las palabras del ministro italiano: "El derecho de castigar del Estado no es un derivado de un derecho natural del individuo, como lo creen los jusnaturalistas, cuyas concepciones, más o menos advertidamente, dominan también la obra de algunos sumos criminalistas nuestros, como Carrara y Pessina. El derecho de castigar, en cambio, según la concepción fascista, no es sino el derecho a la conservación y a la defensa, propiamente, del Estado, naciente con el Estado mismo, análogo, pero sustancialmente diverso del derecho de defensa del individuo, y que tiene el fin de asegurar y garantizar las condiciones fundamentales e indispensables de la vida en común".

¹⁵³ "Para que pueda haber pena debe [haber] ejecución de algo externo: en términos generales, algún daño o lesión" (SOLER, ob. cit., p. 50).

¹⁵⁴ WELZEL, Hanz, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Fontán, Buenos Aires, 1956, pp. 5 y ss., citado en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cit.



hombres en igualdad de derechos. Lo que está previamente dado para la valoración de la conducta, que se deriva de la orientación a esas condiciones, se puede expresar así en la breve fórmula, fácil de captar, de que las normas de conducta jurídico-penales tienen que servir para la protección de bienes jurídicos. Bienes jurídicos pueden ser tanto intereses del individuo dignos de protección, como también intereses de la generalidad dignos de protección. Son intereses de los individuos protegidos penalmente especialmente la vida, la integridad corporal, la libertad personal, la autodeterminación sexual, el honor, la propiedad y el patrimonio. Son intereses de la generalidad protegidos penalmente los medios naturales básicos para la vida del hombre, la existencia, la seguridad exterior y el ordenamiento constitucional, la integridad de la administración, la capacidad de funcionamiento de la administración de justicia, el tráfico de dinero y los medios de pago. Los bienes jurídicos individuales y los de la generalidad sirven a las posibilidades de desarrollo del individuo¹⁵⁵.

De tal modo, al penar un delito se sanciona la lesión a un bien jurídico en la medida que la reacción punitiva guarde proporción con la voluntad repudiada. Se advierte una vez más el acierto de Soler, ya que reconoció en la pena la disminución de un bien jurídico, por caso, el de mayor envergadura para el ser humano, y que por ello debía responder a una proporcionalidad que respetara los valores que en el mismo sentido pretendía resguardar.

Descartó la injerencia de la responsabilidad objetiva dado que no podía haber responsabilidad sin culpa. Es más, asumía que la pena era inseparable de la culpabilidad. Se ocupó con ahínco en definir entonces las formas de la culpabilidad, congruente, por lo demás, con su posición sobre la necesidad de eliminar el título de "delincuente" en el texto legal. En igual medida, el redactor aceptó no solo el error de hecho sino el de derecho, lo que mereció también las críticas de Jiménez de Asúa¹⁵⁶.

Además, la culpabilidad se enlazaba con la responsabilidad individual y si durante los días en que elaboró el proyecto mediaba una impunidad intolerable, no dejaba de pensar el doctrinario que ello sucedía por las construcciones de algunas doctrinas penales y psicológicas que estudiaban la conducta criminal bajo elementos patológicos o anormales.

Llamamente, nadie podía catalogarse como responsable si su comportamiento obedecía a deficiencias biológicas.

De ese modo, su posición sobre los inimputables surge con claridad: se debía imponerles una medida de seguridad (no una pena) que se expresaba en una internación despojada de todo reproche y fundada en las exigencias de la

¹⁵⁵ Ver LUCERO, Pablo Guillermo, *La cuestión de la autoría y participación en Helmut Frister* en Revista de Derecho Penal 2018-2: Autoría: las posiciones actuales sobre la teoría del dominio del hecho – II, Rubinzal-Culzoni, 1^a ed. revisada, Santa Fe, 2019, p. 314.

¹⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA – LAPLAZA, ob. cit., p. 21 y ss.



seguridad. Resultaba un absurdo adjudicar la consecuencia del delito a quien no podía comprender el contenido de los mandatos jurídicos¹⁵⁷.

Su postura (de vanguardia) encontraba algún punto de contacto con la sostenida, verbigracia, por José Ingenieros –médico psiquiatra- quien decía: “aparece la utilidad de la ciencia [médica] en el estudio de los problemas de la locura y el delito, pues da las reglas para que la sociedad se defienda de aquellos individuos en quienes las tendencias antisociales son la resultante de una anormalidad –degenerativa o patológica- del órgano de sus funciones psíquicas”¹⁵⁸.

Lo que más le preocupaba a Ingenieros, apuntan Cesano y Núñez, eran los peligros prácticos derivados de la temibilidad de los irresponsables: un delincuente reconocido alineado y, por ende, irresponsable –decía-, quedaba fuera de la ley y podía recuperar su libertad, lo que fomentaba la alegación de la locura como causa eximente de pena sin advertir que el delincuente alineado era tan peligroso como los otros delincuentes. Bastaba con pensar que si la sociedad tenía el derecho de recluir preventivamente a los alienados que no han delinquido, no podía negársele el de recluir a los que han atentado contra la seguridad de sus semejantes¹⁵⁹.

Si bien a priori parece que Soler asumía la misma actitud, en realidad partía de una premisa diferente. El inimputable era irresponsable y no se le podía adjudicar una pena, solo una medida de seguridad despojada de cualquier significado sancionador. En cambio, en el pensamiento de Ingenieros prevalecía una explicación psicopatológica del delito al trazar un puente explicativo entre locura, inadaptación al medio y la necesidad de defensa social.

Frente a la solución que proponía Soler en 1960, Jiménez de Asúa intentaba robustecer su crítica desde un ángulo económico. Decía: “No creo que ninguno de cuantos intervienen ahora en los esfuerzos para aprobar parlamentariamente el Proyecto de Código penal, sea tan ingenuo que suponga que esos establecimientos [destinados para los inimputables], costosos de construir y al frente de los cuales no pueden estar los hombres que hoy ocupan los cargos de jefes de prisiones, vayan a ser creadas ni ahora ni en muchos años. Quedarán así esos institutos en el papel, como están en todos los países de Hispanoamérica que los han escrito en sus leyes y que, al cabo de más de veinte

¹⁵⁷ Destacó que su proyecto se fundaba en la necesidad de remarcar la efectiva existencia en el hombre común de un conjunto de deberes jurídicos, deberes a los cuales tiene la capacidad de ser fiel o infiel.

¹⁵⁸ CESANO, José Daniel – NÚÑEZ, Jorge A., *Dos textos escondidos de José Ingenieros* en Revista de Derecho Penal y Criminología (agosto), 03/08/2016, 197, La Ley, cita on line AR/DOC/2100/2016).

¹⁵⁹ CESANO – NÚÑEZ, ob. cit.



o treinta años de ‘crearlos’..., tan artificial como gratuitamente, los siguen viendo en letras de molde, pero no en edificios de cal y canto”¹⁶⁰.

Al parecer, las cartas que iba a destinar el rumbo de la doctrina argentina ya estaban echadas. Más temprano que tarde se alinearía al pensamiento de Soler, puntualmente, con la sanción de la ley 17.567.

Al repasar el articulado de la Parte Especial, se advierte su interés en resguardar muchos de los bienes jurídicos necesarios para asegurar una convivencia armónica.

Se dedicó a proteger la vida, integridad física, intimidad, familia, honestidad (en cuyo título no penalizó el incesto sino a sugerencia de la comisión¹⁶¹), honor, propiedad, buena fe en los negocios, seguridad común, voluntad popular, autoridad, administración de justicia, función pública y fe pública, entre otros.

Se preocupó, muy obstinadamente, por cierto, en regular los alcances de la figura del desacato por las terribles consecuencias que le siguieron a los abusos fundados en este delito.

Como dijo Aguirre Obarrio: “es un delito que interesa estudiar por tratarse de una materia enredadísima, por los intereses que afecta, por su importancia peculiar, porque todos, un día, podemos ser víctimas de la mala aplicación o interpretación del precepto legal. Su odiosidad depende más del carácter absolutista del régimen o de la obsecuencia de quienes desean ganar puntos ante las figuras importantes, que de la forma de gobierno”¹⁶².

Debe recordarse que la ley justicialista 13.569 (de corte autoritario¹⁶³ que regulaba el desacato -art. 244 del anterior Código Penal), no tardó en constituir un control disidente al punto de habilitar la persecución de dirigentes de la Unión Cívica Radical por actos realizados en Roca y Cipoletti (21 y 22 de abril de 1952), en lo que se incluyó al propio Ricardo Balbín.

Según Soler, “Cuando se coloca al Estado en el centro de toda la teoría política, ésta es una de las figuras que experimentan una curiosa transformación. Partiendo de la base que el Estado totalitario regula las publicaciones, entre estados así organizados es posible reclamar por lo que dice una publicación determinada, ya que, en definitiva, es el gobierno mismo quien manda imprimir todo lo que se publica”¹⁶⁴.

¹⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA – LAPLAZA, ob. cit., p. 34.

¹⁶¹ Ver LÓPEZ LASTRA, Julio E., *La no incriminación autónoma del “incesto” en el Proyecto Soler. Redargución de los cinco argumentos que da para mantener su actual licitud. El problema de las formas punibles*, La Ley, 108, octubre-diciembre, 1962, pp. 1184-91.

¹⁶² AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, Apunte sobre desacato “a distancia”, La Ley, 1992-C, 1189, cita on line AR/DOC/5250/2001.

¹⁶³ SOLER, ob. cit., p. 52.

¹⁶⁴ SOLER, ob. cit., p. 55.



El propio profesor ha padecido severidades análogas al ser despojado de su cátedra tras el discurso que dio en la Provincia de Córdoba donde presentó su trabajo *La intervención del Estado en la peligrosidad predelictual. Exposición y crítica de la peligrosidad como principio general*.

La figura original reprimía a quien “provocare a duelo, amenazare, injuriare o de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas”, lo que se agravaba por la condición del ofendido, sea “el presidente de la nación, un miembro del congreso, un gobernador de provincia, un ministro nacional o provincial, un miembro de las legislaturas provinciales o un juez”.

La ley 13.569 introdujo una importante modificación. Las penas para la figura básica se elevaron de dos meses a un año de prisión, en tanto que para la modalidad agravada se estableció un mínimo de seis meses y un máximo a tres años de la misma pena.

Incorporó también el siguiente texto: “ya sea refiriéndose directamente a la persona agravada o por alusión al poder que representa o al organismo público de que forma parte o de cualquier otra manera indirecta”. Sobre el punto, entendía el doctrinario que lo peligroso de esta legislación radicaba en crear, por esta vía, un desacato a distancia que abarcaba los discursos políticos, la prensa y aún más las manifestaciones privadas, con pretexto en ofensas a funcionarios¹⁶⁵.

No fue solo ello. La norma apuntada introdujo una marcada criminalidad desde que establecía la responsabilidad del director de un periódico que se hubiere utilizado para cometer el desacato y las formas por las que se lo podía exonerar

Disponía: “Cuando se utilice la imprenta para cometer desacato cuyo juzgamiento competa a la justicia federal o a la de cualquier fuero de la Capital o los territorios nacionales, será personalmente responsable el director del periódico en que apareciera la publicación o quien la editare, a menos que, indicado el autor por el imputado hasta tres días después de la fecha fijada para recibir la declaración indagatoria, aquél comparezca al juicio dentro de los cinco días posteriores y se declare autor de la publicación incriminada. Esta excepción no rige en el caso de que la ofensa haya sido proferida por otro anteriormente y se reproduzca en un impreso. El director o editor no será exonerado de responsabilidad si el que se presente como autor no poseyere, manifiestamente, aptitud para haber ejecutado el hecho, estuviere procesado o sufriendo pena privativa de la libertad, se hallare ausente, desertare del juicio o fuere incapaz”.

¹⁶⁵ SOLER, ob. cit.



Como ya había criticado Peco en su cátedra¹⁶⁶, el abuso de esta imputación con fines políticos hacía imprescindible la reforma que pretendía Soler. Aquella normativa, que se constituyó con el propósito de perseguir a la prensa y a la oratoria opositora, se encontraba incluida en un código que de acuerdo a Jiménez de Asúa –acudiendo a Peco– contenía 600 defectos (dos por artículo si se hacía el promedio)¹⁶⁷.

Incluso, la amplitud del texto original hacía dudar sobre algunos requisitos del funcionario ofendido, natural, si se copió la idea fascista de la función política de la prensa¹⁶⁸. Era indispensable acordarle entonces un sentido para que no atentara contra la libertad de prensa y de opinión.

Bajo el criterio de Soler, las reformas peronistas fueron impuestas para darle a la tipología una amplitud peligrosa y dotar al gobierno de un instrumento persecutorio. Además, dijo el doctrinario, le ahorraba al funcionario la molestia de encarar una demanda por la ofensa (como todo ciudadano) y dosificaba el riesgo que se acreditara la verdad de la imputación¹⁶⁹.

Para Cesano, la articulación de esa orientación fue corroborada con la instrumentalización de la agencia policial y la utilización de nuevos mecanismos de emergencia institucional que no encontraban respaldo en el orden legal vigente¹⁷⁰.

Fue un ejemplo el proceso abierto contra el periódico "La Vanguardia" de Américo Ghioldi. Recuérdese, a pesar de los vaivenes de la política nacional, que este socialista, adversario al peronismo, entendía que Perón hizo algo más que tiranizar, robar, adulterar la Constitución Nacional y hacerse idolatrar por las masas; hizo el esfuerzo de modificar la sustancia argentina, de transformar el modo de ser de la vida nacional. Entendía que el suyo era un genio diabólico, pues hizo una sociedad cerrada, cíclica, en movimiento, que con el mecanismo creado funcionó bien para sus fines, una sociedad en la que él mismo excluyó, deliberada y sistemáticamente, aquella exigencia mínima de la moralidad que todos los tratadistas y hombres de bien habían considerado indispensable en la vida institucional de los pueblos. Esto era, la organización de un sistema institucional sólo en base a distintas variedades del mal, el vicio, la concupiscencia, la corrupción, la delación, el espionaje, la complicidad. Eliminó el mecanismo, la virtud, la caridad cristiana, el amor humano, la fraternidad republicana, el contralor de la moral. Con su organización demostró –a su juicio– que una sociedad dictatorial, manejada con poderes irracionales escondidos en los hombres, podía funcionar sobre la base del mal (véase versión taquigráfica de

¹⁶⁶ AGUIRRE OBRARRIO, ob. cit.

¹⁶⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA – LAPLAZA, ob. cit., p. 16.

¹⁶⁸ SOLER, ob. cit., p. 54.

¹⁶⁹ SOLER, ob. cit., p. 61.

¹⁷⁰ CESANO, ob. cit.



su intervención en la reunión de la Junta Consultiva Nacional del 13 de diciembre de 1955)¹⁷¹.

Inclusive, según Potash, el espíritu combativo peronista se hacía notar en el Congreso Nacional donde sus diputados sancionaban con frecuencia a los legisladores del signo político contrario (UCR) y no les permitían expresarse cuando planteaban cuestiones embarazosas, en especial si implicaban críticas al presidente o a su esposa. El desacato se utilizaba así para intimidar a los críticos (cfr. Arturo Pellet Lastra, *Historia política de la Corte (1930-1990)*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 146).

Barbarosch indica que Jiménez de Asúa ha remarcado en su *Tratado de Derecho Penal* la desusada actividad legisferante del gobierno peronista en materia punitiva. La policía extendía día a día sus funciones y tomó por cuenta propia algunas medidas de carácter precautorio. Se había creado la junta calificadora de malvivientes con la misión de definir a las personas dedicadas al quehacer delictuoso y la posterior observación y vigilancia de ellos. Leyes y decretos con sanción penal surgieron a "destajo", tal vez impulsadas por el positivismo criminológico, pero seguramente dirigidas por la tendencia político-criminal alemana¹⁷².

Hizo notar Soler la gravitación creciente de las ideas que se tradujo en la legislación de 1941. Dijo: "Las nuevas tendencias ideológicas, al repercutir en nuestra legislación penal, comportarán una orientación diferente en el sentido de lo que podríamos llamar su estatización y su crecimiento. Claro está que todo derecho penal es derecho público, del Estado, pero llamamos estatización a cierta tendencia que lleva a un desarrollo excesivo, a una proliferación de figuras delictivas de tipo político y a una especie de militarización de todo el sistema, como consecuencia de hacer prevalecer la idea común y niveladora de obediencia sobre la idea del valor objetivo y relativo de los diversos bienes jurídicos"¹⁷³.

Soler, apunta Aguirre Obarrio, escribió muchas veces sobre el escabroso asunto. Publicó dos artículos en "La Prensa" de agosto de 1947, uno en la Revista de Colegio de Abogados de Buenos Aires, hay referencias en su obra *Bases ideológicas de la reforma penal* y en su tratado (que sugiere leer en su versión de 1990 actualizada por Guillermo J. Fierro y Bayala Basombrio)¹⁷⁴. La ley 13.569 contradecía el esquema anterior y trababa toda posibilidad de criticar los actos de gobierno¹⁷⁵ al sancionar a los directores de periódicos y editores a menos que

¹⁷¹ Citado por SPINELLI, María Estela, *Los vencedores vencidos. El Antiperonismo y la "Revolución Libertadora"*, 1^a ed., Buenos Aires, Biblio, 2005, p. 160.

¹⁷² BARBAROSCH, ob. cit.

¹⁷³ SOLER, ob. cit., p. 41.

¹⁷⁴ AGUIRRE OBARRIO, ob. cit.

¹⁷⁵ AGUIRRE OBARRIO, ob. cit.



indicaran el nombre del escritor y lograran que se presentara a tiempo para confesar su autoría (siempre que tuviera la aptitud para redactar lo publicado).

La presión que se ejercía desde el derecho penal era palmaria. No solo aumentaba las incriminaciones, sino que se desdibujaban los límites de lo punible y se pretendía colocar al Estado en el trono que ocupaba el ser humano.

En los antecedentes del Código Penal se separaba la contumelia (que podía constituir desacato) de la difamación (que podía ser un delito contra el honor). Así se expresaba la ley 49¹⁷⁶. Explica Mosca, por sus resabios monárquicos, por su carencia de delimitación típica, por su confusión en torno al bien protegido y por las posibilidades de una aplicación discrecional, lisa y llanamente arbitraria, que la figura constituía una rémora que no se adaptaba a la conciencia jurídica¹⁷⁷, lo que reclamaba una reforma que pudiera circunscribir sus límites de manera estricta.

Soler asumía al principio de legalidad formal como necesario para la construcción de una actividad punitiva que pudiera calificarse como jurídica y no como puro régimen de fuerza¹⁷⁸ y si las leyes penales marcan el límite último de todo sistema de valores y expresan o traducen una opinión definitiva¹⁷⁹, debía reencauzar la figura que redactó en el art. 310 de la siguiente manera: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que ofendiere el honor o el decoro de un funcionario público o le amenazare a causa de sus funciones, dirigiéndose a él personalmente o mediante comunicación escrita, telegráfica o telefónica o por la vía jerárquica.

"La pena será de seis meses a tres años, si el ofendido fuese el Presidente de la Nación, el Vicepresidente, un gobernador, un ministro, un miembro del Congreso o de las legislaturas provinciales o un juez.

"Al autor de desacato no se le admitirá la prueba de la veracidad o notoriedad de los hechos y cualidades atribuidas al ofendido".

Entendía que el tipo penal anterior podía transformarse (como ocurrió en muchos casos) en un mecanismo persecutorio, un instrumento del arsenal represivo de las dictaduras¹⁸⁰.

Era claro que intentaba limitar, en el contexto de la formulación (que simplificó luego en su proyecto de 1979¹⁸¹), las transgresiones protagonizadas por la política y robustecer la confianza en las instituciones, como ajustar el

¹⁷⁶ ADLA (Anales de Legislación Argentina), 1952-1880, 364.

¹⁷⁷ MOSCA, Carlos M. A., *Desacato: una norma que puede utilizarse incorrectamente*, La Ley, 1992-C, 1118, cita on line AR/DOC/13854/2001.

¹⁷⁸ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 5^a ed., tomo I, TEA, Buenos Aires, 1988, p. 136, citado por ENNIS, José Luis, El principio de legalidad penal a partir de la nueva redacción del art. 113 del Código Penal en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2012 (abril), 02/04/2012, 111, La Ley, cita on line AR/DOC/976/2012.

¹⁷⁹ SOLER, ob. cit., p. 7.

¹⁸⁰ MOSCA, ob. cit., con cita en SOLER, *Derecho Penal*, p. 122 y ss.

¹⁸¹ AGUIRRE OBARRIO, ob. cit.



proceso para que el derecho penal ejerza su verdadera función. Es decir, el restablecimiento simbólico traducido en la pena.

Buscaba, ante todo, como advierte Mosca, resguardar el debido respeto a la autoridad de las decisiones de la administración pública, que era el único interés comprometido mediante las acciones de esta clase y no el honor del funcionario ofendido¹⁸².

Acude el citado a la jurisprudencia de nuestra máxima instancia judicial: "el ejercicio de la libre crítica de los funcionarios por razón de actos de gobierno, es una manifestación esencial de las libertades de prensa, y tal ejercitación hace a los fundamentos mismos del régimen republicano (*Fallos*. 269:189/192)"¹⁸³.

La política criminal que Soler intentaba plasmar partía de un espíritu moderado (siempre necesario para legislar cualquier materia¹⁸⁴), pues las formalidades que insertaba en el texto tendían a respetar las garantías individuales. Es que la falta de medida que emanaba del artículo que reformaba acrecentaba la tensión entre la tutela de las garantías y la disminución de la delincuencia. Por ello, se exigía su pronta determinación conceptual sin perder de vista la defensa social hasta los límites que fueran tolerables constitucionalmente.

Procuraba también erradicar el sustrato ideológico que ocultaba el favorecimiento de ideas que eran tiránicas o expresiones de un totalitarismo inaceptable. No hay que olvidar que la oposición en la era peronista era vista como traición.

Recuérdese, una vez más, que el procedimiento penal basado en este delito (de redacción abierta que posibilitaba interpretaciones amplias) encubría persecuciones a quienes denunciaban críticamente la actuación de funcionarios o magistrados, como lo demostraba, por ejemplo, la acción intentada contra el general Lanusse, el editor responsable del diario "El Litoral" de Santa Fe o Verbisnki, sin olvidar que Ricardo Balbín estuvo preso por 120 días en la cárcel de Olmos por sus manifestaciones realizadas en catorce actos durante su campaña electoral en ciudades de la Provincia de Buenos Aires¹⁸⁵.

III. A modo de conclusión

La obra de Soler constituyó un anclaje nacional y sentó las bases de un derecho penal congruente con el atalaya constitucional. Con sus críticas recondujo el rumbo de la doctrina y jurisprudencia hacia estándares respetuosos

¹⁸² MOSCA, ob. cit.

¹⁸³ MOSCA, ob. cit.

¹⁸⁴ AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Problemas contemporáneos y política criminal*, Academia Nacional de Derecho 2001, 01/01/2001, 173, cita on line AR/DOC/10287/2003.

¹⁸⁵ MOSCA, ob. cit.



de la dignidad humana. Es que la peligrosidad ya no podía servir de base para fundamentar la pena.

Como dijo Mosca: “la base positiva y humana de la teoría de la peligrosidad no aspira a establecer en el juicio penal, que es humanamente falible (...) sino sólo una presunción relativa que se refiere a ciertas categorías de delincuentes. Y por el hecho indiscutible de que la presunción es sólo relativa y la realidad posterior puede desmentirla, la teoría científica de la peligrosidad crea un conjunto de instituciones destinadas a dar al juicio penal los medios necesarios para que pueda comprobarse en el transcurso del tiempo la persistencia o la cesación de una aptitud antisocial que un juez ha atribuido a un hombre como consecuencia lógica de los antecedentes que hasta ese momento ha conocido”¹⁸⁶.

Al emplear el buen sentido desestimó el peligrosismo del derecho penal, como lo prueba la regulación que preveía para los casos de imputación disminuida o de inimputabilidad total.

Impulsó un avance y se erigió como límite de la concepción positivista criminológica que tendía a reducir el problema a cuestiones médicas alejadas del Estado de Derecho. Y si además dejó al descubierto las exorbitancias justicialistas que se extendieron aun durante la proscripción del partido, debe reconocerse que su tarea, más allá de no ser aprobada ante el golpe cívico militar que depuso a Frondizi, constituye un legado que ha marcado nuestra marcha jurídica como nación.

Además, al aplicar una estrategia penal que conjugaba la dimensión sociológica, normativa y dikelógica, pudo reencauzar el objetivo de la norma punitiva. Al observar el comportamiento humano elaboró descripciones jurídicas lógicas que colocaban en el eje la voluntad del autor al que dejó de llamarlo delincuente. Esta recuperación que encarnaba debe continuar vigente y en este sentido resulta necesario seguir estudiando su obra, pues –dice Ciuro Caldani– frente a las posiciones exegéticas y las del formalismo normativista actual queda claro el empobrecimiento legalista¹⁸⁷.

En fin. Su paso hizo mella en una nueva y esperanzadora interpretación constitucional de la tipología penal y en función de ello esperemos que estas líneas sirvan de sentido homenaje.

¹⁸⁶ RAMOS, Juan P., *Defensa social contra el delito* en Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal, tomo XXVIII, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1929, p. 29, citado por DOVI, ob. cit.

¹⁸⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Acerca de la estrategia jurídica*, La Ley, 16/05/2014, 16/05/2014, 1, 2014-C, 784, cita on line AR/DOC/1215/2014.



Reseña bibliográfica

ANZIT GUERRERO, Ramiro, Derecho penal y paradigma criminológico en América Latina, 1^a ed., Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2011.

CESANO, José Daniel, Ensayos para la reconstrucción histórica del control social formal en Argentina, Alveroni, Córdoba, 2006.

GALASSO, Norberto, Historia de la Argentina: desde los pueblos originarios hasta el tiempo de los Kirchner, 1^a ed., 1^a reimp., Buenos Aires, Colihue, 2011.

GALASSO, Norberto, La compañera Evita, 1^a ed., 1^a reimp., Buenos Aires, Colihue, 2012.

HALPERIN DONGHI, Túlio, Revolución y Guerra: formación de una élite dirigente en la Argentina criolla, 3^a ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

HOBSBAWN, Eric, Historia del siglo XX, 10^a ed., 10^a reimp., Buenos Aires, Crítica, 2013.

JIMÉNEZ DE ANSÚA, Tratado de Derecho Penal, Losada, 1950.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis – LAPLAZA, Francisco P., Comentarios al proyecto de Código Penal Argentino, Bibliográfica Omeba SA, Buenos Aires, 1962.

LEVAGGI, Abelardo, Historia del Derecho Penal Argentino, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Lecciones de Historia Jurídica, tomo IV, Perrot, Buenos Aires, 1978.

LEVAGGI, Abelardo, Manual de Historia del Derecho Argentino, Tomo I, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

LEVAGGI, Abelardo, Orígenes de la codificación argentina: los reglamentos de administración de justicia, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal y control social, Temis, Bogotá, 1999

NUÑEZ, Ricardo, Significado de Sebastián Soler para el derecho penal argentino en Doctrina Penal, Año 3, 1980.

PIGNA, Felipe, Los mitos de la historia argentina 5, 1^a ed., Buenos Aires, Planeta, 2013.

RAMOS, Jorge Abelardo, Historia de la Nación Latinoamericana, 1^a ed. 4^a reimp., Buenos Aires, Continente, 2012.

SOLER, Sebastián, Bases ideológicas de la reforma penal, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1966.

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 5^a ed., tomo I, TEA, Buenos Aires, 1988.



SIGAL, Silvia, *Intelectuales y poder en la década de 1960*, Buenos Aires, ed. Puntosur, 1991.

SIERRA, Hugo Mario & CANTARO, Alejandro Salvador, *Lecciones de derecho penal: parte general*, 1^a ed., Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, Ediuns, 2005.

SPINELLI, María Estela, *Los vencedores vencidos. El Antiperonismo y la "Revolución Libertadora"*, 1^a ed., Buenos Aires, Biblios, 2005.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor & MARTIRÉ, Eduardo, *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, 7^a ed. act., Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2005.

TERÁN, Oscar, *Nuestros años sesentas. La información de la nueva izquierda intelectual argentina*, Buenos Aires, silgo XXI, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & ARNEDO, Miguel Alfredo, *Digesto de Legislación Penal Argentina*, tomo I, Madrid, A.z Editora, 1996.

ZARRAFONI, Eugenio, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar, Buenos Aires, 1998.

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, Perrot, Buenos Aires, 1966.

Artículos de doctrina

AGUIRRE OBARIO, Eduardo, Apunte sobre desacato “a distancia”, *La Ley*, 1992-C, 1189.

AGUIRRE OBARIO, Eduardo, Problemas contemporáneos y política criminal, *Academia Nacional de Derecho*, 2001, 01/01/2001, 173.

BÁEZ, Julio C., La reforma del Código Penal en Suplemento Penal 2017 (marzo) 4, *La Ley* 2017-B, 684.

BAÑOS, Javier Ignacio – Buján, Fernando, Historia de las penas: breves reflexiones sobre el Código Penal de 1886 y su comparación con el proyecto Coll-Gómez de 1937 en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (febrero), 06/02/2015, 267.

BARBAROSCH, Eduardo, Un estudio sobre el profesor Luis Jiménez de Ansúa como profesor de la Facultad Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, publicado en www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/facultad-de-derecho-uba-hacia-su-bicentenario/un-estudio-sobre-el-profesor-luis-jimenez-de-asua.pdf.



BARRIERA, Darío G., La justicia como laboratorio para la historia. Relaciones personales y recursos jurídicos en procesos judiciales (Santa Fe, Río de la Plata, Siglo XVII), Tierra firme, Caracas, 2002, nro. 78, año 20, volumen XX.

CASTRONUOVO, Sabrina, El rol de la Revolución Libertadora en el encarcelamiento de la militancia feminista peronista (1955-1958), en Revista de Historia del Derecho, nro. 51, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, enero-junio, 2016.

CESANO, José Daniel – NÚÑEZ, Jorge A., Dos textos escondidos de José Ingenieros en Revista de Derecho Penal y Criminología (agosto), 03/08/2016, 197, La Ley.

CESANO, José Daniel, El sistema penal durante el primer peronismo (1946-1955): a propósito de ciertas interpretaciones, Boletín Americanista, Universidad de Barcelona, Facultad de Geografía e Historia, Sección de Historia de América, nro. 56, Año LVI, Barcelona, 2006.

CESANO, José Daniel, La política penitenciaria durante el primer peronismo (1946-1955) en Revista Pensamiento Penal, ISSN: 1853- 4554.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Acerca de la estrategia jurídica, La Ley, 16/05/2014, 16/05/2014, 1, 2014-C, 784.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, La crisis del contenido sustancial del delito en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales dirigido por Eugenio Cuello Calon, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas (septiembre-diciembre MCMLX), tomo XIII, fascículo III, Madrid.

CHIAPPINI, Julio, Sebastián Soler y la pena de muerte, El Derecho, 25/06/2018.

DALLA CORTE CABALLERO, Gabriela, La historia del derecho en la Argentina o la Historia jurídica como proceso, Prohistoria, Año III, nro. 3, Rosario, 1999.

DELGADO, Sergio, El humanismo penitenciario peronista en Revista de Derecho Penal y Criminología (diciembre), La Ley, 04/12/2019, 238.

DÍAZ COSUELO, José María, Delitos contra la religión y el culto en la codificación penal argentina (1853-1941) en Revista de Historia de Derecho, Sección Investigaciones, nro. 48, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, julio-diciembre, 2014.

DOVIO, Mariana Ángela, La peligrosidad en la "Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal". Buenos Aires 924-1934 en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2014 (mayo), La Ley, 01/05/2014, 44.

ENNIS, José Luis, El principio de legalidad penal a partir de la nueva redacción del art. 113 del Código Penal en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2012 (abril), 02/04/2012, 111, La Ley.



KIERSZENBAUM, Mariano, Los fundamentos del derecho penal en Sebastián Soler. Liberalismo jurídico vs. positivismo criminológico y regímenes autoritarios en Derecho Penal y Criminología 2019 (mayo), 06/05/2019, 255, La Ley.

LEVAGGI, Abelardo, La codificación del procedimiento criminal en la Argentina de la segunda mitad del siglo XIX, en Revista de Historia del Derecho, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, volumen II, Buenos Aires, 1983.

LÓPEZ LASTRA, Julio E., La no incriminación autónoma del “incesto” en el Proyecto Soler. Redargución de los cinco argumentos que da para mantener su actual licitud. El problema de las formas punibles, La Ley, 108, octubre-diciembre, 1962.

MILEI, Luis Fernando Javier, Las Penas desde la óptica Beccariana en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2013 (marzo), 265, La Ley.

MOSCA, Carlos M. A., Desacato: una norma que puede utilizarse incorrectamente, La Ley, 1992-C, 1118.

NUÑEZ, Ricardo C., Significado de Sebastián Soler para el Derecho penal argentino en Doctrina Penal, Buenos Aires, Año 3, 1994.

NOGUERA, Carlos Alberto, El Bicentenario de la literatura procesal argentina en Revista de Derecho Procesal: El Derecho Procesal en vísperas del Bicentenario, número extraordinario conmemorativo del Bicentenario, tomo 2010, Rubinzal-Culzoni.

PERLINGER, Nahuel M., Los torturados (1813-2013) en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2014 (julio), 04/07/2014, 188, La Ley.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, El anteproyecto de Código penal argentino de 1960 de Sebastián Soler en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales dirigido por Eugenio Cuello Calon, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas (septiembre-diciembre MCMLX), tomo XIII, fascículo III, Madrid.

ROLDÁN CAÑIZARES, Enrique & JOSÉ DANIEL CESANO, Reseña de viajeros y traductores: circulación de ideas en la formación de la cultura jurídico penal de Córdoba. Luis Jiménez de Asúa y Robert Goldschmidt 1923-1952, Córdoba (Argentina), Lerner, 2015, en Revista de Historia del Derecho, nro. 51, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, enero-junio, 2016.

RAFECAS, Daniel, El aporte de los discursos penales a la conformación de Auschwitz en Nuestra Memoria, nro. 25, 205.

RAMOS MEJÍA, Enrique, La ciencia penal argentina antes y después de Sebastián Soler. Conferencia pronunciada el 14 de septiembre de 1981 en la Universidad de Córdoba, Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda época, año XXVI, nro. 19.



STRINGINI, Natalia, La continuidad de la tradición jurídica india en el pensamiento de Carlos Tejedor. El caso del delito de cohecho, en Revista de Historia del Derecho – Sección Investigaciones, nro. 45, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, enero-junio 2013.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, volumen XI, Buenos Aires, 1977, p. 19.

WALTER, Lucas I., Autoría y participación: ayer y hoy en Suplemento Especial – Comentarios al Proyecto de Código Penal 2019 (junio), 15/06/2019, 197, La Ley.

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, La recepción de los derechos extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX en Revista de Historia del Derecho, Instituto de Medina. Guillermo Alberto Antelo.