



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Berazategui

**“EL DESARROLLO DE LA PENA EN EL DERECHO
ARGENTINO”**

Tutores: Cesar Gabriel Gigli y Hugo Javier Sallis

Alumno: Massimino Alexis Facundo

Título al que aspira: Abogado

Teléfono: (011) 15-57070605

E-mail: alexismassimino@hotmail.com

Buenos Aires, agosto 2022

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	4
SOLICITUD DE TUTORÍA PARA TESIS	5
ACEPTACIÓN DE TUTORÍA.....	7
RESERVA DE TEMA DE TRABAJO FINAL.....	9
NOTA DE ELEVACIÓN DE TESIS	10
PROYECTO DE TRABAJO FINAL	11
INTRODUCCIÓN	14
CAPÍTULO I - CONCEPTOS	16
1 - ¿Que es la Pena?	16
2 - Teorías de la pena	17
3 - Tipos de Pena	21
3. 1 - <i>Por su Extensión</i>	22
3. 2 - <i>Por su Composición</i>	22
3. 3 - <i>Por la Naturaleza del Derecho que Restringen</i>	23
4 – Criminalidad y Delincuencia	25
CAPÍTULO II - ORIGEN Y DESARROLLO DE LA PENA	26
1 – Génesis	26
2 - ¿Las Primeras Penas?.....	27
2. 1 - <i>El Código de Hammurabi</i>	27
2. 2 - <i>El Castigo Divino</i>	29
2. 3 - <i>La venganza en Grecia</i>	31
2. 4 - <i>La Ley de las Doce Tablas y el Derecho Romano</i>	33
3 - La Evolución Después de Roma.....	35
3. 1 - <i>El Derecho Germánico</i>	35
3. 2 - <i>El Derecho Canónico en la edad media y la consolidación de lo sagrado</i>	36
3. 3 - <i>El Ius Commune y el afianzamiento del derecho europeo</i>	38
CAPÍTULO III – LA PENA EN EL DERECHO ARGENTINO	39
1 - El Inicio.....	39
2 - Constitucionalismo y Codificación	42
2. 1 - <i>El panorama previo a la constitución</i>	42
2. 2 - <i>El nacimiento de la Constitución</i>	43
2. 3 - <i>El primer Código Penal</i>	47
3 – Actualidad.....	50
CAPÍTULO IV – IMPACTO SOCIAL DE LA PENA	53
1 – Preámbulo.....	53
2 – Época Colonial.....	54

3 – Periodo Constitucional.....	56
4 – Periodo Contemporáneo	60
CAPÍTULO V – DERECHO COMPARADO	66
1 – Introducción	66
2 – Estados Unidos	66
3 – Alemania.....	67
4 – Emiratos Árabes Unidos.....	68
5 – Chile	69
CONCLUSIÓN	73
BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES.....	76

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, agradecerle a mis padres, Gabriel y Vanesa, por su incondicional apoyo, por los valores que me han inculcado y por el ejemplo que día a día han significado para mí, sin lugar a dudas, junto a Fiorella (mi hermana), son la razón por la que me ha sido posible llegar a esta instancia final.

Al Dr. Luis Damian Forlani, quien con su calidez y enseñanzas ha sido el primero en confiar en mí y en el desarrollo de este trabajo que en su honor presento.

A mis tutores, el Dr. Cesar Gabriel Gigli y el Esp. Hugo Javier Sallis, quienes me apoyaron y ayudaron a culminar esta tesis.

A la Universidad Abierta Interamericana y a su más que excelente equipo de profesores, que, a través de sus enseñanzas y conocimientos, me hicieron conocer lo hermoso de esta carrera y confirmar mi deseo de recorrer el camino de la abogacía.

A las Dras. Mirta Edith Fraile y Vanesa Paola Roggero, por su indudable profesionalismo, por haberme aceptado en su estudio, por enseñarme en qué consiste ejercer el derecho, por guiarme a dar mis primeros pasos en la profesión y por ser mis “profesoras” fuera del ámbito académico.

A todos mis seres queridos, que, de una forma u otra, estuvieron presentes alentándome y empujándome a lograr mi objetivo de ser abogado.

Alexis Facundo Massimino

SOLICITUD DE TUTORÍA PARA TESIS

Buenos Aires, 24 de abril de 2022.

Estimado Esp. Hugo Javier Sallis

Me dirijo a usted por medio de la presente a fin de solicitarle su ayuda como tutor para la confección de mi trabajo final. El título del mismo será: *“El Desarrollo de la Pena en el Derecho Argentino”*.

Asimismo, declaro conocer expresamente los recaudos dispuestos por el Resolución C.S. N° 5379/19 U.A.I. para la confección de trabajos finales, y asumo la responsabilidad de desempeñar el desarrollo del presente trabajo de investigación conforme las pautas metodológicas dispuestas por mi tutor siendo las mismas de tipo orientativas; como así también bajo la experticia adquirida como alumno en el marco de las materias dictadas por la Universidad Abierta Interamericana.

Declaro bajo juramento que el trabajo de investigación a confeccionar resultará pura y exclusivamente obra intelectual de quien suscribe, asumiendo la responsabilidad civil y/o Penal de la autoría intelectual de la obra a desarrollar, liberando al Esp. Hugo Javier Sallis de cualquier consecuencia jurídica devenida del presente trabajo.

Saludos cordiales.

Alexis Facundo Massimino

D.N.I.: 41.315.044

Legajo B00006557-J1

Alexis Facundo Massimino

SOLICITUD DE TUTORÍA PARA TESIS

Buenos Aires, 24 de abril de 2022.

Estimado Dr. Cesar Gabriel Gigli

Me dirijo a usted por medio de la presente a fin de solicitarle su ayuda como tutor externo para la confección de mi trabajo final. El título del mismo será: *“El Desarrollo de la Pena en el Derecho Argentino”*.

Asimismo, declaro conocer expresamente los recaudos dispuestos por el Resolución C.S. N° 5379/19 U.A.I. para la confección de trabajos finales, y asumo la responsabilidad de desempeñar el desarrollo del presente trabajo de investigación conforme las pautas metodológicas dispuestas por mi tutor siendo las mismas de tipo orientativas; como así también bajo la experticia adquirida como alumno en el marco de las materias dictadas por la Universidad Abierta Interamericana.

Declaro bajo juramento que el trabajo de investigación a confeccionar resultará pura y exclusivamente obra intelectual de quien suscribe, asumiendo la responsabilidad civil y/o Penal de la autoría intelectual de la obra a desarrollar, liberando al Dr. Cesar Gabriel Gigli de cualquier consecuencia jurídica devenida del presente trabajo.

Saludos cordiales.

Alexis Facundo Massimino

D.N.I.: 41.315.044

Legajo B00006557-J1

ACEPTACIÓN DE TUTORÍA

Buenos Aires, 24 de abril de 2022.

Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana.

Dr. Marcos Córdoba.

S_____ / _____ D

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico a Ud. Que tengo el agrado de aceptar desempeñarme como tutor del Trabajo Final del alumno Alexis Facundo Massimino, D.N.I.: 41.315.044, Legajo B00006557-J1.

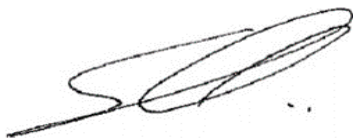
Toda vez que la producción integral del presente trabajo resultará exclusiva propiedad intelectual del tesista y siendo el carácter de las instrucciones realizadas por el abajo firmante, opiniones meramente metodológicas y orientadoras del área de incumbencia del trabajo de investigación no asumo responsabilidad Penal y/o civil por la presente obra.

Declaro conocer la reglamentación e instructivos vigentes.

Sin otro particular, saluda a Ud. Atte.

Esp. Hugo Javier Sallis

Correo: hugosallis@gmail.com



ACEPTACIÓN DE TUTORÍA

Buenos Aires, 29 de abril de 2022.

Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana.

Dr. Marcos Córdoba.

S_____ / _____ D

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico a Ud. Que tengo el agrado de aceptar desempeñarme como tutor externo del Trabajo Final del alumno Alexis Facundo Massimino, D.N.I.: 41.315.044, Legajo B00006557-J1.

Toda vez que la producción integral del presente trabajo resultará exclusiva propiedad intelectual del tesista y siendo el carácter de las instrucciones realizadas por el abajo firmante, opiniones meramente metodológicas y orientadoras del área de incumbencia del trabajo de investigación no asumo responsabilidad Penal y/o civil por la presente obra.

Declaro conocer la reglamentación e instructivos vigentes.

Sin otro particular, saluda a Ud. Atte.

Dr. Cesar Gabriel Gigli

Correo: gabogigli@hotmail.com



CESAR GABRIEL GIGLI
ABOGADO
Tº V Fº 29 C.A.B.
Tº Vº Fº 77 C.F.A.L.P.
Lic. Prev. 057388/3
CUIT 20-14776226-5

RESERVA DE TEMA DE TRABAJO FINAL



Massimino, Alexis Facundo

Para: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>



Mar 26/04/2022 9:06

Ok, el tema de mi tesis sería "El desarrollo de la pena en Argentina" y esta, buscaría diferenciar y explicar los distintos tipos de pena que existieron a lo largo de la historia de nuestro país, haciendo una distinción entre las penas de castigo y las penas de reinserción. Para esto, me enfocaré y analizaré el contexto social-jurídico en que estos dos tipos de pena se fueron aplicando para poder vislumbrar cuál de las dos resultó tener mayor "eficacia" y repercusión positiva en la población en lo que refiere al resguardo de la armonía social y la disminución de la criminalidad.

Así, luego de un detenido estudio histórico, doctrinario y de derecho comparado podremos determinar qué tipo de pena satisface mejor la necesidad social y acabaremos con la vulgar pregunta que gran parte de la sociedad se hace "¿qué pena es mejor? ¿las penas de castigo como la pena de muerte o las penas que buscan reinsertar al delincuente a la sociedad?".

Por lo expuesto, puedo decir que el objetivo de mi trabajo de investigación no solo es determinar "que tipo de pena es mejor" o "cual pena funcionó mejor en el país" sino que también buscaré aclarar como deberían ser las penas que resultarían más efectivas en nuestro ordenamiento jurídico.



Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>

Para: Massimino, Alexis Facundo



Mar 26/04/2022 9:09

Tema y tutores registrados. Atte

NOTA DE ELEVACIÓN DE TESIS

Buenos Aires, 15 de julio de 2022

Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana

Dr. Marcos Córdoba.

S_____ / _____ D

De nuestra mayor consideración:

Por la presente comunicamos al Sr. Decano que el alumno Alexis Facundo Massimino ha confeccionado el Trabajo Final titulado, *“El Desarrollo de la Pena en el Derecho Argentino”*, bajo nuestra supervisión.

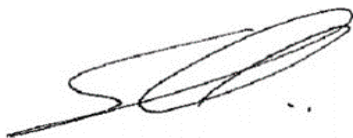
Consideramos que el trabajo merece ser defendido ante el Tribunal que se designe.

Toda vez que la producción integral del presente trabajo resulta de exclusiva propiedad intelectual del tesista y siendo el carácter de las instrucciones realizadas por los abajo firmantes, opiniones meramente metodológicas y orientadoras del área de incumbencia del trabajo de investigación no asumimos responsabilidad Penal y/o civil por la presente obra.

Sin otro particular, saluda a Ud. Atte.

Esp. Hugo Javier Sallis

Correo: hugosallis@gmail.com



Dr. Cesar Gabriel Gigli

Correo: gabogigli@hotmail.com



CESAR GABRIEL GIGLI
ABOGADO
Tº V Fº 29 C.A.B.
Tº 30 Fº 77 C.F.A.L.P.
Leg. Priv. 037988/3
CUIT 20-14776226-3

PROYECTO DE TRABAJO FINAL

TESIS: EL DESARROLLO DE LA PENA EN EL DERECHO ARGENTINO

TITULO COMERCIAL: “¿Es una pena, la pena?”

TÍTULO ACADÉMICO: La Pena. Derecho Argentino, Aspectos sociales y culturales. Historia y evolución. Derecho Comparado.

AREA DEL DERECHO: Derecho penal.

RESUMEN:

Como ya es sabido, en la actualidad la pena de muerte junto a otros tipos de penas retributivas, se encuentran prohibidas en casi todo el mundo, debido al apogeo de los derechos humanos, los tratados internacionales y la tendencia del uso de penas preventivas, pudiendo destacar aquellas enfocadas en la privación de la libertad del delincuente; a pesar de esto, tanto en la sociedad, como doctrinariamente hablando, es común encontrar opiniones y discusiones varias en materia de derecho penal que se dividen en cuanto a temas que van desde si el objeto del castigo debe ser una lesión normativa o una lesión a un derecho subjetivo, hasta si los tipo de pena utilizados son o no efectivos. A raíz de esto, surgen debates variados que dan lugar a distintas mentalidades, ideologías, prejuicios y hasta “conveniencias burocráticas”. Es por ello que el presente trabajo se centrará en desarrollar cual fue la relevancia que las penas de castigo tuvieron a lo largo de la historia en nuestro país, la forma en la que estas impactaban en la criminalidad y analizar si la decisión de optar por un sistema represivo “más suave” fue la correcta.

PREGUNTAS PROBLEMA:

- ¿Qué es la pena?
- ¿Qué tipos de pena hay?
- ¿Cómo surgen las primeras penas?
- ¿Cómo se aplicaban la pena de muerte y demás penas retributivas en el derecho argentino?
- ¿Cómo repercutían estas penas en la sociedad?

- ¿Cómo llegan las penas preventivas y las privativas de la libertad al derecho argentino?
- ¿Cómo impactan en la sociedad?
- ¿Qué tipos de pena se utilizan en otros países?
- ¿Cuál tipo de pena “es mejor?”

METODOLOGIA:

El presente trabajo utilizará una metodología de investigación descriptiva explicativa del tipo cualitativo, donde se detallará el desarrollo que la pena ha tenido lo largo de la historia en nuestro país y el impacto que esta genera en la sociedad, sobre todo enfocándonos en la repercusión que estas tienen en las tasas de criminalidad del territorio argentino.

HIPOTESIS:

- A lo largo de la historia, las distintas civilizaciones aplicaron diversos tipos de penas, las cuales fueron evolucionando con el correr de los años.
- Las penas retributivas tuvieron su época de auge y eran utilizadas a lo largo del mundo.
- Las penas retributivas no tuvieron éxito en Argentina.
- En nuestro país, el resultado del uso de penas de reinserción no logra convencer a toda la población.
- En la actualidad muchas personas consideran que las penas retributivas deberían volver.

MARCO TEORICO:

Debido a que el tema central de esta tesis consiste en hacer un análisis histórico y comparativo entre las penas retributivas y preventivas, para poder deducir cual trae consigo mejores resultados, es menester conocer la opinión de distintos juristas con respecto al tema.

Dentro de las diversas doctrinas analistas de la pena que podemos encontrar, se puede destacar a dos grandes ideologías, la doctrina retributiva (o absolutista) y la doctrina preventiva (o relativa). La doctrina absolutista defiende la idea de que la pena se justifica por sí misma, por lo que solo importa que el delincuente reciba lo que merece, sin darle valor a la anulación de leyes, preceptos o costumbres que se consideran

atentatorios a principios éticos y morales; por otra parte, en contrapartida de la ya mencionada, la doctrina relativa, procura establecer un sistema de límites y vínculos, no solo al poder judicial, sino de todos los demás poderes, procurando la garantía de los derechos fundamentales de los habitantes del estado en su búsqueda por lograr que la pena proteja a la sociedad y en lo posible, evite la producción de futuros delitos.

Dentro de los doctrinarios absolutistas, podemos mencionar a Emanuel Kant, quien afirmaba que la pena sólo tiene sentido, si es retribución de la culpabilidad y que esta solamente se justifica para sancionar el acto de maldad de un infractor. Otro jurista destacado que ampara este sistema, pero de una manera más “controlada” es Cesare Beccaria, el cual afirma que la “suavidad” con la que se trata al hombre no alcanza a hacer que este se retracte de sus actos, por lo que no ve como disparatada la idea de creer que incluso penas como la pena de muerte es verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado.

Por otra parte, dentro de los retractores de las teorías retributivas podemos mencionar a Albert Camus quien reconoce que a lo largo de la historia muchas personas han delinuido bajo la vigencia de la pena de muerte, pero no existe forma de saber realmente cuantos dejaron de delinquir debido a la existencia de esta; o a Sebastián Soler que ha hecho mención de este tema en muchos de sus libros, dando a entender que las variaciones en la criminalidad no son explicables por su relación con la severidad de las penas, tratándose para él de un asunto es mucho más complejo.

Por el lado de las doctrinas preventivas y relativas, podemos mencionar como jurista destacado a Paul Johann Anselm von Feuerbach quien considera que, el propósito de imponer una pena reside en la justificación de la efectividad de la amenaza penal, ya que, sin esta amenaza, sería ineficaz. Esto quiere decir que si bien, la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, es la aplicación de la misma la que le da su efecto intimidante.

La principal crítica a los pensamientos preventivos es la que da origen al presente trabajo y es que a pesar de la existencia de múltiples normativas donde se plasma la consecuencia jurídica que puede atraer la comisión de un delito, estos siguen cometiéndose día a día, y a su vez, la reinserción como objetivo del sistema penal tampoco termina de convencer y lograr grandes frutos.

INTRODUCCIÓN

La pena es la sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales de un sujeto hallado responsable de la comisión de una conducta punible.

A lo largo de la historia, muchas fueron las clases de penas utilizadas con el fin de detener el accionar ilícito de los miembros de la sociedad. Dentro de este amplio abanico podemos encontrar distintos tipos de penas, que varían su gravedad entre multas, trabajos comunitarios, inhabilitaciones, prisión, reclusión o restricción de derechos. A su vez, independientemente de cuál sea el tipo de pena utilizado, la finalidad con las que estas se utilizan también puede variar, siendo el fin utilizado en la actualidad, el buscar la reinserción del delincuente, es decir, su reintegración en la sociedad luego de haber cumplido con su pena de prisión.

El auge de las penas reinserción se da junto al aumento de importancia de los derechos humanos, sobreponiéndose así por sobre los tipos de pena de “castigo” o “venganza” donde lo que menos importaba era el bienestar del reo, sino que lo que más interesaba era que este aprendiera la lección y/o no volviera delinquir.

Si bien, el sistema de reinserción es el que rige en casi todo el mundo y el aprobado por una gran cantidad de habitantes, muchos son los que se muestran muy inconformes con esta, ya sea porque no surte efectos o porque no se aplica de la manera adecuada, llegando incluso a preferir las viejas penas punitivas.

Durante el año 2006, la consultora argentina Raúl Aragón & Asociados realizó un relevamiento de opinión pública de los argentinos sobre 2873 casos efectivos, de dicha encuesta surge que, el 49,2% de los encuestados está a favor de la pena de muerte para delitos graves como secuestro, violación o asalto a mano armada seguido de muerte. Mientras que el 44,8% está en contra. (Aragón , 2006).

El Centro de Estudios e Investigaciones Laborales, perteneciente al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), publicó durante el año 2019 la “Segunda Encuesta Nacional sobre Creencias y Actitudes Religiosas en Argentina”, en ella, de una base de 2421 casos activos, el 50% afirmaba que la pena de muerte debía ser reconsiderada como pena válida para delitos graves (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, 2019).

Finalmente, en 2020, el Centro de Opinión Pública de la Universidad de Belgrano (COPUB) realizó una encuesta con el fin de conocer la opinión de los argentinos con respecto a inseguridad y la delincuencia que azota al país. Mediante un sondeo elaborado a 450 casos efectivos, se supo que el 41% de los entrevistados estaba a favor de la implementación de la pena de muerte como castigo para delitos graves, de la misma manera, el 39% de los encuestados se mostró contraria a esta opinión y el 20% restante se negó a responder (Narosky, 2021).

Es entonces que, basado en esta premisa, decidí elaborar el presente trabajo de investigación, a fin de comparar los tipos de pena utilizados a lo largo de la historia argentina, analizando la forma en que fueron aplicadas, los contextos sociales en que rigieron y la efectividad que estas tuvieron en su afán de enfrentar la delincuencia; y así, poner fin al debate de cuál tipo de pena es la más eficiente o “mejor”.

CAPÍTULO I - CONCEPTOS

1 - ¿Que es la Pena?

Previo a adentrarnos en el análisis evolutivo de las penas en Argentina, vamos a analizar el concepto central de este trabajo de investigación, el concepto de “pena”.

Etimológicamente la palabra pena, proviene del latín “poena” y este, a su vez, del griego “poine”, ambas concepciones refieren al sufrimiento, al castigo, al tormento y al dolor. El significado etimológico de la palabra pena nos permite comprender que la misma, alude a un perjuicio, una suerte de menoscabo que recae sobre quien merezca la aplicación de la misma.

Dentro de una concepción formal del derecho, podemos decir que la pena es una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales de un sujeto hallado responsable de la comisión de una conducta punible.

Este concepto seleccionado, si bien no es de carácter universal, es a nuestro criterio, el más acertado a la hora de definir dicha figura jurídica, puesto que la pena no es más que la consecuencia jurídica que acarrea la comisión de una conducta delictiva, que la ley dispone como punible y la cual; por lo tanto, le adjudica la pérdida o restricción de los derechos del delincuente.

En la historia de derecho, un sinnúmero de doctrinarios han dado su concepto de la pena, por lo cual a fin de reforzar lo ya dicho, es menester citar algunos de estos para enriquecer el sentido de la palabra pena.

Sebastián Soler (1992), reconocido jurista nacido en España, definía a la pena como “Pena es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos” (p. 400).

El jurista y magistrado colombiano Alfonso Reyes Echandía, definía la pena como “la coartación o supresión de un derecho personal que el estado impone a través de una rama jurisdiccional a un sujeto imputable que ha sido declarado responsable de una infracción penal” (Reyes Echandía , s.f.)

Juristas clásicos y reconocidos -que no pueden quedar fuera de ningún trabajo de derecho-, como Hans Kelsen y Francesco Carrara, reconocen a la pena como una sanción

inminente para aquel que viola la norma jurídico-penal (Kelsen, 1934) y como el mal que la autoridad pública le inflige a un culpable por causa de un delito (Carrara, 1959), respectivamente.

Teniendo en cuenta, tanto el concepto central elegido para este trabajo, como también las ideas citadas en el presente, podemos notar que independientemente de la definición que se le dé al término pena, hay un carácter que predomina, y es el hecho de considerar a la pena como una consecuencia jurídica ante un determinado hecho delictivo.

2 - Teorías de la pena

Dentro del mundo del derecho, existen un sinnúmero de teorías relativas a la pena y su fin, las cuales buscan determinar la función que la sanción penal tiene asignada y que, a su vez, permite establecer cuál es la función que posee el Derecho penal en general; ya que podemos sobrentender que conociendo el tipo de pena y la razón con la cual estas se aplican, podemos llegar a tener una leve idea del tipo de sistema punitivo que rige en dicho territorio.

Para desarrollar sobre las teorías, debemos comenzar diferenciando dos conceptos que demarcan la distinción entre las teorías más significativas del derecho penal; los conceptos de “retribución” y de “prevención”.

Por el lado de la retribución, debemos comprender que el significado con el que usamos la palabra “retribución” en este caso, no es tan exacto a su significado habitual de recompensa o pago, sino que, en este aspecto, para ser más precisos refiere al hecho “dar lo que corresponde o lo que merece”, es decir, en otras palabras, para las “Teorías de Retribución”, el sentido de la pena se fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito, solo se compensa con la imposición de una pena. De ahí que su postulado esencial, sea que la pena es retribución del mal causado, la clásica “imposición de un mal, por el mal cometido”.

La pena, por ello, tiene según este tipo de teorías un carácter absoluto -razón por la cual también se conoce a estas teorías como “Teorías Absolutas”-, no sirve para nada más, pues constituye un fin en sí misma, en otras palabras, se justifican por sí mismas. La pena tiene que ser porque debe imperar la justicia y no será hasta que el infractor de la norma haya expiado su culpabilidad, que podrá ingresar a la sociedad como “hombre libre”.

Para esta corriente ideológica, la pena consiste en un castigo, por lo que debe provocar un sufrimiento, un dolor, un mal a quien ha cometido el delito, ultrajando o afectando así bienes jurídicos tutelados (o derechos) de este. Integran el grupo de autores absolutistas, algunos como:

De palabras de Immanuel Kant (*La Metafísica de las Costumbres* , 1797) la pena sólo tiene sentido, si es retribución de la culpabilidad y, en consecuencia, no puede imponerse simplemente como medio para conseguir otro bien, para el delincuente mismo o para la sociedad. Es decir, que la pena únicamente se justifica para sancionar el acto de maldad de un infractor, ya que, si hubiera otro propósito, ésta constituiría un insulto a la dignidad de esa persona.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1821), filósofo del Idealismo alemán, reconoce “al delito como la ‘negación del derecho’, y a la pena, como la ‘negación de la negación’” (p. 202). Esta afirmación surge, de que, para Hegel, la pena según el ordenamiento jurídico, representa la voluntad general y con esta se niega la voluntad especial del infractor, expresada en el prejuicio jurídico que queda anulado por la superioridad moral de la comunidad, descalificando la persecución de fines distintos a la mera retribución del derecho lesionado mediante la pena.

Desde el punto de vista de los absolutistas católicos encontramos a Paul Althaus, teólogo luterano alemán quien consideraba que “el sentido de la pena se encuentra en ella misma, por cuanto se hace valer el orden eterno frente al delincuente” (Althaus, s.f. como se citó en Jescheck 1993).

En general, las teorías absolutas ya no se utilizan como forma de explicar el fin de la pena. La mayor crítica que reciben estas teorías recae sobre su justificación; los absolutistas argumentan que el fin de la pena es el de buscar justicia, pero quienes critican este modelo consideran que la finalidad perseguida por los primeros pareciera más tratarse de un acto de venganza por el mal que el delincuente ha causado, debido a que, al no poder repararse de ningún modo el mal causado por el infractor, en ningún momento podría lograrse un desenlace justo.

Por otra parte, cuando nos paramos sobre el concepto de prevención, aquí si hacemos alusión a su significado habitual, “preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo.” (Real Academia Española , s.f, definición 2).

Dentro de este apartado de teorías de prevención, encontramos a las “Teorías Relativas”, que consisten en una postura totalmente opuesta a la teoría absoluta, ya que otorgan un fin ulterior a la pena, es decir, un fin más allá de la simple aplicación de la pena con el fin de castigar o retribuir al delincuente; ya que busca aplicar la pena en miras de otros objetivos, como prevenir futuros delitos. Para ellas la pena no tiene que buscar justicia, sino que, se debe encargarse de proteger a la sociedad.

En el grupo de las teorías relativas, encontramos dos ideas, la “Teoría Preventiva General” y la “Teoría Preventiva Especial”.

Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. Esta concepción no se fija en los efectos que la pena puede tener sobre el autor de un delito. La idea de la prevención general se emplea en dos sentidos, el primero, un sentido estricto que se basa en la intimidación general mediante la amenaza de la pena (subrama conocida como “Teoría Preventiva General Negativa”), y el segundo, en un sentido más amplio donde lo que se busca es la verificación del derecho como orden ético, fortaleciendo la fidelidad y confianza de la sociedad para con el ordenamiento jurídico (subrama conocida como “Teoría Preventiva General Positiva”).

Su principal representante fue el penalista alemán de principios de siglo XIX, Feuerbach. Este, partiendo de una base preventiva general negativa, considera que, el propósito de imponer una pena reside en la justificación de la efectividad de la amenaza penal, ya que, sin esta amenaza sería ineficaz. Esto quiere decir que si bien, la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, es la aplicación de la misma la que le da su efecto intimidante. Es entonces que, para él, la pena no es más que una “coacción psicológica” (von Feuerbach, 1801) que se ejerce en todos los ciudadanos para que estos no incurran en la comisión de delitos.

Dentro de la vertiente preventiva general positiva podemos mencionar al contemporáneo, Mario Durán Migliardi. Este jurista afirma que “el castigo es utilizado para desincentivar o disuadir a delincuentes potenciales” “la pena puede emplearse para inculcar los valores del sistema jurídico en la población (función fundamentadora), o para restablecer la confianza y la fidelidad en la norma (función limitadora)” (La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. , 2016).

Las teorías generales, si bien son aprobadas por una gran cantidad de doctrinarios, contienen ciertos defectos prácticos que son muy marcados por sus opositores. El

principal de estos se puede visualizar en la vida diaria, y es que a pesar de la existencia de múltiples normativas donde se plasma la consecuencia jurídica que puede atraer la comisión de un delito, estos siguen cometiéndose día a día, debido a que no todas las personas tienen la intención de no cometer un delito por más que se lo amenace con una pena.

Por otro lado, las teorías de prevención especial, tratan sobre los efectos que tiene la aplicación de una pena en el individuo a la que va dirigida. El principal objetivo de esta clase de prevención será evitar que aquél que ya haya cometido un acto ilícito, vuelva incurrir en otro a futuro. Así, podemos decir que la prevención especial, a diferencia de la general, no va dirigida al conjunto de la sociedad, sino a aquellos que ya hayan vulnerado el ordenamiento jurídico. Dentro de esta idea también podemos encontrar una ramificación positiva y negativa. Las “Teorías Especiales Positivas” serán aquellas cuyo objetivo principal es la resocialización del individuo, mientras que las “Teorías Especiales Negativas” buscan neutralizar al delincuente a costa de infringirle un mal por el “bien de la sociedad”, incurriendo en causarle impedimentos físicos e incluso la muerte.

Uno de los principales autores; dentro de esta corriente, es Franz von Liszt, jurista y político alemán de origen austríaco. Para él, la prevención especial entiende que el fin de la pena es resocializar al individuo, y sólo si esto no se es posible, se optara por una pena que asegure el bienestar colectivo general, acabando con toda chance de reinserción.

De las teorías especiales, la más utilizada y aceptada a nivel global es la teoría especial positiva que busca la resocialización del delincuente. A pesar de esto, estas teorías tampoco se salvan de las críticas, puesto que, lo que más se cuestiona de ellas es la misma idea de resocialización, la cual es muy difícil de aplicar teniendo en cuenta los estados de las cárceles actuales, los cuales cuentan con muchos defectos en sus sistemas, llevando en algunos casos incluso a profundizar el déficit de socialización. Sin mencionar la dificultad que muchos exconvictos tienen a la hora de reincorporarse a la sociedad, por ejemplo, a la hora de buscar trabajo, esto en gran medida por el perjuicio que acarrea en la gente el hecho de haber estado en prisión.

Finalmente, debemos mencionar la existencia de otro arquetipo de estas teorías, el cual no puede encuadrarse dentro de los dos tipos anteriormente mencionados. Estas son las “Teorías Mixtas”, las cuales afirman que los postulados absolutos y relativos no pueden por sí solos comprender, ni establecer adecuadamente el objeto y límite de la prueba.

Esta última clasificación, propone teorías que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones previas. Para éstas lo fundamental es (al igual que las teorías absolutas) la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de ese marco retributivo y, por vía de excepción, admiten que con el castigo se busquen fines preventivos (como las teorías relativas).

Claus Roxin, destacado abogado y jurista alemán enmarcado como uno de los defensores de estas teorías mixtas, -también conocidas como “Teorías de la Unión” puesto que suponen la unión de las dos teorías antagónicas ya citadas-, manifiesta que “la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un efecto preventivo general en la comunidad” (Sentido y Límites de la Pena Estatal. En problemas básicos de Derecho Penal, 1976). En este sentido, deja en claro con sus preceptos que, lo ideal no es usar la pena para lograr una intimidación general, sino que lo mejor es fortalecer la confianza social en el derecho.

En nuestro país, Carlos Salvador Nino, destacado filósofo y jurista, formulo una teoría mixta muy particular con el fin de solucionar el problema que tenían las teorías retributivas y preventivas a la hora de justificar las imposiciones penales. Esta teoría fue conocida como “Teoría Consensual” y manifestaba que la pena se justifica por el consenso entre los integrantes de la sociedad, es decir, que cada sujeto conoce las consecuencias de incurrir en un delito, por lo que cuando alguien se decide a cometer esas conductas lo que hace es presentar su consentimiento para que el estado reaccione con una acción penal.

3 - Tipos de Pena

Ya sabiendo a que nos referimos con pena y teniendo una idea de las distintas teorías que giran en torno a esta instituta del derecho, podemos adentrarnos en los diversos tipos o clasificaciones de pena que pueden encontrarse en los sistemas jurídicos. Vale recalcar que si bien, algunos de los siguientes tipos, no se encuentran en uso durante la actualidad, se los incluyen en este trabajo a fin de lograr un mayor enriquecimiento

doctrinario e informativo. Dependiendo del criterio utilizado para clasificarlas, las penas pueden ser de distintos tipos:

3. 1 - *Por su Extensión*

En esta clasificación, utilizamos el término “extensión” no solo para referirnos a “la duración de tiempo por el cual regirá la pena, o, mejor dicho, por el cual el delincuente deberá soportarla”; sino también, utilizaremos este concepto para referirnos al “alcance que la misma tiene para con los derechos del infractor y a su posible fraccionamiento a la hora de garantizar o facilitar su cumplimiento”. De este modo, cuando clasificamos a las penas por su extensión, podemos encontrar:

Penas Divisibles: El maestro, Manuel Ossorio (1974), periodista y escritor español, definía a estas penas en su “Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales” como “aquella compuesta por un lapso cronológico o cuantía material apreciable que consiente divisiones o graduaciones” (p. 709). En pocas palabras, son aquellas que pueden ser fraccionadas, variando así su cantidad (de años o valor a compensar) y/o su forma de cumplimiento; dejando todo a decisión del magistrado que la aplique conforme el sistema normativo vigente. En este grupo podemos encuadrar a las penas que imponen prisión o reclusión por determinados años, las que “castigan” con años de inhabilitación y las que obligan al pago de multas pecuniarias.

Penas Indivisibles: Son aquellas penas que por sus características particulares o por disposición legal, deben o no ser impuestas, de manera total y definitiva, no dando lugar a una aplicación fraccionada o distinta de las mismas, como si se es posible con las penas divisibles. Dentro de esta clasificación podemos encontrar la pena de muerte y la prisión o reclusión perpetua.

3. 2 - *Por su Composición*

En cierta forma relacionada a la clasificación anterior, dentro de este apartado, las penas se diferencian dependiendo de si su imposición o aplicación puede o no hacerse de forma conjunta a la de otras penas. Dentro de esta clasificación hallamos:

Penas Únicas: Hablamos de penas únicas cuando la norma referente a la pena, se refiere a la misma como único medio de sanción. Por ejemplo, el artículo 162 del Código Penal Argentino establece: “será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”; dejando en claro que a aquel que incurra en el delito de hurto, le corresponderá una pena única de prisión, no dando lugar a que esta sanción sea remplazada o enlazada con otra.

Penas Múltiples: Contrarias a las anteriores, en esta clasificación entra toda pena que en su digesto normativo contempla dos o más tipos de sanción posible. La pena múltiple puede manifestarse en forma alternativa “dando elegir una pena u otro de forma exclusiva” como el caso del artículo 141 de nuestro Código Penal el cual manifiesta que “será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años; el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal” dándole al magistrado de turno la facultad de elegir entre la prisión y la reclusión como sanción, o de manera conjunta “imponiendo dos o más tipos de penas a la vez”, como en el caso del artículo 84 del citado código que transcribe “será reprimido con prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte. En este ejemplo, el uso gramatical de la letra “e” como conjunción de las penas de prisión e inhabilitación nos establece que estas deben ser aplicadas de manera conjunto, debiendo el infractor cumplir con ambas).

3. 3 - Por la Naturaleza del Derecho que Restringen

Esta última clasificación es la más importante para el desarrollo del presente trabajo, ya que busca diferenciar los tipos de pena según el derecho que van a restringir, es decir, el derecho del delincuente que se buscara afectar y/o limitar al momento de imponerle la sanción penal. En esta clasificación podemos mencionar los siguientes tipos de pena:

Penas de Inhabilitación: Son aquellas que suspenden el ejercicio o directamente suspenden determinados derechos, normalmente, políticos y/o civiles. Nuestro código las divide (en sus artículos 19 y 20) en inhabilitaciones absolutas, las cuales suelen durar para toda la vida, y en inhabilitaciones especiales, que duran un lapso de tiempo; dentro de las primeras encontramos, enumeradas de forma taxativa, la privación del empleo o cargo

público, del derecho electoral, y la suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro; mientras que por otro lado, integran la subcategoría de especiales, las privaciones del empleos, cargos, profesiones o derechos específicos sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena (por ejemplo: quedar inhabilitado para conducir).

Penas de Contenido Patrimonial: También conocidas como penas pecuniarias. Son un tipo de pena que afectan el patrimonio del sujeto punible. Dentro de este tipo de penas se pueden mencionar algunas como la indemnización, la caución o el comiso, pero, si hay que mencionar una pena de contenido patrimonial que destaca por sobre las demás, debemos mencionar a la multa, que como lo establece nuestro Código Penal en su artículo 21, no es más que la obligación al reo de pagar una determinada cantidad de dinero que especifica la sentencia correspondiente. Son consideradas el tipo de pena más leve.

Penas Corporales: Dentro de este grupo se ven incluidas aquellas penas que afectan la integridad física del sujeto penado, causándole dolor, sufrimiento o incluso la muerte. Son ejemplo de estas, las torturas, azotes, amputaciones y la infame pena de muerte. Este tipo de penas, calificadas como crueles y más gravosas que cualquier otro tipo de pena, fue muy recurrido a lo largo de la historia del derecho penal, tanto nacional como internacional; pero con el pasar del tiempo y el desarrollo de los derechos humanos, se fueron dejando en desuso, siendo consideradas hoy en día, inadmisibles.

Penas Privativas de la Libertad: Son el tipo de pena más común y utilizado en la actualidad. Tal como lo indica su nombre, el bien jurídico afectado por estas es la libertad. Como lo define el jurista español Julio Fernández García en su libro “Manual de Derecho Penitenciario”, “la pena privativa de la libertad es la privación de la capacidad ambulatoria y de movimientos de un individuo”; consistiendo entonces en el alojamiento del condenado en un establecimiento carcelario o en su propio domicilio, impidiéndole la circulación pública, así también como la libre interacción con su entorno social.

Nuestro sistema penal reconoce dos tipos de pena privativas de la libertad, la prisión y la reclusión. La diferencia entre prisión y reclusión es más bien histórica; anteriormente se vinculaba el concepto de reclusión con los crímenes más graves y la prisión con los delitos más leves. En este entonces, para ambos casos se privaba la libertad del delincuente en una cárcel, solo que en el caso de la reclusión tenía una característica un poco degradante, ya que se estigmatizaba al recluso con el uso excesivo de la fuerza, se lo obligaba a usar un determinado traje, a hacer trabajos forzados y a cumplir esa pena

en un establecimiento especial. Con la importancia de los Derechos Humanos y la prohibición de carácter constitucional e internacional del uso de penas degradantes. Con el tiempo, muchas de estas prácticas fueron siendo dejadas de lado y es por esto que actualmente, se puede decir que no hay diferencia entre ambas penas, llegando incluso la doctrina a considerar derogada la pena de reclusión. Esto último puede verse reflejado hoy en día en muchas leyes y jurisprudencias que tratan a ambas penas de manera más “sinónima”.

4 – Criminalidad y Delincuencia

En lo que respecta a este capítulo, ya nos hemos encargado de definir a que consideramos pena, procedimos a desarrollar las distintas concepciones y teorías existentes en cuanto a su finalidad y nos ocupamos de explicar los distintos tipos prácticos que existieron de ella. Teniendo esto en cuenta, para continuar, en este apartado vamos a hacer una breve explicación de lo que considero el elemento con el cual vamos a ponderar cual tipo de pena fue más eficiente en nuestro país, por consiguiente, en este apartado vamos a hacer una breve aclaración sobre los conceptos de criminalidad y delincuencia.

Si bien, la criminología -ciencia que se encarga de estudiar en profundidad estos conceptos- puede ser considerada una ciencia independiente del Derecho Penal, considero necesario aclarar una pequeña cuestión con respecto a estos dos conceptos, puesto que los veremos mucho durante el desarrollo de este trabajo.

Ahora bien, lo que busco aclarar en este apartado es que, en lo que respecta a los conceptos de “Criminalidad” y “Delincuencia”, en esta tesis, al igual que lo hacen la mayoría de los doctrinarios afines a la materia, consideraremos a ambos conceptos como equivalentes, pues, a simples rasgos, si tuviéramos que hacer una definición de cada uno de ellos, afirmaríamos que ambas palabras son útiles para referirnos al “número proporcional de crímenes (o delitos) en un tiempo y en un lugar concreto” (Real Academia Española, s.f).

CAPÍTULO II - ORIGEN Y DESARROLLO DE LA PENA

1 – Génesis

Uno de los objetivos de este trabajo es el de poder contar como el fin que se le daba a la pena en Argentina no siempre fue el mismo, para eso, considero prudente que previo a contar la evolución de esta figura jurídica en nuestro sistema, nos enfoquemos en explicar brevemente su origen y su desarrollo a lo largo de la historia mundial, hasta que el derecho penal llega a nuestro país, puesto que, tal como lo afirmaba Binder (2013) “La justicia penal, como todo campo social, ha sido configurada históricamente. Por ello se encuentra atravesada por relatos históricos y tradiciones”.

Para hablar del origen de la pena, debemos remontarnos a épocas muy antiguas, épocas en las que incluso aun no existía un derecho penal estructurado como en la actualidad, ni mucho menos, derechos o principios que rigieran en materia punitiva.

Tal como lo afirmaba el reconocido filósofo griego, Aristóteles, “el hombre es un ser social por naturaleza”, y si bien en tiempos primitivos no existían las sociedades tal como las conocemos, si existían pequeñas agrupaciones humanas que se caracterizaban por los territorios que ocupaban, las creencias que mantenían o las costumbres que sostenían.

Es así, que a medida que los distintos asentamientos se fueron relacionando y los vínculos entre hombre fueron creciendo, también fueron manifestándose las diferencias que entre ellos existían; por lo que, a la hora de convivir, era necesario establecer ciertas pautas que diferenciaban bien los actos socialmente permitidos de lo que no lo eran; naciendo así lo que muchos historiadores y sociólogos han definido como “tabú”.

El proclamado para muchos “padre del psicoanálisis”, Sigmund Freud, consideraba en su obra “Tótem y tabú”, que este último concepto, -con el que la obra adquiere su título-, consistía en aquellas diversas acciones consideradas impuras, peligrosas o prohibidas por las antiguas culturas.

El hecho de incurrir en una de estas actitudes repudiadas, era justificativo para la imposición de un castigo sobre la persona infractora o en algunos casos, sobre todos los integrantes de su tribu. Cabe mencionar, que, en esa época, al no existir principios que regularan las penas o que garantizaran cierto cuidado a los derechos del infractor, no había proporción entre la ofensa y el castigo, por lo que la magnitud de la reprimenda a caer

sobre el ofensor era ilimitada. Entre los castigos más utilizados en esa época, podemos mencionar los destierros, humillaciones, lesiones corporales y muerte.

Es por esto, que, para muchos doctrinarios, los actos blasfemos, el incesto, los matrimonios reprobados y las demás actitudes prohibidas por los antiguos pueblos, son considerados como los antecesores de los primeros delitos y, por lo tanto, los castigos que estos atraían, eran precedentes de lo que actualmente se lo conoce como pena.

2 - ¿Las Primeras Penas?

Avanzando un poco en el tiempo, más precisamente entre los siglos xxi y v a.c, comenzaron a surgir en distintas partes del mundo, diversas medidas de reprimenda que significaron un límite para los castigos llanos que se aplicaban desde tiempos inmemoriales.

Dentro de estas épocas, debemos destacar, que la evolución y desarrollo del hombre, tanto a nivel individual como también a nivel social, lo llevo a organizarse en grandes asentamientos, naciendo así los primeros grupos sociales y consigo los primeros grandes imperios, como el Imperio Chino y el Babilónico.

Si bien, los registros de estas épocas son considerablemente difusos, analizando algunos de los descubiertos por los distintos historiadores de la materia, podemos lograr mencionar algunos castigos que se asemejan seriamente al concepto contemporáneo de pena.

2. 1 - El Código de Hammurabi

Cuando hablamos del origen del derecho, muchos juristas destacan un hecho como iniciador de todo, la creación del Código de Hammurabi.

El Código de Hammurabi fue uno de los “cuerpos normativos” más antiguos en haberse hallado. Se estima que este, fue creado en el año 1750 a.c; por el rey de Babilonia, Hammurabi, con el fin de dar a conocer las reglas divinas que el dios del sol y la justicia mesopotámica, Shamash -conocido por los babilónicos como Marduk- le entregó para fomentar el orden y el bienestar en la población.

La creación del rey consistía en un copilado de leyes que contaba con un prólogo y un epílogo, pudiendo encontrarse en el mismo, alrededor de 282 leyes que regulaban diversas cuestiones sociales de carácter penal, civil, laboral, familiar, militar y comercial; también se encargaba de categorizar a la sociedad en distintas clases sociales (hombres libres, semilibres y esclavos) y en normar el funcionamiento judicial de la época. Algunas de estas leyes eran:

- “Si un hombre acusa a otro hombre y le imputa un asesinato, pero no puede probarlo, su acusador será ejecutado”;

- “Si un hombre acude ante un tribunal con falso testimonio y luego no prueba su declaración, si se trata de un caso con pena de muerte, ese hombre será ejecutado”;

- “Si un hombre roba algo propiedad del dios o del Palacio será ejecutado y el que haya aceptado de sus manos lo robado será ejecutado también”;

- “Si un hombre captura en el campo a un esclavo o esclava fugitivos y los lleva a su amo, el amo le dará 2 siclos de plata”;

- “Si un soldado de leva o un militar que recibe orden de ir a una campaña del rey, no va, o contrata a un mercenario para que vaya en su lugar, ese soldado -o ese militar- será ejecutado; el que lo denuncie se quedará con su patrimonio”;

- “Si un hijo golpea a su padre, que le corten la mano”;

- “Si un hombre deja tuerto a otro, lo dejarán tuerto”;

- “Si un hombre compra un esclavo o una esclava y le hacen reclamación, será el vendedor quien afronte la reclamación” (Luarna Ediciones, s.f.).

Algo que debe mencionarse de estas normas, sobre todo perceptible en las leyes penales, es que en ellas regia -y surge para muchos doctrinarios- la denominada *Ley del Talión*, uno de los principios más antiguos de las teorías retributivas de la pena y que consistía en la imposición de un castigo proporcional o de una magnitud semejante al delito cometido o al daño causado, de ahí el nacimiento del popular refrán “Ojo por ojo, diente por diente” (Reina Valera, 2009).

El hecho de que en una época tan remota, se haya dado la existencia de lo que para muchos es el primer cuerpo normativo; sumado a que este mismo, fue el primer antecedente de la aplicación de normativas destinadas a regular y limitar las facultades punitivas del poder de turno, encargadas de someter a aquellos que incumplieran con el

orden jurídico y social; genera la idea sostenida por muchos historiadores del derecho, de que, definitivamente, el Código de Hammurabi es el primer cuerpo normativo en la historia y que junto con este se creó las primeras penas, que en ese entonces aplicaban una teoría penal hoy en día considerada retributiva.

2. 2 - El Castigo Divino

Si bien este trabajo se adhiere a la idea de que las primeras sanciones penales tal como las conocemos surgen con el Código de Hammurabi y la aplicación de la Ley del Tali3n; me veo en la necesidad de desarrollar un poco sobre algunas otras sanciones hist3ricas, las cuales si bien, no fueron la primera, considero que el hecho de exponerlas consiste en un notable enriquecimiento acad3mico y cultura. Es por esto que, a continuaci3n, hablaremos del Castigo Divino.

El Castigo Divino es sin lugar a dudas una de los modos de castigo m3s antiguos hist3ricamente hablando. Este, tal como lo insinúa su nombre, consistía en que aquellas personas que sean capaces de contradecir o violar alguna imposici3n religiosa seria sentenciado a la muerte o en el mejor de los casos a otros castigos lesivos o exilio.

Cabe destacar que si bien, el uso del Castigo Divino, puede incluso considerarse m3s antiguo que el ya mencionado C3digo de Hammurabi; este apartado de la presente tesis busca hacer énfasis en la aplicaci3n de este tipo de pena en las sociedades donde ya comenzaba a existir una cierta organizaci3n normativa y social.

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, una de la sociedad que contaba con un sistema normativo tipificado, pero que no contaba con especificaciones penales y que llenaba estos huecos con el uso del Castigo Divino, era la egipcia.

El imperio de Egipto, indiscutiblemente, posey3 una de las doctrinas divinas m3s destacadas y conocidas a nivel mundial, para ellos el dios Maat era quien encarnaba la verdad, el orden y la justicia, y le atribuyen a este la creaci3n de las primeras normativas, siendo la figura del Fara3n, su encarnaci3n en la tierra, el único juez capaz de interpretarlas.

En lo que refiere al derecho penal, el mayor desarrollo de este se pudo vislumbrar a partir del a3o 1.300 a.c. con el Decreto de Horemheb, el cual buscaba frenar el abuso que muchos funcionarios hacían de su poder, castigándolos con golpes, cortes en partes de su

cuerpo como la nariz e incluso la muerte, actos que eran hechos “en nombre de los dioses”.

Las penas en el sistema egipcio son consideradas unas de las más estrictas y feroces, puesto que los delitos más comunes de la época como el robo de tumbas, conspiraciones contra el faraón u homicidios eran directamente castigados con pena capital de muerte, y los delitos más leves o las contravenciones se penaban con prisión o azotes.

Otro de las culturas donde más se usó el Castigo Divino fue la hinduista. Para ellos el universo y todo lo que en él se encuentra es dios, y por lo tanto posee un carácter divino.

Las normas divinas que regulaban la conducta de los hombres del hinduismo eran conocidas como “Satras” y dentro de estas se destacan cuatro grupos que marcaban los “camino” que el hombre debía seguir en la vida: “Dharma”, que establece el deber ético y moral, “Artha”, colmada de enseñanzas en busca de riquezas, “Kama”, conformada por reglas relativas al cuerpo y sus placeres, y “Moksha”, la liberación del alma.

En la India, el derecho se crea en base a los presupuestos divinos anteriormente citados y a diferencia de, por ejemplo, el derecho egipcio o el babilónico, en el caso del derecho penal, lo que se busca al aplicar las penas, no es el castigo o el merecido del delincuente, sino que se busca su purificación, en otras palabras, al aplicarse las penas se buscaba el perdón de los pecados, permitiéndole así al delincuente que su alma ascienda a los cielos.

Uno de los textos sacro-jurídicos más destacados en la historia del hinduismo fueron las “Leyes de Manu”, las cuales presentaban reglas de conducta a respetar por la sociedad y según cuenta la leyenda, fue escrito por Manu, el primer humano creado por los dioses hinduistas. Algunas de las reglas que el texto reza son:

- “Cuando un pueblo es saqueado por los ladrones, cuando los diques se rompen o cuando los bandidos frecuentan los grandes caminos, los que no se apresuren a acudir en su auxilio serán desterrados, llevándose consigo todo lo que poseen”;

- “Que el rey haga morir con diversos suplicios a las gentes que roban su tesoro, o le rehúsan obediencia, así como a los que alimentan a los enemigos”;

- “Que el rey haga cortar dos dedos al que corta bolsas si es su primer robo, si reincide, un pie y una mano, la tercera vez deberá condenarlo a muerte” (Auguste-Louis-Armand Loiseleur Deslongchamps, 2018).

2. 3 - La venganza en Grecia

Es muy común que, cuando en un trabajo se propone un análisis histórico de diversos elementos, se haga mención de una de las civilizaciones más longevas y destacadas de todas, la griega. La antigua Grecia fue una de las culturas más emblemáticas e influyentes en toda Europa y alrededores y como tal, no podía quedar afuera de este trabajo.

En sus inicios, el derecho en Grecia contaba con una gran variedad de leyes que regulaban distintas materias; políticas, civiles, mercantiles, penales, entre otras. A pesar de esto, no podría decirse que el derecho griego conformo un sistema jurídico pleno como si lo hizo el romano o como lo son los sistemas jurídicos actuales, ya que, en Grecia, cada poli contaba con su propio sistema legal, por lo que no existía un sistema uniforme de leyes. A su vez, cabe mencionar que, en lo que respecta a pruebas, no se ha encontrado hasta la actualidad ningún elemento que demuestre como era el derecho en ese país -como el caso del Código de Hammurabi que en la actualidad se encuentra exhibido en el Museo del Louvre, en París- por lo que todo lo que se sabe de este, es gracias a los relatos de filósofos, poetas u oradores que han pasado de generación en generación.

La palabra griega para “delito” es “hamartía”, la cual, tal como se puede ver en distintas obras basadas en la cultura penal de Grecia, significa “error”, “falta”, “crimen” o “pecado”. Esto nos permite ver que para los griegos “un error mental es tan culpable, y puede ser tan mortal, como un error moral” (Kitto , 1987)

Si bien es común asociar la cultura griega a la diplomacia, la política y la organización social, esta contaba con medidas un poco estrictas a la hora de ajusticiar a los delincuentes.

Uno de los momentos de mayor desarrollo en las leyes griegas se dio con el nacimiento de uno de los compilados legales más duros en su historia, el “Código de Dracón”. Este código, se estima que fue creado, aproximadamente, en el año 621 a.c; por Dracón,, un destacado político y legislador de Atenas; con el fin de quitarle poder a los nobles, quienes, en aquel entonces, contaban con gran poderío y se encargaban de todo juzgamiento, incurriendo muchas veces en decisiones injustas y arbitrarias en las que sobreponían sus propios intereses.

El código era plasmado en tablas de piedra que luego se exhibían en las ágoras, todo esto en afán de que los ciudadanos de Atenas conocieran las leyes y sean conscientes de las consecuencias que podrían tener por incumplirlas.

Según las fuentes históricas, “Dracon justificaba la severidad de sus leyes afirmando que los pequeños delitos merecían la muerte y que no encontraba pena mayor para los grandes. Así, por ejemplo, cualquier tipo de robo era castigado con la pena de muerte, mientras que el impago de deudas estaba penado con la esclavitud.” (EcuRed, s.f)

A pesar de tanta crítica a su “mano dura”, el código en cuestión trajo una innovación al sistema penal ateniense, la inclusión de la “Venganza Publica”.

La venganza publica fue una figura muy destacada en la Antigua Grecia y nace con el objetivo de exterminar una de las formas de castigo más aplicadas durante esas épocas (e incluso épocas más antiguas), la “Venganza Privada”, la cual regia en situaciones en las que un sujeto incurría en un acto criminal contra otro perteneciente a otra familia o grupo social, como consecuencia, la víctima y los demás miembros de su grupo castigaban al delincuente ocasionándole un mal mayor o desproporcionado al recibido, causando muchas confrontaciones que prosperaban por largos lapsos de tiempo (una variante de esta era la “Venganza de Sangre”, la cual consistía directamente en matar a un miembro del grupo al que pertenecía el delincuente que provoco un homicidio).

Como contraparte de la Venganza Privada, la Venganza Publica estriba en una forma de castigo en la que el encargado de propinarla no es más ni menos que el Estado. Esto fundado en la idea de que el quien incurriera en un delito, no estaría causándole un perjuicio a un ciudadano o su familia, sino que lo estaría haciendo a la sociedad, por lo que es labor del Estado, la defender a la comunidad, castigar al delincuente (mediante penas tales como azotes, amputaciones y ahogamientos, entre otras torturas o incluso quitándole la vida al delincuente) y así intimidar a los potenciales infractores de la ley a no delinquir.

Un dato a destacar, es que el proceso que acarreaba la ejecución de la Venganza Publica fue, en cierta forma, tomado como inspiración por generación futuras para la creación de los procesos judiciales europeos. Ya que, para poder llevar a cabo este tipo de castigo, se pasaba por un proceso probatorio donde participaba una suerte de juez encargado de juzgar e imponer la pena que correspondiese.

2. 4 - La Ley de las Doce Tabas y el Derecho Romano

Si hay algo que se aprende durante el transcurso de la carrera de derecho, es que el mismo nace y se forma tal como lo conocemos en Roma, siendo este considerado “la cuna del derecho”, por lo que es imprescindible hablar de esta civilización en todo trabajo de investigación, no siendo este la excepción.

Si bien la fundación de Roma como ciudad se da alrededor del año 753 a.c; desde este periodo de tiempo, hasta aproximadamente el año 451 a.c; no se había consolidado derecho formal alguno, por lo que en ese entonces regía un derecho oral o “derecho consuetudinario”, a lo que hoy se lo denomina simplemente como “costumbre”.

En el transcurso de esta época, el castigo se encontraba vinculado a lo divino -al igual que las culturas mencionadas en el apartado de Castigo Divino- preponderándose de entre todos los métodos, el uso de expulsiones o segregaciones del culpable de su grupo social.

A finales del periodo de “quietud” (Costa, 2007) -que según varios historiadores comprendió entre los años 753 a.c. y 451 a.c.- se crea, con el objetivo de limitar las diferencias existentes entre patricios y plebeyos (clase alta y baja de la época) una magistratura extraordinaria para que redactasen las leyes que regirían en el Estado. A pesar del intento, la creación de las leyes nacionales no logró calmar las revueltas entre clases, por lo que se nombró una nueva magistratura para que dictara un nuevo cuerpo de leyes, pero esta vez, basándose en ciertas normativas que regían en la Grecia contemporánea. Es así que surge “La ley de las doce tabas”, la cual, al poseer bases griegas, podía notarse su enfoque destinado a usar los castigos como un modo de evitar la venganza publica y buscar la paz en la ciudad reparando el desequilibrio que el crimen causa en la ciudad.

Con la creación de la Ley de las doce tabas surge el primer código legal romano, el que, para muchos doctrinarios, fue el originario del derecho escrito tal como lo conocemos. Tal como su nombre lo indica, consistían en doce tabas que fueron colgadas en el foro romano para que todos los ciudadanos romanos las vieran.

Si bien, este cuerpo normativo contenía en su mayoría reglas relativas al derecho civil, dentro de las mismas se pueden mencionar algunas que imponían y regulaban aspectos penales y mediante las cuales, el concepto de pena en Roma dejo a un lado su

carácter divino, enfocándose en una teoría semejante a la del talión, donde el delincuente debía sufrir un daño similar al que causó. Algunas de estas normativas eran:

“Tabla I: De la comparecencia ante el magistrado (in ius vocando)

1. Si se cita alguno ante el magistrado y se niega a ir, toma testigos y deténle.”

“Tabla III: De la ejecución en caso de confesión o condenación (de aere confeso rebusque iuri iudicati)

3. Si el deudor no cumple la sentencia o no se presenta alguien como fiador ante el tribunal, que el acreedor lo lleve a su casa, lo encadene y le ponga correas o cadenas en los pies que no pesen más de quince libras y de ahí abajo en voluntad;

5. Después del tercer día de mercado que le partan en pedazos, si cortan partes más o menos grandes, que no haya en ellos fraude.”

“Tabla VIII: De los delitos (de delictis)

1. Se establece pena capital contra los autores de libelos y ultrajes públicos difamatorios;

2. Contra el que rompe un miembro y no transige, la pena del Talión;

3. Si con la mano se fracturó un hueso a un hombre libre, sufre la pena de trescientos ases, si es esclavo, de ciento cincuenta;

4. Por la injuria hecha a otro, pena de veinticinco ases;

5. Por el daño causado injustamente, la reparación;

11. Pena capital a quien incendie casas o gavillas a sabiendas, resarcimiento si se hiciera por descuido y castigo moderado si el autor es pobre para pagar la indemnización;

15. Condena el hurto manifiesto con pena de flagelación y entrega a la víctima...;”

“Tabla IX: Del derecho público (de iure in publico)

3. Se sanciona con pena de muerte al juez o arbitro que haya recibido dinero para pronunciar sentencia;

6. Se establece pena de muerte contra el que hubiera excitado al enemigo contra el pueblo romano o hubiera entregado a un ciudadano al enemigo;” (Costa, 2007)

De la interpretación concerniente a los fragmentos citados de la Ley de las doce tablas, se puede manifestar que los romanos dieron origen a un conjunto de leyes penales muy completo en cuanto a la variedad de penas a imponer, puesto que contaban con penas que variaban dependiendo del tipo de delito, entre indemnizaciones, encarcelaciones, torturas y diversas medidas mortíferas como el uso de horcas, hogueras o crucifixiones; a las cuales posteriormente con el avance y desarrollo de la cultura y el derecho romano se le fueron sumando otras como la imposición de trabajos forzados o la privación al derecho de sepultura y de la buena memoria.

3 - La Evolución Después de Roma

La influencia de Roma en los sistemas jurídicos alrededor del mundo es más que notoria, pero tras su caída a fines del siglo V d.c. y con el inicio de la edad media, muchos de los países de la antigua Europa y sus alrededores comenzaron a absorber los ideales del Derecho Romano para formar sus propios sistemas jurídicos.

Para muchos historiadores del derecho, la edad media fue la época en donde nacieron gran parte de los conceptos jurídicos básicos que rigen en la actualidad. Por ello, importa intentar aproximarnos a algunos aspectos destacados de la época medieval para poder conocer aún más como se fue desarrollando el derecho en ese entonces y como era la regulación en cuanto a las penas.

3.1 - El Derecho Germánico

Históricamente se conoce como pueblos germanos a aquellos pueblos que habitaban el norte de Europa, junto a las fronteras romanas y que hacían uso de las lenguas germánicas, siendo algunos de estos los conocidos actualmente como Alemania, Inglaterra, Países Bajos, Bélgica y Austria.

En el Derecho Germánico, las leyes surgen de la costumbre y en lo que respecta al derecho penal, el castigo reconoce como fuente a la lesión de un derecho subjetivo y es una potestad de la parte ofendida, por lo que, en este aspecto, comparte ideologías sobre la pena muy similares a las griegas y a las romanas en sus inicios.

Si bien, hay una gran escasez de fuentes escritas directas sobre este derecho, algunas obras que tratan sobre las costumbres germanas como el libro “Germania” publicado por Tácito, antiguo político e historiador romano, nos permiten vislumbrar ciertas costumbres de estas culturas creadoras de uno de los derechos más influyentes en la historia de esta disciplina el cual data entre los siglos v y ix d.c. Así podemos destacar, tal como ya lo mencionamos brevemente, que para los germanos primaba el uso de penas de carácter privado, por lo que siempre que alguien incurría en un delito, se le permitía al damnificado acudir a una asamblea exigiendo que recaiga un castigo sobre el infractor. De lo expuesto puede verse que si bien, en esta cultura se compartía una idea de justicia privada como la griega, esta no era ejercida de manera violenta como lo hacían en las viejas polis, o al menos no siempre, puesto que las decisiones de las asambleas en la mayoría de casos se enfocaban en la imposición de multas.

La aclaración en el párrafo “ut supra” sobre el hecho de que no siempre se utilizaban castigos violentos por los germanos se efectúa debido a que, si bien se buscaba siempre resolver las situaciones burocráticamente por asamblea, algunos casos, como los conflictos entre familias, que no podían ser resueltos por pagos en dinero o ganado, se resolvían de forma violenta, mediante uso de la ya mencionada en el capítulo de Grecia “Venganza Privada”.

Si bien los germánicos fueron precursores de grandes avances en cuanto al uso de penas privadas, estos no se mantenían ajenos al castigo público, puesto que, a diferencia de los griegos, los germanos permitían a sus sacerdotes, por orden de dios, encadenar, golpear e incluso ejecutar a los infractores en situaciones particulares, como los casos de traición militar o desertión.

3. 2 - El Derecho Canónico en la edad media y la consolidación de lo sagrado

Durante la edad media, con la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476, se dio una etapa de grandes cambios sociales destacados por la ausencia de un poder político central y totalizante que se encargue de imponer sus voluntades. Esto se debe a que, ante la caída de Roma, el poder comenzó a trasladarse hacia los propietarios de tierras capaces de satisfacer con ellas las necesidades de la población dando así origen al feudalismo.

Ante la falta de un poder político central que controlara todos los aspectos sociales, el afianzamiento del feudalismo y una sociedad plagada de miedos e inseguridades; quien tomó las riendas del mundo jurídico medieval fue la iglesia, lo cual no solo se debió al poder e influencia que poseían las instituciones religiosas en esa época, sino también, a la devoción que la población tenía para con la religión, puesto que para el hombre de la edad media, la existencia de dios, su intervención en la vida cotidiana y el hecho de que él conozca cada uno de sus actos es de una certeza incontestable.

Es así que, durante este periodo, el derecho aparece como una obra divina y solo divina, que proviene de un dios presente, humano y cercano a los hombres. La iglesia se encargaba de unir al pueblo mediante la fe, lo cual, a su vez, permitía que la gente creyera, respetara y amparara las normativas divinas que la religión difundía al pueblo, puesto que como la máxima romana decía “Quod omnes tangit ab omnibus probari debet” (lo que concierne a todos, debe aprobarlo la colectividad).

Es entonces durante esta época que surge lo que conocemos actualmente como Derecho Canónico o Derecho de la Iglesia Católica, el cual si tenemos que definirlo, no es más que una doctrina jurídica que desarrollo sus preceptos conforme a las fuentes religiosas más importantes del cristianismo, La Biblia y los Evangelios del Nuevo Testamento; los cuales debían servir de guía para el derecho que crearan los hombres bajo la autoridad de la iglesia, autoridad que, según ellos, era atribuida por dios.

El auge del Derecho Canónico transcurre durante el siglo xi d.c, puesto que con el desarrollo y la exposición que la teología tuvo durante dicha época, la ideología de la edad media estaba imbuida en todas sus partes por creencias religiosas, no siendo el derecho la excepción, puesto que como ya hemos dicho, todos conceptos jurídicos elaborados en la edad media eran obra de teólogos y a su vez, eran considerados parte de la ley sagrada de dios.

Si hay algo que se debemos mencionar de esta doctrina, es la importancia que tiene en la ponderación de principios del derecho universal, como el derecho a la dignidad o la igualdad, dando un gran empuje a los mandatos del derecho natural para aumentar su valor y respeto en los sistemas jurídicos europeos. Esto en gran medida, debido al alcance que el cristianismo tenía en la época.

En cuanto a su influencia en el derecho penal y su peso a la hora de determinar y establecer delitos y penas, debemos destacar que fue en gran medida, gracias al Derecho Canónico que la crueldad y brutalidad de las penas comenzó a disminuir.

Según las normativas divinas, “matar con justicia, implicaba, necesariamente, la observación de un procedimiento correcto”. Es por esto que la iglesia solo permitía el causar la muerte de una persona en las guerras y como penas ante algunos delitos de gran rechazo cultural, sobre todo aquellos que incurrieran en pecados graves como el asesinato o el robo eran merecedores de penas como hogueras o tormentos. Salvo estas excepciones, la religión vigente en ese entonces actuaba en miras de lograr que el delincuente se arrepienta de los pecados en los que incurría por delinquir, por lo que a la mayoría de los delitos se los penaba con prisión, reclusión, penitencias públicas (en las que el reo buscaba el perdón de la comunidad), penitencias privadas (llevadas a cabo en recintos cerrados ante sacerdotes), penitencias tasadas (que aplicaban un sistema similar a lo que hoy en día conocemos como multas) e incluso trabajos forzados.

3. 3 - El Ius Commune y el afianzamiento del derecho europeo

Si la disciplina clave para el desarrollo del Derecho Canónico fue la teología, para hablar del siguiente “derecho”, debemos destacar la participación de las corporaciones universitarias, más precisamente de las escuelas intelectuales, ya que a partir de su aparición es que nacen los juristas, personas dedicadas a estudiar el derecho y que, por consiguiente, fueron fundamentales en la creación, desarrollo y difusión del derecho en esa Europa y el mundo.

Una de las escuelas intelectuales del derecho más destacadas durante la historia del mismo es la “Escuela de los Glosadores”. Esta escuela tuvo su origen a finales del siglo xi d.c en la vieja ciudad de Bolonia (antigua ciudad del imperio romano), por lo que también se la conocía como “Escuela de Bolonia”. Los glosadores se destacaban por un método de estudio centrado en la glosa, el cual consistía en realizar anotaciones marginales en los cuerpos normativos que estudiaban para explicarlos, actualizarlos y conectarlos con otros conceptos del mismo o de otros cuerpos normativos.

Es así que, tras el arduo trabajo de los glosadores para estudiar y conectar distintos cuerpos del Derecho Romano, Germánico y Canónico, y también, gracias a las aplicaciones prácticas logradas a través del método inductivo llevado a cabo por la “Escuela de los Comentaristas” (surgida a fines del siglo xii d.c.), es que nace el “Ius Commune” o también conocido como “Derecho Común”.

Se conoce como Ius Commune a un derecho o conjunto de normas que se aplica a una generalidad de casos, de forma común (de ahí su nombre). El nacimiento de este fue un hecho significativo en la edad media, puesto que para ese entonces los países europeos estaban regidos por estatutos y fueros locales, es decir, cada uno por sus propias normativas, logrando en cierta manera “unificar” (jurídicamente hablando) gran parte del continente europeo.

En lo que respecta al Derecho Penal y a las Penas aplicables según el Ius Commune, debemos mencionar que este mantuvo la mayoría de las ideas aportadas por el Derecho Canónico, por lo que no hubo grandes cambios en cuanto a la valoración de los delitos y la forma de “castigarlos”.

CAPÍTULO III – LA PENA EN EL DERECHO ARGENTINO

1 - El Inicio

La normas y principios del Ius Commune serían las que luego lograrían expandirse por toda Europa, conformando el sistema jurídico denominado “Derecho Continental”. Como es de público conocimiento, durante los siglos xvii y xviii, el desarrollo político, social, cultural y económico de los países europeos era más que notorio, por lo que estos vieron la necesidad de expandir sus horizontes, extendiendo sus influencias por todo el globo terráqueo y afianzando su poderío en distintos países del mundo, como fue el caso de Argentina.

Nuestro país, que en aquel entonces conformaba la división político-territorial española denominada como Virreinato del Río de la Plata, había adoptado todas las ideologías filosóficas, jurídicas y políticas que regían durante aquel entonces en la España colonial; muchas de las cuales, se mantuvieron incluso con posterioridad a la Revolución de mayo de 1810 y sirvieron como bases a la hora de elaborar la Constitución Nacional e instaurarse la República Argentina tal como la conocemos.

Profundizando lo mencionado en el párrafo que antecede, durante esta etapa como “división administrativa española”, en nuestro país regían leyes españolas a la hora de juzgar y penar, las cuales contaban con notorias influencias del Derecho Continental Europeo, y amparaban un sistema con penas de castigo donde los instrumentos de suplicio

más utilizados eran el garrote y los fusilamientos, siendo estos últimos reservados para los reos causantes de delitos más graves y delincuentes militares.

En 1810, el hecho de que nuestro país comience a desligarse de la corona española, no trajo consigo un cambio radical en el derecho vigente, por lo que, sin mucho detalle, se mantuvieron muchos comportamientos traídos por los españoles; por ejemplo: a través de normativas ambiguas que permitieran flexibilidad de aplicación, se había decretado la pena de muerte para algunos casos específicos. Así, en un principio, se aplicaba un proceso sumarísimo que mantenía como el método empleado por los españoles para la ejecución de la pena capital, fue el fusilamiento. Una de las condenas de muerte mas conocidas en nuestra historia argentina y según muchos historiadores, una de las primeras desde la formación de la primera junta de gobierno fue la sufrida por el entonces virrey, Santiago de Liniers, quien fue fusilado por conformar movimientos revolucionarios que antagonizaban con la primera junta.

Una vez independizados de España, en 1816, aquellos territorios autónomos a los que hoy conocemos como provincias, se enfocaron en reforzar sus autonomías estableciendo sus propias bases jurídicas, por lo que cada provincia comenzó a encargarse de dictar sus propias normativas para cada materia jurídica, sin ser el Derecho Penal y las Penas, una excepción.

En simultaneo al desarrollo de nuestra nación, durante la época poscolonial; a lo largo del mundo comenzaron a consolidarse dos corrientes doctrinarias históricamente muy conocidas, los Ilustrados y la Escuela Clásica, las cuales dejaron su marca en el Derecho Penal.

Por un lado, los Ilustrados, consideraban que las penas no debían de utilizarse con el fin de atormentar al delincuente, sino que estas debían prevenir la aparición de nuevos infractores. Dos de los ilustrados más destacados en ese tiempo eran Cesare Beccaria y Montesquieu, de quienes procederé a compartir sus nociones del tema con el objeto de enriquecer el contenido de este trabajo:

Montesquieu, fue un reconocido filoso francés, que no requirió de ser cabalmente jurista para dar grandes aportes al derecho. En su obra “El espíritu de las leyes”, el autor afirma la diferencia entre un sistema de gobierno libre y organizado y un sistema de gobierno déspota es que, en este último, la ley es impuesta de tal manera que condiciona el obrar de los ciudadanos por el miedo. Con tal ideología, el autor mostraba su desprecio

hacia las penas tortuosas, llegando por consiguiente a afirmar el fin de las penas no es precisamente el de castigar.

El otro ilustrado mencionado, Cesare Beccaria, en su reconocido libro “De los delitos y las penas” afirma que el origen de las penas nace de la necesidad de defender a la sociedad de quienes atentan contra ella. Para él, el fin de las penas no es el de atormentar a los ciudadanos, ni tampoco el de castigar un delito ya cometido; el fin “no es otro que el de impedir al reo que ocasione nuevos daños a sus conciudadanos, y el de disuadir a los demás de hacer como hizo aquél.” (Beccaria , 1764)

Con un punto de vista muy similar al de los Ilustrados, para los doctrinarios de la Escuela Clásica, la pena debía ser proporcional al delito y, por ende, el delincuente debía ser sancionado por una pena que no resulte desmesurada al mal causado. Es así que para los clásicos la pena a aplicar debía ser cierta, conocida y segura.

Uno de los exponentes de esta doctrina fue el iusnaturalista italiano, Cayetano Filangieri, quien afirma en su obra “La ciencia de la legislación” que, la pena dictada por los legisladores ofrece al ciudadano la facultad de elegir entre el cumplimiento de un deber social o la pérdida de un derecho social. El fin de esta es retrotraer al individuo del delito, evitando que, mediante el otorgamiento de esta facultad, el ciudadano sea consciente de la consecuencia que puede acarrear su accionar.

Junto a este, otro clásico muy reconocido fue el inglés, Jeremías Bentham, el cual, a diferencia de Filangieri se inclinaba por una doctrina positivista. El autor mediante su escrito “Teoría de las penas y de las recompensas” expresa que “la prevención general es el fin principal de las penas y también su razón justificativa”, demostrando una clara idea preventiva. A pesar de dicha manifestación, algo a destacar de este autor, es que no solo consideraba que la pena debía funcionar para prevenir los delitos, sino que también, tal como lo deja ver en su obra más popular “Tratado de Legislación Penal y Civil”, esta tenía que servir para corregir y reformar las actitudes y pensamientos del delincuente, algo que está muy relacionado al sistema de reinserción social que rige hoy en día.

Tanto los Ilustrados como la Escuela Clásica presentaban postulados que permitían disuadir su oposición al sistema punitivo con raíces romanas que se aplicaba desde la edad media. La reacción arrecia de las escuelas a dicho sistema se debía a la “incompatibilidad de la connotación religiosa del concepto del delito, la general severidad y desproporción de las penas y el empleo del tormento, con el raciocinio y la sensibilidad de los nuevos tiempos, inclinados hacia la secularización del derecho, a la dulcificación

de los castigos, al fin correccional de las penas, al desarrollo de las garantías individuales y al imperio absoluto de la ley, como expresión de la voluntad general” (Levaggi, 1978)

La influencia de estos pensadores históricos en los intelectuales argentinos se ha podido apreciar a lo largo del desarrollo socio-jurídico de nuestro país, sobre todo en aquellos que, desde tiempos lejanos se mostraban arrecíos a los sistemas punitivos utilizados, por ejemplo: Juan Bautista Alberdi, “polímata” argentino que destacaba en distintos campos como el derecho, la economía y la política y que fue autor intelectual para la creación de nuestra Constitución Nacional, consideraba que un sistema penitenciario eficaz y bien ejecutado era la herramienta más justa y útil para “sanar la delincuencia”, ya que para él, el delincuente podía corregirse, al menos mediante un proceso lento, partiendo de la premisa de que "el malo es un enfermo tristemente despotizado por la habitud de un alimento nocivo, de que no tiene la fuerza de renunciar" (Alberdi, 1942).

2 - Constitucionalismo y Codificación

2.1 - El panorama previo a la constitución

Como una de las finalidades del presente trabajo es relatar la historia de la pena en nuestro país y la evolución de esta a lo largo de los años, considero prudente hacer una breve mención al contexto social y jurídico por el que pasaba Argentina previo al dictado de la Constitución Nacional en 1853; más precisamente aquel periodo popular que abarco gran parte del siglo xix d.c y que fue protagonizado por las constantes disputas entre unitarios y federales.

Pese a lograr independizarse de la colonia española, muchas de las entonces provincias argentinas mantenían diferencias y disputas entre sí, en gran medida, la razón de estas diferencias se debía a las formas de gobierno que adoptaban cada una de ellas, diferenciándose en 2 grupos, las que adoptaban un sistema de gobierno federal (donde las funciones del gobierno estén repartidas entre un grupo de estados asociados, que luego delegan competencias a un Estado federal central) y las que adoptan un sistema de gobierno unitario (donde solo existe un poder central que extiende su accionar a lo largo de todo el territorio del respectivo Estado).

Durante la década de 1830, el federalismo había logrado imponerse en casi todo el país, el cual para ese entonces era conocido bajo el nombre de “Confederación Argentina” y se encontraba liderado por el entonces militar y político Juan Manuel de Rosas. El gobierno encabezado por el principal caudillo del siglo xix se destacaba por el uso de políticas de intensa intervención en las provincias, utilizando desde el apoyo político y financiero a la persuasión, la amenaza y la acción armada.

El contexto social de la confederación durante la denominada “Época de Rosas” era un tanto peculiar, puesto que, pese a haber logrado “federalizar” la mayoría del territorio argentino, aun existían varias revueltas y guerras civil entre unitarios y federales; al mismo tiempo, el gobierno buscaba expandir sus dominios a través de la conquista de tierras en poder de los pueblos originarios (como fue el caso de la reconocida campaña del desierto), por lo que también debía lograr que “civilizar” a los nativos y hacer que estos se adapten tanto a la exigencias sociales, como a las políticas y jurídicas.

Es por lo expuesto, que, durante el gobierno de Rosas, el sistema jurídico se encontraba conformado por normativas cuyo fin era promover el “orden y tranquilidad” a los pueblos y a su vez, lograr que la comunidad originaria conociera y acatara las leyes federales. Para lograr sus objetivos, el gobierno, en uso de sus agraciadas facultades legislativas, priorizaba la constante difusión de los estatutos legales para asegurar que las normas alcanzaran el conocimiento de la mayor población posible, y a esta tarea le añadía el uso de castigos ejemplares, es decir, castigos que se llevaran a cabo de forma pública como el caso de las ejecuciones, el cepo, los presos o el transporte de presos con grillos en sus manos. Si hay algo que podía vislumbrarse de los métodos de difusión e interpretación normativa utilizados en ese entonces era que estos buscaban crear el temor a la ley en la población para así arraigar en ella la idea de una relación necesaria entre delito y castigo, existiendo así un claro predominio de la escuela absolutista en ese ideal.

2. 2 - El nacimiento de la Constitución

A mediados del siglo xix, más precisamente en 1852, el gobierno de Rosas llegaría a su fin como consecuencia de la derrota en la legendaria “Batalla de Caseros” en la cual, las tropas de la Confederación Argentina caerían ante el “Ejército Grande” compuesto por fuerzas de Brasil, Uruguay, las provincias de Entre Ríos, Corrientes y Santa Fe, todos liderados por Justo José de Urquiza (entonces gobernador de Entre Ríos).

Ante la caída de Rosas, trece de las catorce provincias argentinas entonces existentes (Catamarca, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Salta, San Juan, San Luis, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán, siendo Buenos Aires la única que no se adhirió) firmaron un pacto que establecería las bases para la creación de un único estado nacional y su respectiva constitución (la cual sorpresivamente poseería ideales federales), a este pacto se lo conocía como “Acuerdo de San Nicolás”.

Así, el 1 de mayo de 1853 se aprobó la primer Constitución Nacional Argentina. Esta se conformaba por un preámbulo, donde se manifestaban los fundamentos y finalidades de nuestra carta magna, y un copilado de 107 artículos divididos en dos partes bien distinguidas, la primera, que abarcaba los primeros 31 artículos y donde se plasmaban diversos derechos y garantías que poseía el pueblo argentino, y la segunda, conformada por el resto de los 107 artículos, los cuales establecían la diferencia entre el gobiernos nacional y los gobiernos provinciales, la forma en que estos debían organizarse y la división del poder en tres funciones, ejecutiva, legislativa y judicial.

Dentro de los derechos y garantías que posee el primer parte de nuestra norma fundante, podemos encontrar algunos que son de gran influencia a la hora de explicar la evolución de las penas en nuestro país. Pese a esta idea, debemos destacar que no todos los principios y garantías constitucionales surgiendo y/o aparecieron con el dictado de la primera constitución, sino que estos ya existían, en cierta forma, en normativas anteriores.

Tal como hemos mencionado anteriormente, las provincias autónomas contaban con amplias funciones legislativas, que les permitían elaborar sus propias normativas fundamentales y ordinarias.

Influenciadas por las ideologías de la época, algunas de las normativas provinciales que fueron pioneras en la implementación de principios penales y procesales que fundaron las bases del proceso penal ordinario, que hoy en día rigen en nuestro sistema y que apoyaban a la noción de extinguir la idea de que las penas debían castigar al delincuente fueron:

Debido Proceso: Apreciable en las Constituciones de Catamarca de 1823 y San Luis de 1832, las cuales prohibían la imposición de penas graves "sin que preceda forma de proceso y sentencia legal". En estas provincias, si bien, no se suprimió el uso de penas lesivas, se debe destacar que se buscó limitarlas, estableciéndoles un proceso de aplicación más específico, por lo que no se imponían ante cualquier situación como se hacía anteriormente.

Sentencia Legal: Visible en Constituciones como la de Córdoba de 1821, Catamarca de 1823 o Buenos Aires de 1833. Este principio, proclamaba que para que toda sentencia de causas criminales sea considerada valida debía ser pronunciada conforme el texto expreso de la ley. Pero que pronunciación deba respetar el texto expreso de la ley no quiere decir que solo deba reservarse a este, sino que también, las normas magnas mencionadas, aclaraban que los jueces también podían valerse de aquellas leyes no derogadas que permitían la imposición de las penas al arbitrio prudente de los jueces; limitándolos a no aplicar normativas que, por atroces e inhumanas, habían caído en desuso.

Abolición del Tormento: Este principio que podía verse en textos constitucionales como el de Santa Fe de 1819 y Buenos Aires 1833, a diferencia de los dos anteriormente mencionados, provocaba un cambio radical en la idea vigente que promulgaba el uso de penas lesivas, puesto que, a diferencia de estos, no buscó que las penas de castigo se dejaran de manera lenta y progresiva en desuso, sino que de manera directa y tajante declararon abolida para siempre toda clase de tortura.

Abolición de las Penas de Confiscación e Infamia: De manera similar al principio anterior, las Constituciones de Buenos Aires de 1833, de Jujuy de 1839 y de Tucumán de 1852 abolieron toda confiscación de bienes, extensiva en el caso del proyecto bonaerense a "toda pena cruel y de infamia trascendental".

Mas tarde, estos principios protectores formarían parte del Derecho Argentino gracias a la entrada en vigencias de la primer Constitución Nacional de 1853, la cual absorbió gran parte de los mismos, otorgándoles la máxima jerarquía (hasta el día de hoy).

A la hora de hacer mención de los principios penales más importantes de nuestra Constitución Nacional, podemos afirmar que muchos de estos se encuentran incluidos como garantías en su artículo 18 y conforman en conjunto un único principio que recibe el nombre de unos de los mencionados anteriormente, el principio de Debido Proceso Penal, el cual manifiesta lo siguiente: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá

procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.” Del análisis de este artículo podemos exponer algunas de las siguientes garantías penales:

Principio de legalidad: “Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”. Este principio cargado de ideas iluministas implica que las conductas consideradas delito deben estar previamente establecidas por la ley penal, por consiguiente, la ley debe ser escrita de carácter general, lo que presupone la posibilidad de la gente de conocer el alcance de la prohibición y motivar su conducta conforme a ella. La ley, por lo tanto, tiene que ser previa al hecho.

Incoercibilidad del imputado: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo...”. De este principio surge la idea de que toda persona que se encuentre bajo investigación o en proceso por ser posible autora de un delito no estará ni puede ser obligado a suministrar pruebas en su contra, como así tampoco confesar su participación en dicho delito. La declaración que reconozca su autoría o participación ha de depender de su propia voluntad y no de algún factor externo que lo persuada o incite a ello.

Dejando de lado los principio y garantías anteriormente mencionados, dos de las garantías más importantes para el desarrollo de este trabajo y que deben ser destacadas para demostrar el gran cambio de paradigma que se produjo a nivel nacional con respecto a las penas son:

Abolición de la pena de muerte por causas políticas: “Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes.” De este fragmento del artículo 18 podemos ver que, con la sanción de la constitución, si bien no se logró eliminar del todo a las penas de castigo, se dio un paso trascendental en afán de hacerlo, al suprimir las penas de muerte, los tormentos y los azotes de toda causa política (aun podía aplicarse a casos de otro tipo).

Principio sobre las cárceles: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.” Este fragmento no solo busca garantizar el derecho que poseen los reos de ser reclusos en un ambiente limpio y sano para ellos, sino que

también, busca terminar con el trato cruel o excesivamente represivo que se les daba en afán de castigarlos por delinquir.

Sin lugar a dudas, la constitucionalidad de los principios penales anteriormente mencionados, fue uno de los pasos más significativos en la búsqueda de alejar al sistema penal de la “idea primitiva” de que las penas debían castigar, hacer sufrir o humillar a los delincuentes, ponderando una noción más comprensiva e incluso “suave” a la que hasta la época se utilizaba.

Sin embargo, la desaparición de las penas de castigo aún se encontraba muy lejos, puesto que, a pesar del reconocimiento de muchos principios preventivos por parte de la Constitución Nacional, todavía obraba en la mente de muchos de los argentinos la idea de que las penas debían ser utilizadas para castigar y disminuir lo más posible la criminalidad social, siendo un claro ejemplo de esto el hecho de que tal como lo mencionamos anteriormente, las penas de muerte solo habían sido abolidas para las causas políticas, por lo que se mantenía regulada para otras situaciones, por ejemplo, la ley nacional número 49 dictada en 1863 y que se encargaba de regular delitos cuyo juzgamiento recaerían ante los tribunales nacionales, citaba en su artículo segundo: “Los autores o cabezas principales de la traición y los funcionarios públicos de un orden superior, Jefes del ejército o de la Guardia Nacional que la hubiese apoyado o sostenido, serán castigados con la pena ordinaria de muerte...” (Ley 49/1863, Pagina 96)

2. 3 - El primer Código Penal

Como hemos mencionado en el apartado anterior, el sistema federal adoptado con el nacimiento de la Constitución Nacional dividió el poder de la nación en 3 funciones, ejecutiva, legislativa y judicial. Quien es responsable de ejercer el denominado “Poder Legislativo” es el Congreso Nacional y como tal, nuestra norma fundante dispone que este es el encargado del dictado de los Códigos Civiles, de Minería, de Trabajo y Seguridad Social y el que a nosotros nos compete en esta tesis, el Código Penal.

A mediados del siglo xix d.c, gran parte de la población consideraba que las leyes penales de esa época eran excesivamente crueles y extravagantes, por lo que los magistrados, para no incurrir en la infamia o en la ridiculez de ejecutarlas, legislaban a través de sus propias convicciones para cada caso, aplicando en la mayoría de casos, penas que atenuaran un poco la rigurosidad de la legislación vigente en ese entonces. Es

por esto que ya desde antes de la constitución, muchos juristas contemporáneos aseguraban que la sanción de un código era esencial para terminar con el arbitrio judicial y es por esta razón que en nuestra carta magna se decidió “ordenar” el dictado de un Código Penal.

La ley del 6 de junio de 1863 autorizó al Poder Ejecutivo para nombrar las comisiones encargadas de redactar los proyectos de códigos solicitados en por la Constitución Nacional y en cumplimiento de ella, fue comisionada la redacción del proyecto del Código Penal al doctor y el profesor de la Universidad de Buenos Aires Carlos Tejedor, el cual, según lo declara su propio autor, se veía inspirado en el Código de Baviera de 1813 redactado por Feuerbach.

El proyecto de Tejedor estaba conformado por un articulado acompañado de numerosas y largas notas realizadas por el mismo donde marcaba la concordancia de cada artículo con antecedentes romanos, castellanos y patrios, y relacionándolos también con textos doctrinarios de la época. Entre los textos a que hace referencia, se destacan como fuentes, el Código penal francés de 1810, el Código Bávaro de 1813, los Códigos españoles de 1848 y 1850 y dentro algunos del marco americano como el Código de Brasil de 1830 y el Código de Perú de 1863.

En cuanto a su contenido, la obra de Tejedor se dividía en una parte general y una parte especial. En la parte general se encarga de dividir las infracciones a la ley penal en a través de un sistema tripartito refiriéndose a ellas como crímenes (los más graves), delitos y contravenciones (las más leves). Posteriormente, comienza a detallar cuestiones comunes de las figuras delictivas como la voluntad criminal y la consumación del crimen; la tentativa; la culpa o imprudencia; los autores principales y los cómplices y comprende algunas reglas sobre las normas penales como las referidas a su interpretación, aplicación y ámbito de vigencia temporal y espacial,

Continuando con la parte general, Tejedor adopta una doctrina clásica en materia de castigo basada en intención del sujeto y considerando que sólo se castiga cuando hay intención o culpa. A no ser que resulte lo contrario de las circunstancias particulares de la causa. También se ocupa de definir a la Pena como “un mal impuesto al que resulta culpable de una acción u omisión ilícita castigada por la ley”. Así entonces, divide las privativas del honor y humillantes, pecuniarias y corporales, incluyendo en este último apartado a la pena de muerte alegando que, para él, esta última era necesaria por las

costumbres de la época y la escasez de medios de represión; por lo que podía aplicarse en casos de alta gravedad y con pruebas evidentes.

Finalmente, en lo que respecta a la parte especial, se realizaba una división de los crímenes y delitos en públicos y privados. Los crímenes y delitos públicos eran aquellos en los que se veía implicado el orden público y la seguridad interior, así como también la religión y la salud pública. Por otra parte, los delitos privados eran aquellos que afectaban al simple particular, por lo que no había afección al orden público o al estado en general, viéndose incluidos dentro de esta categoría los delitos contra la vida, las lesiones corporales, las injurias, las calumnias los delitos contra la propiedad, etc.

Presentado el proyecto de Tejedor en 1868, el Poder Ejecutivo nombró esta vez, una comisión de tres abogados para que lo examinara, siendo nombrado integrantes de la misma Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García. La comisión demoró doce años en llevar a cabo su cometido, esto debido a que, en lugar de elaborar un informe sobre el texto de Tejedor, presentaron un proyecto alternativo, manifestando que al mismo tiempo en que se presentó el primer proyecto, se iniciaba en el mundo un movimiento general de codificación, especialmente en materia penal, por lo que la comisión debió tomar en cuenta esos nuevos Códigos surgidos en distintas partes del mundo y sus comentarios, para poder crear entonces un proyecto que se armonizara con las nuevas doctrinas y principios que debían aplicarse.

Es así que en 1881 surge un nuevo Proyecto de Código Penal, el cual intentó no apartarse demasiado del Proyecto originario, pero que presento cambios significativos, por ejemplo, suprimiendo la división de delitos públicos y privados alegando que esta ya había sido desechada por los autores de la época. También suprimía la división que había hecho Tejedor entre crímenes, delitos y contravenciones, reuniendo todos los hechos punibles bajo la calificación de delitos. En lo que respecta a la pena, se decidió modificar la escala que a esta se le daba; fue así, entonces, que se dividieron las penas en dos categorías, penas generales de escala (donde se incluían penas aplicables a la mayoría de delitos) y penas especiales para ciertos delitos (donde se encontraban penas “apropiadas” para los delitos políticos). A pesar de esto último, el proyecto de Villegas, Ugarriza y García compartía el pensamiento de Carlos Tejedor en lo que respecta a las penas de castigo, por ejemplo, para la comisión elaboradora del proyecto de 1881 la pena de muerte era una necesidad inevitable debido al contexto social de esa época y su abolición gradual sólo sería capaz a través de una mejor educación del pueblo y del perfeccionamiento de los medios de represión.

Una vez presentado el proyecto de 1881, el poder legislativo se encontraba ante una situación de gran incertidumbre puesto que poseía dos proyectos del código penal que no terminaban de convencer a todos, pero a pesar de esto, el Código de Tejedor estaba comenzando a ser utilizado como ley en muchas provincias, siendo incluso adoptado como código de la provincia de Córdoba. Fue gracias a este apoyo y a la mayor homogeneidad normativa que poseía con respecto a su predecesor que en 1887 entró en vigencia el Código Penal de la Nación Argentina, el cual fue realizado sobre las bases establecidas por el Código Penal de Carlos Tejedor de 1867 y regulaba la mayoría de la normativa penal, exceptuando los crímenes de juzgamiento federal que seguían siendo normados por la ley 49 de 1863.

3 – Actualidad

Como es publico conocimiento para todos aquellos que estudian y/o integran el “mundo jurídico” en Argentina, nuestro Código Penal se encuentra en vigor desde el año 1922; a pesar de esto, nuestro código actual no es el sucesor directo del ya mencionado código de 1887, sino que anterior a este han existido algunas reformas, las cuales procederé a mencionar brevemente.

Una vez que el primer Código Penal de la Nación salió al mundo en 1887, las críticas a este no tardaron en llegar. Para muchos expertos en la materia, dicho cuerpo normativo contenía un gran número de defectos, puesto que este no se amoldaba adecuadamente a las sociedades de la época y, asimismo, se consideraba que muchas de las sanciones que proponía contenían un gran nivel de severidad. Sumado a esto, se consideraba que el código de 1887, pese a su amplia regulación, dejaba varios vacíos legales, los cuales debían de llenarse para no dejar impune ciertos hechos criminosos que pudieran causar repercusión a escala local e internacional.

Para complacer a los retractores del código vigente, en 1890, el Congreso inicio los preparativos para llevar a cabo un proyecto de reforma por lo que se nombró una comisión formada por tres penalistas partidarios de la Escuela Positiva, Norberto Pinero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo.

El proyecto de Pinero, Rivarola y Matienzo se enfocó en llenar los vacíos legales que contenía el código de 1887. Para esto, una de las propuestas que este presentaba era la de graduar la penalidad, para lo cual tenía en cuenta las modalidades del delito y el

accionar del delincuente, regulando minuciosas normas al respecto que cubrieran gran cantidad de supuesto. Asimismo, establecía que debía de aplicarse a quien resultara cómplice de un hecho delictivo la pena correspondiente al hecho a que ha cooperado. En los casos de concursos de delitos, si estos eran reprimidos con la misma especie de pena, le corresponde entonces al delincuente una pena igual a la suma de todas, pero siempre que no exceda del máximo legal; por otra parte, si son reprimidas con penas diversas pero divisibles, se imponía cada una reducida a la especie de las más graves, y si las penas son indivisibles, se aplicaba la más grave.

En lo que respecta al tipo de penas, este proyecto consagraba las penas de muerte, penitenciarías, presidio, deportación, destierro, multa e inhabilitación.

El mencionado proyecto fue muy bien recibido por la opinión pública. Muchos especialistas en derecho se manifestaron de forma favorable a su inmediata sanción. Pese a esto, en el ámbito del derecho penal aun existía una gran diversidad de leyes individuales sobre penalidad y su procedimiento que no se veían incluidas ni reflejadas en el proyecto de 1890, por lo que se decidió, en afán de fomentar una buena administración de justicia, crear un nuevo proyecto, pero esta vez alejado un poco de los estudios doctrinarios y de las bases de los códigos anteriores que no hacían más que estancar el avance jurídico de nuestra legislación.

Es así que en 1904 se decidió trabajar en un código penal que se formara a través de estudios de la condición social del país, por medio de investigaciones que brindaran el mayor el mayor conocimiento posible de la verdad que se vivía día a día en el país, y sobre la cual ha de apoyarse el legislador en su obra.

En base a lo expuesto es que surge el proyecto de 1906, que, a pesar de la innovadora idea, estuvo muy lejos de constituir una obra homogénea y armónica de derecho penal. Uno de sus mayores defectos fue que, al igual que otros proyectos, utilizó el molde instaurado por el código de 1887 por lo que aun mantenía muchas de las redacciones e ideas de este, algo que no sentó muy bien a la opinión pública, puesto que una de las cosas que más se criticaba a este y tantos otros proyectos era el afán de pretender edificar el nuevo cuerpo normativo jurídico penal con los materiales del viejo cuerpo que el tiempo fue derrumbando; en otras palabras, por más actualizadas que estén las normas, los delitos, las penas, etc; los proyectos que se fueren creando fracasarían por el simple hecho de no desprenderse de ideas caducas como el hecho de utilizar como fuentes otros códigos más que derogados o doctrinas demasiado antiguas.

Luego de unos años sin proyectos codificadores nuevos, en 1916, el congreso decidió adoptar como Código Penal de la Nación el redactado en 1906, con una serie de modificaciones, entre las que podemos destacar la supresión de la pena de muerte y el aumento de penalidad de delitos como el homicidio y delitos contra la honestidad.

El código de 1916 constituyó un evidente avance en materia codificadora si lo comparamos con los proyectos anteriores que le sirvieron de base, puesto que, dejó de lado varias instituciones de nuestro viejo sistema penal que perjudicaban a este; modifica otras; se asentó en nuevos principios científicos y organizó un conjunto de reglas tutelares que, si bien no alcanzan los límites a que han llegado en otras naciones, permitieron que la república se incorpore a las corrientes del Derecho penal en formación.

En 1917, pese al avance logrado por el código de 1916, el poder legislativo comenzó las tratativas para un nuevo proyecto de reforma, el cual, tras un trámite un poco accidentado y con algunas demoras, daría lugar a nuestro actual Código Penal de la Nación recibiendo sanción como tal, el 30 de septiembre de 1921 (promulgado como Ley 11.179) y entrando en vigor a partir del 30 de abril de 1922.

Este último código surge con el argumento de buscar individualizar las penas, en vista de que cada caso al que han de aplicarse es diferente (ya sea por sus hechos, circunstancias o sujetos), por lo tanto, no solo se redujo los tipos de pena a regular (desde la abolición de la pena de muerte, solo quedaban en el código cuatro categorías de represiones: prisión, reclusión, multa e inhabilitación), sino que también, se buscó consignar penas un poco más elásticas con amplios márgenes de años de reclusión y añadiendo a su vez algunas circunstancias por las que la pena podía ser atenuada o agravadas, dando a los jueces amplias facultades para que puedan aplicarlas.

Una de las novedades que el código de 1922 introdujo a nuestro sistema penal fue la inclusión de las instituciones de la libertad condicional y la condenación condicional, esto en beneficio de los considerados “delincuentes ocasionales”, cuyos buenos antecedentes eran tenidos en cuenta por los jueces a la hora de penar y, además, evitaba los mismos recaigan en cárceles que en cierta forma malograrán sus vidas útiles. Junto a estas, también se incluyeron en nuestro cuerpo normativo algunas medidas aplicables a los inimputables, menores y reincidentes.

De lo expuesto, puede verse que el código de 1922 contenía características netamente preventivas, al incluir disposiciones que tienden a humanizar la justicia, sin causar a la sociedad males más grandes que los que se procura corregir, tratándose

entonces de un código de un carácter mucho más dócil de lo que fueron sus predecesores, demostrando así como ya en este periodo histórico, nuestro sistema dejó notoriamente de lado el carácter retributivo de las penas para enforcarse en un sistema que apoyara al infractor en su camino a la reinserción y que a su vez, combatiera la delincuencia a través de la prevención y medidas que buscan evitar que los crímenes se produzcan.

CAPÍTULO IV – IMPACTO SOCIAL DE LA PENA

1 – Preámbulo

En los capítulos anteriores hemos expuesto algunos conceptos claves para este trabajo y nos encargamos de desarrollar un poco sobre la evolución de la figura de la pena, iniciando por su origen “prejurídico”, pasando por cómo era aplicada durante los primeros pasos del derecho y finalmente explicando cómo fue adaptándose en el sistema jurídico argentino.

Sumado a lo antedicho, en este capítulo haremos énfasis en el impacto que tuvo en la sociedad cada tipo de pena utilizado en nuestro país, el motivo de esto es poder analizar la percusión que puede tener la coerción pena vigente en el contexto social en que se aplica.

La razón por la cual decido desarrollar el presente capítulo es para desvelar la premisa nesciente de que “con penas más graves habrá menos delincuencia”, ya que, en cierta forma, muchos doctrinarios y sociólogos comparten la idea de que existe una clara correlación entre la situación social en que vive un individuo y la decisión que este tiene para involucrarse en la comisión de delitos, por ejemplo, el sociólogo y filósofo francés Émile Durkheim afirmaba en su “Teoría Estructural Funcionalista” que una estructura social desviada es causa suficiente para la desviación del individuo y como consecuencia es causal de surgimiento de la delincuencia.

Teniendo en cuenta lo expuesto, en este capítulo vamos a ver la repercusión que los distintos tipos de pena adoptados por el derecho argentino, tuvieron en nuestro país, haciendo énfasis no solo en los aspectos jurídicos del tema, sino también analizando la relevancia que la figura de la pena puede llegar a tener a nivel sociocultural.

2 – Época Colonial

Durante este periodo histórico, la sociedad se encontraba organizada de una forma jurídicamente desigual, por lo que podíamos encontrar distintos grupos sociales: españoles (que conformaban la elite social), criollos (descendientes de españoles, conformaban un sector social un escalón debajo del anterior, aun así, en su mayoría contaban con un buen estilo de vida), mestizos (hijos de españoles y nativos, contaban con menos privilegios que los criollos por su “sangre mixta”), gauchos/indios (la población nativa) y negros (quienes en ese entonces se utilizaban como esclavos).

Como lo mencionamos en el capítulo III, el sistema normativo que regía durante esa época en el territorio, eran de origen europeo, más precisamente, español; y como tal se conformaba por un gran número de leyes españolas que funcionaban junto a una serie de ordenanzas locales, que intentaban regular todos los aspectos de la vida social, por lo que a través de estas se forjó una sociedad donde los derechos y los deberes de un individuo no eran iguales a los de los demás habitantes, sino que dependían de los derechos y deberes que correspondieran a la casta social que integraba.

En esta época, había delitos (sobre todo aquellos considerados graves), que, en la mayoría de los casos, eran juzgables de igual forma, independientemente de la casta social del delincuente, algunos ejemplos de estos eran los ya conocidos delitos contra las personas, contra la propiedad o contra el Estado, los cuales regían desde antaño, tal como lo pudimos ver en capítulos anteriores. Por otra parte, había delitos que solían recaer más contra las castas de bajo poder, como el robo de caballos, gallinas, de trigo o demás mercancías. De la misma forma, actitudes que vulneran el orden público como disturbios, vagos, o vandalismos eran considerados delitos leves y, por ende, debía multarse o encarcelarse a los culpables.

En lo que respecta a las penas, durante la época colonial regía un sistema claramente retributivo, puesto que delitos como los asesinatos o los robos a propiedad privada, en gran parte de los casos, llevaban a su delincuente a la horca. Asimismo, tal como fue mencionado “ut supra”, los delincuentes por causas militares y todo aquel que se levantara contra el estado era castigado mediante fusilamientos.

Pese a lo expuesto anteriormente, hay que remarcar que al mismo tiempo que se buscaba castigar al delincuente mediante penas severas, en algunos casos también se utilizaban penas en afán de corregir y coaccionar al delincuente, algo que se hacía a través

de las cárceles. Así, se penaba con prisión o reclusión delitos leves como enfrentar o desobedecer a un amo, padre o esposo, incumplir propuestas de matrimonio y demás infracciones menores.

A pesar de su “enfoque preventivo”, las presiones de esa época se encontraban en muy mal estado y con medidas de seguridad deficientes, razón por la que muchos presos escapaban con facilidad de las mismas, escalándolas o prendiéndolas fuego. Además, debemos destacar que el trato que los reos recibían en la misma no era para nada hospitalario, puesto que debían recluirse en calabozos con muy mala higiene, siendo propensos a múltiples enfermedades y de la misma manera eran víctimas de torturas tales como no recibir alimentos o ser víctimas de azotes y trabajos forzados inhumanos.

El escritor y médico argentino José Antonio Wilde (2003), narra parte de lo descrito anteriormente en su obra “Buenos Aires desde setenta años atrás” “Diariamente presenciaba el pueblo el triste y degradante espectáculo de una cuadrilla de presidiarios andrajosos y desgredados, arrastrando pesadas cadenas, custodiados por suficiente número de soldados, cruzar las calles, dirigiéndose a los trabajos forzados, pidiendo limosna a los transeúntes, e inspirando compasión y repugnancia a la vez. A todas horas del día veíanse presos escoltados cada dos de ellos conduciendo en palancas que llevaban sobre los hombros, pesados barriles de agua que traían para el servicio de la Cárcel (...). Espectáculo más desagradable y repugnante aún era el que ofrecían cuando salían en grupos a la matanza de perros (...). Unos llevaban lazo y otros iban armados de gruesos garrotes; una vez enlazado el perro, lo mataban a garrotazos, que, cuando no se veían dar, se oían aun dentro de las casas, entre aullidos lastimeros.”

Debemos mencionar que debido a la antigüedad de la época que estamos desarrollando en este apartado es un tanto difícil establecer con exactitud la envergadura de la delincuencia y su impacto en la cultura colonial. Pese a esto, existen algunos registros sociales de la época que nos pueden ayudar a obtener una vaga idea de esto.

Thomas George Love, un periodista y viajero inglés que visitó nuestro país a inicios del siglo XIX, describía la criminalidad en la sociedad argentina de la siguiente manera: “En Inglaterra, donde la ley es severa, todos ayudan a prender un criminal, pero aquí hay mucha tibieza a ese respecto. En el término de tres años varias personas fueron asesinadas. (...) Mucho antes de mi llegada era frecuente ver expuestos en la Plaza los cadáveres de quienes habían hallado la muerte en una pendencia, con el objeto de que fuesen reconocidos por parientes y amigos. Había un platillo al lado, destinado a

recolectar dinero para el entierro. (...) Las puñaladas eran algo tan corriente en Buenos Aires que nadie se ocupaba de prender al criminal. Si por casualidad era cogido, bastaba una breve prisión en el calabozo para que el homicida quedara en libertad de cometer más crímenes. Me han hablado de un hombre que cometió seis o siete crímenes con aparente impunidad...” (Love, s.f).

En base a lo expuesto podemos ver que, durante la época colonial, regia el uso de penas de castigo de gran severidad, las cuales, tal como pudimos notar a lo largo de este apartado, no tuvieron efecto alguno en la disminución de la criminalidad en la sociedad, al contrario, conforme lo manifestado por el periodista inglés, George Love, el crimen en nuestro territorio era materia de cada día, habiendo gran cantidad de robos y asesinatos, por lo que claramente la mentalidad de los delincuentes no se veía afectada por la gravosidad de las penas que pudieran llegar a recaerles.

3 – Periodo Constitucional

Sin lugar a dudas, la creación de la Constitución Nacional, fue uno de los momentos más importantes en el desarrollo de nuestro sistema jurídico; es por esto que, previo a proceder con el desarrollo de este apartado, creo prudente aclarar que en el presente trabajo, se establecerá como “Periodo Constitucional” no solo al momento histórico y social en que surge nuestra norma fundante, sino también, aquel periodo posterior a su creación, para poder comprender el impacto que la misma produjo en el territorio.

Como hemos desarrollado con anterioridad, el panorama de la sociedad en el territorio argentino previo a la constitución era un tanto caótico, puesto que en este se desenvolvía un periodo de numerosas disputas civiles y políticas, donde los derechos y garantías de las personas se veían como los más afectados.

Es así que, recordando lo narrado en el Capítulo III, la Constitución Nacional Argentina surge durante el año 1853 y con esta, se le dio más valor a muchos de los principio y garantías existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

En lo que respecta al derecho penal y a las penas que este aporta, las garantías más significativas y que obtuvieron gran relevancia con el surgimiento de la constitución fueron aquellas que regulaban el sistema carcelario y abolían la pena de muerte (por causas políticas), de las cuales se ha desarrollado “ut supra”.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos comprender que nuestro territorio se encontraba en un periodo de cambios, donde aún existían penas de castigo y donde lo que menos importaba era los derechos de los reos, pero a pesar de esto, no podemos negar que de a poco, el país estaba dando pasos por la senda de las penas preventivas, comenzando a ver en esta figura “una misión mucho más noble que contraponer un mal con otro, debiendo apuntar a la resocialización (o, en su caso, la eliminación) del delincuente y la defensa de la sociedad” (Marteau, 2003).

Pese a no querer desviarme mucho del tema, siento necesario mencionar algunas legislaciones provinciales que fueron de cierta forma “pioneras” en esta “transición de ideas penales”, sobre todo al buscar mejorar sus sistemas penales haciendo hincapié en la pena preventiva más popular, la pena privativa de libertad. Algunas de los cuerpos normativos donde podemos ver esto fueron:

Constitución de Corrientes de 1864: En su artículo 24, esta constitución le encarga, al Gobierno provincial, promover "el establecimiento de una penitenciaría para la corrección de los condenados a presidio" (Honorable Camara de Diputados de Corrientes , s.f.). La idea de utilizar los establecimientos penitenciarios como métodos de corrección del delincuente es una idea claramente preventiva especial, concepto que ya hemos abordado en el capítulo I.

Constitución de Buenos Aires de 1873: Con un enfoque similar al visto en la constitución de Corrientes de 1864, la mencionada constitución de Buenos Aires manifiesta en su artículo 27 que “las cárceles son hechas para seguridad y no para mortificación de los detenidos. Las penitenciarías serán reglamentadas de manera que constituyan centros de trabajo y moralización. Todo rigor innecesario hace responsables a las autoridades que lo ejerzan” (Honorable Camara de Diputados de Buenos Aires, s.f.). El enfoque preventivo de este artículo no solo se deja ver por su búsqueda de “corregir” al delincuente, sino también amparar el bienestar del mismo.

Constitución de Entre Ríos de 1903: Como último ejemplo de esta oleada de pensamientos preventivos, vamos a mencionar a la Constitución de Entre Ríos de 1903, la cual en su artículo 45 dispone “las cárceles de la Provincia serán seguras, sanas y limpias, y no podrá tomarse medida alguna que á pretexto de precaución, conduzca a mortificar a los presos más allá de lo que su seguridad exija. En las cárceles de la Provincia se establecerá el trabajo en la forma que determine la ley, como medio de educación y perfeccionamiento de los detenidos, obligatorio para los condenados a

presidio o penitenciaría y voluntario para los demás condenados y para los procesados” (Wikisource, s.f.).

Al mismo tiempo que se producían estos cambios jurídicos, la sociedad argentina también se veía víctima de cambios de otro tipo, siendo claramente afectada por factores como “la explosión demográfica y el crecimiento urbano, los cuales no hicieron más que causar desigualdades, tensiones y conflictos que hicieron visibles los límites o los efectos menos deseados de esta etapa de modernización”. (Suriano, 2000)

Bajo este contexto de cambios jurídicos y sociales, durante la segunda mitad del siglo xix se fue consolidando una disciplina que nos será de gran ayuda para determinar la efectividad que las penas tenían en la población; dicha disciplina no era otra más que la estadística. Durante esta etapa, la estadística comienza a ser utilizada en varios campos de conocimientos como una nueva forma de detectar y ocuparse de los problemas sociales caracterizándose por su afinidad con discursos de raigambre científica.

Conforme lo antedicho, en la Argentina de fines de siglo xix, tanto la producción de estudios sobre delincuencia como la conformación de las oficinas estatales en materia estadística comienzan a ganar gran impulso en el campo del derecho y, sobre todo, gran valor a la hora de dictar normativas enfocadas en el orden de la sociedad.

A partir de la creación de oficinas estadísticas, en el estado nacional argentino se comienza a recopilar información “oficial” sobre la población de forma periódica y exhaustiva. Si bien, en ese entonces los datos sobre delincuencia eran muy limitados, muchos reportes permitieron a los criminólogos de la época tomarlos como referencia para sus análisis sobre la delincuencia en el territorio.

Los criminólogos y positivistas argentinos de la época no solo desarrollaban sus estudios en base a registros policiales, judiciales y penitenciarios; sino que también llevaban a cabo trabajos empíricos en lugares como las cárceles, comisarias y hospitales, donde podían estudiar el accionar de los internos para recopilar datos más precisos de estos y así obtener más evidencia científica para las investigaciones criminológicas que darían la respuesta a los problemas sociales.

Las ideas y prácticas impulsadas por los pensadores argentinos tuvieron gran influencia en el ámbito del derecho penal; esto gracias a la aceptación y divulgación que sus investigaciones e ideas tuvieron, llegando a compartirse en congresos, incorporarse como contenido en las cátedras universitarias e incluso a impulsar y fundamentar la

elaboración de nuevas normas penales, así como también la reforma al Código Penal y Procesal Penal.

Como ya lo mencionamos anteriormente, durante esta época el sistema jurídico argentino comienza un proceso de cambio en cuanto a los tipos de pena a utilizar, y sin lugar a dudas, la contribución de estos pensadores y estadísticas locales un elemento más que significativo en lo que fue el quiebre de la dogmática penal clásica que hasta entonces predominaba.

Uno de los pensadores argentinos que aportó significativamente al estudio de la delincuencia en la época constitucional fue Cornelio Moyano Gacitúa. En su libro "La delincuencia argentina ante algunas cifras y teorías", Gacitua relaciona el fenómeno delictivo con el tema migratorio. Lo que intentaba demostrar el autor mediante este análisis era la relación causal entre inmigración y delito, recurriendo a los reportes estadísticos policiales y judiciales, y tomando como referencia la variación en la cantidad de arrestados.

Otro autor que realizó publicaciones sobre temas criminológicos con una especial referencia a datos estadísticos fue Miguel Lancelotti, jurista y criminólogo, nacido en Italia y autor del libro "La criminalidad en Buenos Aires: al margen de la estadística (1887-1911)". En esta obra, el jurista italiano buscaba dar una respuesta científica al exorbitante crecimiento delictivo de finales de siglo xix.

En contrapartida a Gacitua, Lancelotti iniciaba su obra descartando el crecimiento poblacional como factor determinante en el aumento de la delincuencia, puesto que, basándose en estudios realizados por el mismo, exponía que "el incremento de la delincuencia que se daba en el período 1887-1911 se manifestaba en una proporción de 1 a 1,7 (de 1.877 a 13.312 hechos), es decir, en forma mucho mayor al crecimiento poblacional que en dicho período había sido en una proporción de 1 a 1,3 (de 437.875 habitantes a 1.428.042)". (Olaeta, 2015)

Seguido al análisis anterior, el jurista italiano planteaba distintos motivos por los cuales la delincuencia aumentaba en el territorio, entre los cuales destacaba: los inconvenientes que tenía la justicia para sentenciar delincuentes, la falta de efectivos policiales, la ineficiencia de la ley penal por su "ausencia absoluta de todo criterio científico" (Lancelotti, 1914) y al lamentable estado en que se encontraban los establecimientos carcelarios, de los cuales también criticaba el hecho de mantener el uso de dogmáticas anticuadas para la época.

Junto a los causales mencionados en el párrafo anterior, Lancelotti afirmaba que, en la mayoría de los casos, los problemas y necesidades del día a día de los ciudadanos sometía a estos últimos a una lucha despiadada, "donde las necesidades se multiplican y la satisfacción de las mismas se impone, cuando no por el trabajo honesto, por el delito." (Lancelotti, 1914).

Por último, el jurista italiano agregaba que en algunos casos la delincuencia tiene su origen en factores mucho más profundos y personales del ser humano, como son el caso de la mala educación y el abandono moral, algo que el autor veía sobre todo en niños, ya que mostraba que casi un tercio de los aprehendidos entre los años 1903 y 1912 eran menores de edad.

Si bien es verdad que las estadísticas criminales del periodo constitucional contaban con ciertas limitaciones como la precariedad de los recursos técnicos con los que se contaba para llevar a cabo el procesamiento de datos e informes y el hecho de que los niveles de denuncia de delitos eran muy limitados, puede notarse que, tanto del contexto social expuesto como también de los autores y estadistas citados, se logra entender que pese a contar con un sistema normativo penal un poco más “leve” que el que se contaba en la periodo colonial, la delincuencia seguía siendo un problema a tratar en nuestro país.

A pesar de esto, la época constitucional logro un gran avance en lo que refiere a la evolución de los tipos de pena, puesto que no solo se comenzó a dejar de lado las penas de castigo, sino que también se empezó a dar mayor importancia a otras disciplinas (como el caso de la estadística criminal) en afán lograr crear normativas con penas más eficientes, esto en gran medida, a que se comenzaba a dejar de lado la idea de que “se necesitaban penas terribles, para evitar que la gente incurriera en delinquir”.

4 – Periodo Contemporáneo

Anteriormente, hemos intentando desarrollar un poco sobre los contextos sociales y el impacto de las penas en dos periodos distintos de la historia argentina, dos periodos donde si bien, los tipos de pena utilizados eran similares, la forma en la que estos se regulaban y aplicaban eran totalmente distintos. Sin embargo, a continuación, hablaremos de un periodo donde la pena predominante es totalmente distinta a la utilizada en los

apartados anteriores, no solo en su forma de aplicar, sino también en la finalidad con la que se utiliza.

Como hemos dado a entender a lo largo de este trabajo, la relación de nuestro país con las penas de castigo tuvo una gran cantidad de idas y vueltas a lo largo de la historia, por ejemplo, en lo que respecta a la pena de muerte, esta fue abolida y reimplantada varias veces. Desde su implementación en la época colonial, esta fue abolida por primera vez en 1813 (excepto para casos políticos); con el paso de los años y, sobre todo, durante las revueltas entre unitarios y federales, fue puesta en práctica nuevamente hasta que se abolió con la Constitución de 1853. Con el nacimiento del primer Código Penal Argentino de 1886, la pena de muerte vuelve a nuestro sistema jurídico y fue la pena más popular durante los distintos gobiernos de facto que azotaron al país entre los años 1930 y 1983. Finalmente, en 1983, con la caída del último gobierno de facto y con el regreso de la democracia bajo la presidencia de Raúl Alfonsín, se dictó la ley 23.077 que se encargó de abolir la pena de muerte para delitos comunes; la cual actualmente se encuentra vigente y se complementa con los artículos 18 y 75 inciso 22 de la nuestra Constitución Nacional que prohíben la pena de muerte por causas políticas y reconocen con jerarquía constitucional algunos tratados internacionales de derechos humanos que rechazan esta pena. Por último, el 6 de agosto de 2008 el Congreso de la Nación abolió el Código de Justicia Militar, borrando todo rastro de la pena de muerte del sistema normativo argentino.

Tal como lo mencionamos brevemente en el párrafo anterior, con la vuelta a la democracia en el año 1983, nuestro país retomó el camino en la búsqueda de un sistema penal apartado de las penas de castigo. Las normas de mayor importancia para lograr este cambio y que merecen la pena mencionar fueron las siguientes:

Ley 23.077: Anteriormente hemos mencionado de manera sucinta que la pena de muerte (al igual que muchas otras penas de castigo) fue una de las penas más utilizadas durante los gobiernos de facto. Para justificar el uso de estas penas y muchos otros métodos crueles de castigo, los gobiernos no constitucionales dictaban normativas a las que actualmente se las denomina como “leyes de facto” (o decreto ley). Así, por ejemplo, fueron surgiendo leyes como la numero 21.338 (durante el golpe de estado de 1976) que en su artículo 1 establecía “Las penas que este código establece son las siguientes: muerte, reclusión, prisión, multa e inhabilitación. bis. La pena de muerte será cumplida por fusilamiento y se ejecutara en el lugar y por las fuerzas que el Poder Ejecutivo designe, dentro de las cuarenta y ocho horas de encontrarse firme la sentencia, salvo aplazamiento

que este podrá disponer, por un plazo que no exceda de diez días.” (Consulex, s.f.). Es por esto que, con la vuelta de la democracia, se decidió dejar atrás todo rastro de los gobiernos de facto que azotaron al territorio nacional, dictándose así la ley 23.077, la cual se encargó de derogar varios de los infames decreto ley y, por ende, suprimió gran parte de las disposiciones y preceptos vigentes durante los golpes de estado, como las penas de muerte para delitos comunes.

Constitución Nacional artículo 18: En el capítulo III del presente trabajo, hemos hablado de la importancia que tuvo este artículo para la historia de nuestro sistema jurídico, sobre todo por el gran aporte que el mismo genera para el ámbito del derecho penal y procesal penal. En este apartado, es menester hacer una breve mención de esta disposición, puesto que es gracias a la actual vigencia de este artículo que en nuestro derecho contemporáneo se encuentra abolida la pena de muerte para causas políticas, así como también, los azotes, torturas y cualquier otra pena que afecte la integridad física del delincuente.

Constitución Nacional artículo 75 inciso 22: Si hay algo que se nos ha enseñado a los estudiantes de derechos, es que la reforma constitucional de 1994 trajo consigo una gran innovación en cuanto a valores y principios, y a su vez, una de las innovaciones más significativas, sin lugar a dudas, fue la incorporación de tratados de derecho internacional a nuestro sistema jurídico, a las cuales nuestra norma fundante otorga una jerarquía semejante a la suya en su artículo 75 inciso 22 de la misma. Dentro de los tratados a los que hacemos referencia, nos compete hacer mención de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José de Costa Rica), la cual data del año 1969 y a la que nuestro país se adhirió en el año 1984 a través de la ley 23.054. Es por causa de este tratado que la pena de muerte no puede volver a ser reimplantada en nuestro derecho nacional, puesto que en su artículo 4 inciso 3 manifiesta: “Artículo 4.3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.” (OAS, 2021).

Ley 26.394: Para el año 2008 prácticamente no había rastros de las penas de castigo en Argentina, sin embargo, en un pequeño rincón del sistema jurídico nacional, aun existía una normativa que permitía el uso de estas penas y ese era el Código de Justicia Militar. El Código de Justicia Militar de 1951, sancionado por la ley 14.029, poseía una serie de normativas que permitían imponer la pena de muerte a los delitos cometidos en tiempo de conflicto armado, así como también a aquellos delitos cometidos en tiempo de paz por miembros de las fuerzas armadas. Es por esto que, en 2008, con el dictado de la

ley 26.394, se deroga el mencionado Código de Justicia Militar y con él, sus normativas retributivas, eliminando así el último rastro de penas de castigo que quedaba en el país.

Con las normativas mencionadas “ut supra” las penas de castigo quedan derogadas totalmente de nuestro sistema jurídico, el cual comienza a optar por un enfoque más preventivo, teniendo esto en cuenta, la siguiente pregunta a hacer es ¿Cuándo comienzan a afianzarse las penas preventivas en Argentina?

En base a lo analizado en el presente trabajo, podemos decir que, desde los primeros años de nuestra nación, siempre hubo un grupo selecto de personas que preferían el uso de penas preventivas por sobre las de castigo era algo deseado, un ejemplo de esto podemos verlo en el primer parte del capítulo III, cuando hacemos una breve mención de los intelectuales pertenecientes a la Escuela Clásica y a los Ilustrados, quienes fueron grandes impulsores de estas ideas penales.

Pese a lo expuesto, fue a inicios del siglo xx que se pudo notar un mayor interés en las penas preventivas y un claro ejemplo de esto fue la creación del Instituto de Criminología en el año 1907. Este órgano científico y técnico es de gran importancia para la creación de normativas penales, puesto que no solo aplica los preceptos de la escuela de la estadística que fueron mencionados en el apartado anterior, sino que también se enfoca en estudiar a los delincuentes en sus aspectos físicos y psicológicos, su desarrollo físico e intelectual, su moralidad, el ambiente en que estos viven y actúan, causas que los llevan a delinquir y actitudes antes, durante y después de ser condenados; todas estas, cuestiones que luego son tenidas en cuenta a la hora de dictar políticas criminales y normativas adecuadas.

Otro paso importante en el camino de la consolidación de las penas preventivas se dio durante el año 1914, cuando se decidió celebrar en Buenos Aires el Primer Congreso Penitenciario Argentino. La decisión de celebrar dicho congreso surge del deseo de “ajustar” ciertas consideraciones relacionadas al sistema penitenciario nacional, puesto que las falencias que este acarreo a lo largo de la historia, dificultaban considerablemente en la aplicación de penas preventivas eficientes que permitieran “trabajar sobre el delincuente”. De este congreso surgieron ideas innovadoras para el sistema penal argentino, entre las cuales podemos destacar las que consistían en crear, a lo largo del país, distintos establecimientos penitenciarios destinados a organizar y separar a los delincuentes según su reincidencia, la naturaleza de los delitos cometidos, edad, sexo, etc. Asimismo, en lo que respecta a la pena, se decidió que la pena de prisión y reclusión no

solo debía restringir la libertad del delincuente, sino que también, se debía tomar medidas pertinentes para estimular la readaptación social del penado, trabajando su educación moral, institucional y laboral.

Tanto los estudios del Instituto de Criminología como las ideas surgidas del Congreso Penitenciario Argentino, fueron tenidos en cuenta a la hora de dictar el Código Penal de 1922, el cual actualmente sigue en vigencia y se encarga de regular todo lo referente a delitos y penas.

En la actualidad, nuestro Código Penal reconoce como únicas penas a la reclusión, la prisión, la multa y la inhabilitación. Esto se ve plasmado de forma clara y sencilla en su artículo 5, el cual manifiesta: “Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, s.f.). Así, se deja en evidencia como el cuerpo normativo nacional más importante en materia penal ratifica la idea desarrollada anteriormente con respecto a las penas de castigo. Del mismo modo, el artículo 6 del mencionado código refuerza la visión preventiva de las penas que en este se estipulan, ya que el mismo establece que, en lo que respecta a las penas de reclusión, perpetua o temporal, el delincuente “cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares.” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, s.f.).

En base a lo expuesto, podemos ver que, en la actualidad, nuestro país posee penas de carácter preventivo, ya que en ninguna de estas se busca castigar o causar algún mal al delincuente, de forma contraria, se lo priva de su libertad como medida sancionatoria por su accionar y se busca trabajar distintos aspectos morales y psicológicos del mismo en miras de poder reinsertarlo a la sociedad sin el riesgo de que este vuelva a delinquir,

En lo que respecta al contexto social por el que pasa el país, desde la vuelta de la democracia hasta la actualidad, el territorio argentino siempre se caracterizó por ser un país con inestabilidad económica, pasando tanto por momentos altos como por momentos bajos, los cuales tienen gran repercusión en la población, influyendo en temas como el desempleo, precios de mercado, pobreza e inseguridad.

Tal como lo mencionamos en el apartado del “Periodo Constitucional”, la generación de estadísticas confiables y periódicas es fundamental, no solo para comprender el nivel de delincuencia y la criminalidad que azota el territorio argentino, sino también para lograr diseñar políticas de seguridad más eficaces a la hora de enfrentar

estos problemas; por lo que, teniendo en cuenta el avance tecnológico que se dio entre el periodo anterior y el que desarrollamos en este apartado, es menester hacer énfasis en estos datos para una mejor comprensión.

Para empezar, debemos mencionar que, de ciertas instituciones internacionales dedicadas al estudio de la delincuencia, como el caso de la World Population Review, surgen investigaciones que indican que, en la actualidad, Argentina posee una tasa de delincuencia de alrededor del %63, esto teniendo en cuenta que la tasa se calcula como el cociente entre el número de delitos reportados y la población del país, multiplicado por 100.000. (World Population Review , 2022).

Estadísticas tomadas por el Laboratorio de Investigaciones sobre Crimen, Instituciones y Políticas revelan que el 27,5% de las familias argentinas sufrió, durante las últimas décadas, algún delito, ya sea contra el hogar o contra alguno de sus miembros. En otras palabras, tres de cada diez hogares argentinos padecieron al menos un delito. (ÁMBITO, 2018)

Según datos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; desde los años 90, hasta finales de la primera década del 2000, tomando una escala de 100.000 habitantes, alrededor del 3% de los mismos fue víctima de un hecho delictivo, dando como resultado un total aproximado de 3.000 delitos, número que aumentaría considerablemente si se calculara conforme a la densidad poblacional total del territorio. (Cid Ferreira & Pisarello, 2017)

En lo que respecta a estos últimos años, estadísticas criminales tomadas por el Ministerio de Seguridad de la Nación demuestran que en el territorio argentino ocurren alrededor de 1.500.000 hechos delictivos (Ministerio de Seguridad de la Nación, 2021)

Como pudimos ver a lo largo de este capítulo, tanto durante el Periodo Colonial, como en los Periodos Constitucional y Contemporáneo, la delincuencia es uno de los problemas que más afecta a la sociedad argentina, esto, independientemente del tipo de pena que rija, puesto que como pudimos analizar, tanto durante la vigencia de las penas de castigo, como durante la entrada en rigor de las penas preventivas, la delincuencia se acentuó como una de las mayores preocupaciones de la población y es asimismo uno de los motivos por los que constantemente se está en busca de “ajustar” las normativas penales.

CAPÍTULO V – DERECHO COMPARADO

1 – Introducción

Para finalizar el presente trabajo, decidí realizar una breve mención de los tipos de pena vigente en otros países del mundo y el impacto que estas tienen en la delincuencia de sus territorios. Esto, con el objetivo de poder establecer cierta comparativa con nuestro sistema penal y determinar si, a fin de cuentas, la delincuencia es un problema por el que otros países pasan y si este puede o no ser neutralizado con cierto tipo de penas en específico.

2 – Estados Unidos

El primer país del que vamos a hablar en este capítulo es de uno de los países de más renombre a nivel mundial y que sirve como ejemplo a seguir para muchos otros países del mundo, Estados Unidos.

Para empezar, debemos dejar en claro que el país norteamericano posee un orden jurídico y político totalmente distinto al argentino, por lo que aquí no encontraremos un único código penal que rija para todo el territorio, sino que al contrario, debido a estar conformado por distintos estados subnacionales, en Estados Unidos hay un total de 52 códigos penales que rigen la materia penal en general y un único Código Penal Federal que se encarga de regular delitos de mayor gravedad, como por ejemplos, aquellos que violen a la constitución o al estado nacional (como la traición a la patria, los crímenes de guerra, asesinato de políticos, entre otros).

Si bien, dentro de su sistema normativo ordinario podemos encontrar las mismas penas que en el código penal argentino (reclusión, prisión, multa e inhabilitación), en su legislación federal, en algunos estados como Texas (siendo uno de los 27 estados que aun la mantienen) y en el Código de Justicia Militar estadounidense aún se mantiene vigente la pena de muerte por medio de inyecciones letales y silla eléctrica; por lo que podemos afirmar que el país norteamericano aun es partidario de las penas de castigo.

Teniendo en cuenta distintos informes que analizan el uso de la pena capital en Estados Unidos, desde 1976 (año en que se retoma el uso de la pena de muerte tras una

breve suspensión), hasta 2022, alrededor de 1547 reos que cometieron delitos estatales y federales fueron ejecutados por la pena de muerte. (Death Penalty Informer Center, 2022).

En lo que respecta a la tasa de delincuencia del país, de las investigaciones de la World Population Review, Estados Unidos posee una tasa del 47%, considerablemente más baja que la posee nuestro país. (World Population Review , 2022).

3 – Alemania

Considero que el país del que hablaremos en este apartado es una gran fuente de estudio, puesto que, debido a la gran carga histórica que lleva en sus hombros, por los acontecimientos ocurridos en la segunda guerra mundial, este ha debido de reestructurarse jurídica y socialmente de una manera prudente, respetando gran parte de los valores éticos y morales que ha cuestionado durante aquel periodo histórico. Pese a esto, cuando nos referimos uno de los países de mayor renombre y con mayor orden político y social en el mundo, estamos hablando de Alemania.

Si nos detenemos a analizar el Código Penal de Alemania, conocido en su lenguaje natal como “Das deutsches Strafgesetzbuch”, podemos notar que tiene varias similitudes con respecto al Código Penal argentino, sobre todo en su apartado dedicado a las penas.

Al igual que nuestro código, el cuerpo normativo alemán se divide en una parte general y una parte especial. En el capítulo tercero de la parte general, podemos ver que el tipo de penas que rigen en el país europeo son la pena privativa de la libertad, la multa (a la cual las describe como “imposición de importes diarios”), las penas pecuniarias (consistente en un pago accesorio a la pena privativa de la libertad), penas accesorias (como la inhabilitación a conducir) y consecuencias accesorias (como la perdida de facultades políticas), pudiendo ver que al igual que en sistema normativo argentino, no hay rastros de las penas de castigo, pudiendo clasificar a Alemania como un país de penas preventivas.

Si tuviéramos que clasificar el tipo de pena preventiva utilizado por los alemanes, sin lugar a dudas estamos hablando de penas preventivas de carácter especial puesto que cumplen un rol doble, por una parte, funciona como un medio de seguridad social al evitar que el delincuente continúe delinquir y al mismo tiempo busca educar a este para lograr una efectiva reinserción social. Esto puede verse por ejemplo en los artículos 63 y 64 del Código Penal Alemán, los cuales establecen una serie de medidas que persiguen

la protección y seguridad tanto del individuo como de la comunidad, a través de la intervención terapéutica y aislamiento. “Artículo 63. Internamiento en un hospital psiquiátrico: Si alguien comete un hecho antijurídico en estado de incapacidad de culpabilidad o con capacidad de culpabilidad reducida, entonces el tribunal ordenará la internación en un hospital psiquiátrico cuando de la valoración en conjunto del autor y de su hecho resulte que como consecuencia de su estado son de esperar relevantes hechos antijurídicos y por ello es peligroso para la comunidad.” “Artículo 64. Internamiento en un establecimiento de desintoxicación: Si alguien tiene la inclinación a tomar en exceso bebidas alcohólicas o cualquier otra sustancia embriagante y siendo condenado por un hecho antijurídico cometido en embriaguez o atribuible a su inclinación o solo no se condena porque su incapacidad de culpabilidad es comprobada o no excluye entonces el tribunal ordena la internación en un establecimiento de desintoxicación, cuando exista el peligro de que como consecuencia de su inclinación cometa relevantes hechos antijurídicos...” (López Díaz, 2013).

Al igual que lo hicimos con Argentina y Estados Unidos, utilizaremos los datos obtenidos por la World Population Review para conocer cuál es la tasa de delincuencia en Alemania, pudiendo notar que la tasa delictiva del país europeo es de solo %35.

4 – Emiratos Árabes Unidos

En este apartado nos ubicaremos en Asia para hablar de uno de los países con menos criminalidad registrada en el mundo, puesto que ocupa el segundo lugar del ranking de la World Population Review sobre los países con menos delincuencia en el mundo, teniendo una tasa de solo el 15%, en este caso hablaremos de los Emiratos Árabes Unidos.

Para empezar, debemos dejar en claro que el marco del derecho penal de este país se ve muy influenciado por la ley Sharia, que es una suerte de código de conducta y de moral basado en la religión islámica. En este sentido, podemos afirmar que la ley Sharia es vista como una normativa más, por lo que es acertado decir que el sistema normativo de los Emiratos Arabes se encuentra conformado por 3 ramas importantes: la rama civil, la rama penal y la Sharia

Profundizando lo ante dicho, la ley Sharia es la normativa que ampara muchas costumbres características de los países islámicos, las cuales son consideradas

controversiales para los países ajenos a esta, como por ejemplos las relacionadas a cuestiones de delitos, matrimonio, sexualidad o la vestimenta. Dentro de las reglas de comportamiento que esta contiene podemos encontrar algunas como imponer que la única muestra publica de afecto que las parejas casadas pueden realizar sea tenerse de la mano en público o por el lado de la vestimenta, un comportamiento característico y conocido alrededor del mundo es el rechazo de toda vestimenta femenina que revele demasiado la piel.

En lo que respecta a las penas, los Emiratos Arabes Unidos es uno de los países del mundo que aun utiliza penas de castigo, incluyendo dentro de su repertorio de penas a la pena de muerte. (Wikipedia, 2022).

Dos de las penas más utilizadas dentro del sistema penal emiratí es la flagelación con uso de látigo y la lapidación. Estas penas son utilizadas como castigo para delitos penales como los abusos verbales, el consumo de alcohol, conducir bajo estado de ebriedad, muestras de afecto en público, el adulterio, el sexo prematrimonial, entre otros. “Según las sentencias de la corte de la Sharia, la flagelación oscila entre 80 y 200 latigazos.” (Preguntaz.com, s.f.). En algunos casos, como en los delitos de adulterio cometidos por personas casadas, la lapidación puede ser ejecutada hasta la muerte el penado.

Los crímenes contra la religión son algunos de los delitos más graves para los emiratíes y, por consiguiente, acarrean algunas de las penas más graves. Por ejemplo: La apostasía (negación o renuncia a la religión) es un crimen punible con la muerte.

Como pudimos ver a lo largo de este apartado, si bien es verdad que los Emiratos Árabes Unidos es uno de los países con menos criminalidad en el mundo, también podemos notar que el estilo de vida que sus habitantes llevan a cabo, es totalmente distinto al de la mayoría de los países del mundo, siendo notoria la existencia de una monarquía constitucional tradicionalista que se encarga de limitar, mediante un gran número de normativas, el accionar de los nativos.

5 – Chile

Para cerrar este capítulo decidí hacer mención de un país latinoamericano muy relacionado con Argentina, no solo por tratarse de un país limítrofe, sino también por la

similitud política y normativa que estos tienen entre sí, por eso, en este apartado hablaremos un poco de Chile.

Debido al haber sido también colonia española, la historia del derecho penal y de las penas en Chile es muy similar a la de nuestro país, la cual fuimos narrando a lo largo del capítulo III.

El cuerpo normativo que se encarga de regular los delitos y su punición en Chile es el Código Penal de la República de Chile, el cual se encuentra vigente desde 1874. Los tipos de pena que el código chileno reconoce se encuentran enumeradas taxativamente en su artículo 21, el cual establece: “Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente:

Penas de crímenes: Presidio perpetuo calificado. Presidio perpetuo. Reclusión perpetua. Presidio mayor. Reclusión mayor. Relegación perpetua. Confinamiento mayor. Extrañamiento mayor. Relegación mayor. Inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares. Inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad. Inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad. Inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que éste tenga una participación mayoritaria; o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública. Inhabilitación especial perpetua para algún cargo u oficio público o profesión titular. Inhabilitación absoluta temporal para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que éste tenga una participación mayoritaria; o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública. Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad. Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad. Inhabilitación absoluta

temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares. Inhabilitación especial temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular.

Penas de simples delitos: Presidio menor. Reclusión menor. Confinamiento menor. Extrañamiento menor. Relegación menor. Destierro. Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad. Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad. Inhabilitación absoluta temporal para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que éste tenga una participación mayoritaria; o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública. Inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas. Suspensión de cargo u oficio público o profesión titular. Inhabilitación perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal. Suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal. Inhabilitación absoluta perpetua para la tenencia de animales.

Penas de las faltas: Prisión. Inhabilitación perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal. Suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.

Penas comunes a las tres clases anteriores: Multa. Pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito.

Penas accesorias de los crímenes y simples delitos: Incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, en conformidad al Reglamento carcelario. Penas sustitutivas por vía de conversión de la multa. Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2022)

Como podemos vislumbrar del artículo citado, el sistema normativo chileno utiliza penas de carácter preventivo, puesto que no hay rastro alguno de ninguna de las penas de castigo mencionadas a lo largo de este trabajo. El último indicio de las penas de castigo en Chile data del año 2001, año en que la pena de muerte fue abolida en todo el territorio.

Pese a lo mencionado en el párrafo anterior, a diferencia de Argentina, hay un pequeño rincón normativo donde la pena de muerte subsiste en Chile, el Código de Justicia Militar, el cual permite la pena de muerte en tiempo de guerra, regulando esto en su artículo 216: “Son penas comunes las que figuran en la escala general del artículo 21 del Código Penal y las accesorias correspondientes. Son penas principales militares aplicables en conformidad al presente Código, las siguientes: Muerte, Presidio militar perpetuo, Reclusión militar perpetua, Presidio militar temporal, Reclusión militar temporal, Prisión militar, Pérdida del estado militar...” (Biblioteca del Congreso de la Nación de Chile, 2022).

Finalmente, según la World Population Review, la tasa de delincuencia en el territorio chileno es de un 53%, siendo ligeramente menor a la tasa que posee el territorio argentino. (World Population Review , 2022).

CONCLUSIÓN

Con el desarrollo del presente trabajo, hemos podido notar que nuestro país, no siempre fue poseedor de penas que amparen y garanticen los derechos de los delincuentes, puesto el sistema jurídico argentino no siempre se inclinó por el fin preventivo o reinserción de la pena.

Del mismo modo, esta tesis nos permitió “derrumbar” una falacia muy común, la cual consistía en asociar la delincuencia con el tipo de pena de turno, puesto que, gracias a los estudios y análisis criminalísticos citados, hemos podido notar que la tasa de delincuencia que existía durante la época de las penas de muerte y de castigo no era muy diferente a la observada durante el auge de los sistemas preventivos y de reinserción. Por lo que afirmar que “penas más severas reducirían la delincuencia” sería una idea totalmente errónea.

Por lo tanto, podemos decir que no existe un margen para determinar si un sistema es mejor que otro o si las penas de antaño son mejores que las actuales; ambas doctrinas son poseedoras de características distintas y de argumentos razonables y lógicos que encajaron en sistemas jurídicos de tiempos distintos.

Es por esto, que, por consideración propia, mantengo la idea de que “pena ideal” es aquella efectiva, vinculable a los sistemas jurídicos de turno y aceptada por sus sociedades contemporáneas. El fin de la pena es sancionar un acto delictivo, pero si la sanción a aplicar no encaja en el sistema jurídico de turno, vulnera más derechos de los que se ampara y es totalmente rechazada por la sociedad, esta no es una pena adecuada, debiéndose entonces buscar una que se adapte a los estándares del momento.

En la actualidad, vivimos en una época donde los derechos humanos ascienden por sobre cualquier otro y donde no dejan de reconocerse nuevos derechos gracias a la evolución y desarrollo de esta materia. Es por esto que me inclino por la idea de que la pena preventiva aplicada en miras de generar la reinserción del delincuente es la “pena ideal” de nuestra época.

Así mismo y, por último, también mantengo la idea de que la batalla contra la delincuencia no es algo que solo deba adjudicarse a los sistemas penales y sus penas, sino que es un fenómeno social sobre el cual existen varias teorías y que, por consiguiente, debe combatirse en distintos campos, por ejemplo:

Ana María Cerro y Osvaldo Meloni, dos doctrinarios argentinos afianzados a las ciencias económicas manifiestan que “el crimen se produce por una desviación en el comportamiento del individuo y sus causas deben buscarse en factores o circunstancias sociales o familiares que provocan ese desvío. Asimismo, hay que analizar la motivación propia del delincuente ya que las personas con más propensión al delito serán aquellas que no tienen proyectos o planes a largo plazo o no se preocupan por el futuro. Esto es así porque muchos delitos se pueden pensar como actos para obtener ganancias inmediatas y costos de largo plazo (el costo de ser atrapado tarde o temprano)” (Cerro & Meloni, 1999).

Edwin Sutherland, reconocido sociólogo estadounidense, afirmaba en su “Teoría de la Asociación Diferencial” que los delincuentes aprenden a obrar como tales de su interacción con otros delincuentes, lo que en otras palabras significa una persona tiene más probabilidades de cometer actos delictivos si tiene un alto nivel de interacción con grupos que se muestran a favor de infringir la ley. Según Sutherland, “una persona persigue un comportamiento delictivo en la medida en que se identifica con otra persona real o imaginaria desde cuya perspectiva el comportamiento delictivo parece aceptable”. (Sánchez, 2014)

Por otra parte, Travis Hirschi, otro sociólogo estadounidense, manifestaba en su “Teoría del Control Social” que los vínculos afectivos que las personas tienen para con su familia o la sociedad que lo rodea son fundamentales a la hora de construir un comportamiento delictivo. Según esta teoría “el principal elemento que disuade a los jóvenes de la delincuencia es su vinculación con personas bien integradas en la sociedad. Los cuatro mecanismos básicos mediante los que se establecería esta vinculación serían el apego emocional a otras personas, el compromiso con los objetivos sociales, la participación en actividades convencionales (familiares, educativas y otras), y las creencias favorables a los valores establecidos. Por último, según Hirschi, los ámbitos principales en que los jóvenes consolidarían tales vínculos, que le unirían a la sociedad, serían la familia, la escuela, los amigos, y los contextos de desarrollo de las propias actividades convencionales (educativas, deportivas, de ocio, etc.). Así, la falta de vinculación con los padres, la escuela, el grupo de amigos o iguales y con las pautas de acción convencionales rompen los mecanismos de vinculación social y predisponen al delito.” (Redondo Illescas & Garrido Genovés, 2013).

Si hay algo de lo que estamos seguros, es que la delincuencia y el miedo al crimen son materia de cada día en la vida de las personas y no solo afectan al bienestar de estas,

sino que también constituyen una amenaza al desarrollo de la sociedad y un obstáculo para las políticas de turno.

Por lo tanto, no deberíamos adjudicar toda la responsabilidad por la tasa delictiva del país a nuestro desactualizado Código Penal (el cual porta ya cien años y no regula ciertos delitos modernos como el grooming o los delitos informáticos). La simple decisión de agravar la severidad de las penas que nuestro sistema normativo reconoce, no va a solucionar este problema, que como pudimos ver, hace varios años azota al territorio argentino. La guerra contra la delincuencia es una batalla difícil que tiene que darse en distintos campos, no solo en las leyes y la política, sino también, en los hogares.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

- Alberdi, J. (1942). Fragmento preliminar al estudio del derecho. En F. d. Argentino (Ed.). Buenos Aires : Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2018-alberdi-juan-bautista-fragmento-preliminar-al-estudio-del-derecho.pdf>
- ÁMBITO. (2018). La inseguridad golpeó en 3 de cada 10 hogares en 2017. Obtenido de <https://www.ambito.com/informacion-general/la-inseguridad-golpeo-3-cada-10-hogares-2017-n4008087>
- Aragón , R. (2006). *Raul Aragon*. Obtenido de "ENCUESTA POLEMICA" El aborto, la pena de muerte y el divorcio dividen al creyente porteño. Obtenido de: http://www.raularagon.com.ar/_publicaciones.html
- Auguste-Louis-Armand Loiseleur Deslongchamps. (2018). *Leyes de Manu Manava Drama Shastra*. Obtenido de https://nanopdf.com/download/leyes-de-manu-manava-drama-shastra_pdf
- Beccaria , C. (1764). *Tratado de los delitos y las penas*. (P. p. Madrid, Ed.)
- Biblioteca del Congreso de la Nación de Chile. (4 de Marzo de 2022). *Decreto 2226*. Obtenido de Código de Justicia Militar. Obtenido de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=18914&idVersion=2022-03-04&idParte=>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (9 de Abril de 2022). *Código Penal*. Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984&idVersion=2022-04-09&idParte=>
- Binder, A. (2013). *Derecho Procesal Penal* (Vol. 1). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Carrara, F. (1959). *Programa del Curso de Derecho Criminal* .
- Cerro, A., & Meloni, O. (1999). *Análisis económico de las políticas de prevención y represión del delito en la Argentina*. Buenos Aires: Eudecor.
- Cid Ferreira , L., & Pisarello, M. (2017). *Revista "Cambios y Permanencia"* . Obtenido de La evolución del delito en relación con los contextos económicos en la Argentina contemporánea (periodo 1990-2015). Obtenido de: <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistacyp/article/view/7786/7964>
- Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. (2019). *Centro de Estudios e Investigaciones Laborales*. Segunda Encuesta Nacional. Obtenido de: <http://www.ceil-conicet.gov.ar/wp-content/uploads/2019/11/ii25-2encuestacreencias.pdf>
- Consulex. (s.f.). Obtenido de <http://consulex.com.ar/Legislacion/Leyes/L0021338.htm>
- Costa, J. (2007). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

- Death Penalty Informer Center. (2022). *Executions by State and Region Since 1976*. Obtenido de <https://deathpenaltyinfo.org/executions/executions-overview/number-of-executions-by-state-and-region-since-1976>
- Durán Migliardi, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. . *Revista de Derecho (Valdivia)*, 275. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000100013
- EcuRed. (s.f). *Dracón*. Obtenido de <https://www.ecured.cu/Drac%C3%B3n>
- Hegel, G. W. (1821). *La Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Claridad.
- Honorable Camara de Diputados de Buenos Aires. (s.f.). Recuperado el Artículo 27, de Constitución de Buenos Aires de 1873. Obtenido de: https://institucional.hcdiputados-ba.gov.ar/includes/const_1873.html
- Honorable Camara de Diputados de Corrientes . (s.f.). Recuperado el Artículo 24 (Pagina 3), de Constitución de Corrientes de 1864. Obtenido de: <https://hcdcorrientes.gov.ar/constituciones/cp/1864.pdf>
- Jescheck, H.-H. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada : Comares.
- Kant , I. (1797). *La Metafísica de las Costumbres* . Tecnos (2008).
- Kelsen, H. (1934). *Teoría Pura del Derecho*.
- Kitto , H. (1987). *Los Griegos (Traducción de Delfin Leocadio Farasa)*. Buenos Aires : Eudeba.
- Lancelotti, M. (1914). *La criminalidad en Buenos Aires: a margen de la estadística (1887-1912)*. Buenos Aires: Valerio Abeledo.
- Levaggi, A. (1978). *Historia del derecho penal argentino*. Buenos Aires - Argentina: Emilio Perrot.
- Ley 49/1863. (Articulo 2 de Pagina 96). Obtenido de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/wdebates/Ley.00049.Debate.Delitos.Juzgamiento.Tribunales%20Nacionales.pdf>
- López Diaz, C. (2013). *Revista "Pensamiento Penal"*. Código Penal alemán (traducido al español). Obtenido de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/35633-codigo-penal-aleman-traducido-al-espanol>
- Love, G. (s.f). *Cinco años en Buenos Aires 1820 - 1825*. CLARIDAD. Obtenido de: https://es.scribd.com/document/337786834/Cinco-Anos-en-Buenos-Aires-1820#_search-menu_562931
- Luarna Ediciones. (s.f.). Código de Hammurabi traducido. Obtenido de <http://www.ataun.eus/BIBLIOTECAGRATUITA/CI%C3%A1sicos%20en%20Español/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>
- Marteau, J. (2003). *Las palabras del orden. Proyecto republicano y cuestión criminal en Argentina (Buenos Aires, 1880-1930)*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (s.f.). *InfoLEG*. Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#3>
- Ministerio de Seguridad de la Nación. (2021). *Estadísticas Criminales de la República Argentina*. Obtenido de <https://estadisticascriminales.minseg.gob.ar/#>
- Narosky, S. (2021). *Cronista*. Obtenido de Encuesta: por qué los argentinos se sienten más inseguros y qué piensan de las medidas para contener los delitos. Obtenido de: <https://www.cronista.com/economia-politica/encuesta-la-pobreza-la-marginalidad-y-la-impunidad-entre-las-principales-causas-de-la-inseguridad/>
- OAS. (2021). *Organizacion de los Estados Americanos* . Obtenido de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Olaeta, H. (2015). *SciELO*. Obtenido de Surgimiento de las estadísticas criminales en Argentina. La influencia de los discursos criminológicos en la producción y análisis de datos de la Ciudad de Buenos Aires (1885-1921). Obtenido de: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2468-99632015000200003
- Ossorio, M. (1974). *Diccionario de Ciencias Juridicas Politicas y Sociales*. Guatemala: Datascan.
- Preguntaz.com*. (s.f.). Obtenido de <https://preguntaz.com/article/emiratos-arabes-unidos/ley>
- Real Academia Española. (s.f). *Criminalidad*. Diccionario de la lengua española. Recuperado el 25 de noviembre de 2021, de <https://dle.rae.es/criminalidad>.
- Real Academia Española. (s.f). *Prevención*. Diccionario de la lengua española. Recuperado el 25 de noviembre de 2021, de <https://dle.rae.es/prevenci%C3%B3n>.
- Redondo Illescas, S., & Garrido Genovés, V. (2013). *Principios de la criminología*. Valencia : Tirant lo Blanch.
- Reina Valera. (2009). Obtenido de <https://media.ldscdn.org/pdf/lds-scriptures/holy-bible/holy-bible-spa.pdf>
- Reyes Echandía , A. (s.f.). *Derecho Penal* . Editorial TEMIS (2007).
- Roxin, C. (1976). *Sentido y Límites de la Pena Estatal. En problemas básicos de Derecho Penal*. Madrid: Reus.
- Sánchez, M. (2014). *Delito, asociación e imitación. Leyendo a Sutherland con Tarde*. Mexico : Alegatos .
- Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino* (Vol. II). Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina.
- Suriano, J. (2000). *La cuestión social en Argentina, 1870 - 1943*. Buenos Aires: La Colmena.
- von Feuerbach, P. (1801). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*. Buenos Aires: Hammurabi (2007).

Wikipedia. (12 de Julio de 2022). Obtenido de https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Pena_de_muerte_por_pa%C3%ADs

Wikisource. (s.f.). Recuperado el Artículo 45, de Constitución de Entre Rios de 1903: https://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_Entre_R%C3%ADos_de_1903

Wilde, J. (s.f.). Buenos Aires desde setenta años atrás. Biblioteca Virtual Universal. Obtenido de <https://biblioteca.org.ar/libros/71300.pdf>

World Population Review . (2022). *Crime Rate by Country 2022*. Obtenido de <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/crime-rate-by-country>