

CAPÍTULO III

APLICACIÓN DE LA LEY EN EL ESPACIO

SUMARIO: I. Introducción. II. Los principios. 1. Principio territorial. a) Territorio. b) Lugar de comisión del delito. 1º) Teoría de la actividad o de la manifestación de la voluntad. 2º) Teoría del resultado. 3º) Teoría de la ubicuidad. 2. Principio real, de protección o de defensa. 3. Principio de la personalidad o de la nacionalidad. a) Personalidad activa. b) Personalidad pasiva. 4. Principio universal, de justicia mundial o cosmopolita. 5. Principio de subsidiariedad. III. El artículo 1º del Código Penal argentino: sistema que se adopta. 1. Introducción. 2. Antecedentes. a) El Código Tejedor. b) El Proyecto Villegas, Ugarriza y García. c) El Proyecto de 1891. d) El Proyecto de 1906. e) La crítica del doctor Herrera. f) El Proyecto presentado a la Cámara de Diputados en 1916. g) El despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. h) Las modificaciones propuestas por el doctor Rojas. i) Las reformas del Senado. 3. Análisis del artículo 1º del Código Penal. a) Introducción. b) El principio que sigue la ley. 1º) El territorio. 2º) Alcance del territorio. c) Los problemas concretos. 1º) Igualdad de nacionales y extranjeros. 2º) Lugar de comisión del delito. 3º) Casos de delitos permanentes, continuados y habituales. 4º) Tentativa. 5º) Autoría y complicidad. 4. El inciso 2º del artículo 1º del Código Penal.

I. Introducción

Se ha hablado en la primera parte de que la ley penal es la manifestación de la voluntad popular, motivo por el cual se exige cierto consenso social. Pero al mismo tiempo, es el Estado quien debe dictar las leyes, de modo que la vigencia de la ley, en principio, se ejerce dentro de los límites del Estado¹.

La aplicación de la ley penal persigue principalmente la imposición de una pena a quien ha violado la norma, mediante una acción u omi-

¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 717.

sión dentro del marco antes enunciado². Esto presupone una relación entre el Estado y el autor de la infracción normativa³, que viene a fundamentar la actuación estatal sobre la conducta del sujeto. Esta relación es la que se encuentra presente en los principios que gobiernan estos fundamentos como punto de conexión que legitima la actuación del *ius puniendi* del Estado. Actualmente hay que agregar otros principios que tienen que ver más que nada con la llamada solidaridad interestatal⁴.

En síntesis, bien se puede afirmar, desde esta perspectiva, que el dictado de las normas penales es una de las formas de expresión de la soberanía del Estado y, por ende, aparece como la manifestación de ésta⁵.

El principio básico está dado por las palabras de Jiménez de Asúa: "La eficacia imperativa de las leyes penales y el ejercicio de la jurisdicción penal, es una manifestación de la soberanía del Estado. Es, por tanto, evidente que a la potestad estatal corresponde aplicar sus propias leyes sobre delitos y penas dentro del territorio en que ejerce su soberanía, con exclusión completa de las leyes extranjeras. Pero esta doctrina no deja de estar controvertida y exigir complementos"⁶.

Fijado el concepto básico, por lo menos en el Derecho Penal tradicional, hay que agregar ahora que los Estados no están aislados sino que deben coexistir junto con otros Estados de modo que es necesario saber cuál es la ley aplicable al caso. En otras palabras, es debido a la coexistencia de los ordenamientos penales de los distintos Estados

² En la llamada "teoría de los imperativos" por Bacigalupo. El autor señala que otro sector de la doctrina sostiene que los principios del Derecho Penal Internacional se fundamentan en la autoprotección del Estado y la solidaridad entre los Estados y que "una decisión referente a estas dos diferentes posiciones depende en una gran medida de la teoría de la norma que se tenga por fundamento" (BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., ps. 185/186).

³ En la llamada "teoría de los imperativos" (BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 185).

⁴ El de nacionalidad pasiva, sin embargo, no encuentra fundamento ni en la relación entre el autor y el Estado ni en la solidaridad internacional (BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 185).

⁵ FIERRO, Guillermo J., *La ley penal y el Derecho Internacional*, 2ª ed., Tea, Buenos Aires, 1997, p. 51. En el mismo sentido, SMOLIANSKI, Ricardo D., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 54.

⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 750.

que se hace preciso determinar cuál es la ley aplicable, teniendo en cuenta el sitio de realización material de los actos o los efectos de los hechos que se califican como delictuosos, la nacionalidad del autor o de la víctima del suceso, o bien, principios de justicia universal, según sean los supuestos de que se trate.

Cada sistema penal nacional determina su alcance espacial⁷. Se trata, en consecuencia, de reglas de Derecho interno que dicta unilateralmente un Estado para establecer la extensión del Derecho nacional o "el alcance espacial de la ley penal de cada Estado"⁸. Se trata de delimitar el ámbito dentro del cual es posible el ejercicio de esa voluntad soberana del Estado, que quedará condicionada por el espacio reconocido como suyo por la propia comunidad internacional⁹.

La materia estudiada ha recibido diversas denominaciones entre los autores: validez espacial de la ley, validez de la ley penal con relación al espacio¹⁰, ámbito de validez de la ley, efectos de la ley en relación al territorio¹¹, derecho de aplicación penal o derecho de aplicación del Derecho Penal¹², "ámbito de aplicación de la ley".

Un sector de la doctrina entiende que la cuestión decisiva no es la validez espacial de la ley sino frente a quién rigen las normas del Derecho Penal, a cuyos hechos la ley del Estado será aplicable¹³. Es

⁷ BOGGIANO, ob. cit., ps. 10 y ss.; CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 108.

⁸ NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Marcos Lerner, Córdoba, ps. 157/158.

⁹ SMOLIANSKI, *Manual de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 54.

¹⁰ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., p. 156. Esta denominación no resulta procedente para un sector de la doctrina, que entiende que el "espacio" constituye un elemento secundario, ya que la cuestión decisiva es saber "frente a quién rigen las normas del Derecho Penal; a los hechos de quiénes deben ser aplicadas" (STRANTENWERTH, Günther, *Derecho Penal. Parte general*, trad. a la 2ª ed. alemana de Gladis N. Romero, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 1999, p. 39).

¹¹ Denominación de Rivarola (*Derecho Penal argentino*), criticada por Soler, pues esta materia excede el concepto natural de territorio delimitado por sus fronteras y tiene en cuenta el concepto jurídico del mismo (SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., p. 190).

¹² MAURACH, Reinhart, en MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho Penal. Parte general* cit., t. I, *Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punitivo*, p. 173.

¹³ STRANTENWERTH, *Derecho Penal. Parte general* cit., 4ª ed., 2005, p. 97.

que, conforme Maurach, Zipf y Gössel, el punto no se reduce “al objetivo de fijar eventuales límites para el Derecho Penal nacional. Su interés radica más bien en determinar las áreas de los hechos y de los autores que deban quedar bajo su imperio; los puntos de conexión decisivos los obtiene, como es obvio, del lugar de comisión del hecho y de la nacionalidad del autor”¹⁴.

Ha sido diversamente definida por los autores: von Rohland la identificó como “el conjunto de principios de derecho por los cuales el Estado, como miembro de la comunidad internacional, determina el valor territorial de sus normas y leyes penales respecto a las personas y a los bienes jurídicos”, y por Martita como “el sistema de reglas de derecho concernientes a la aplicación al extranjero del Derecho Penal nacional o, mejor dicho, del Derecho Penal interno”. En tanto para Meili es “el conjunto de leyes y principios de derecho que resultan del hecho de que los actos delictivos parezcan caer bajo el imperio de leyes penales de otros Estados políticamente independientes unos de otros”, y para Donnedieu de Vabres es “la ciencia que determina la competencia de jurisdicciones penales del Estado frente a las jurisdicciones extranjeras, la aplicación de sus leyes criminales en orden a los lugares y a las personas que ellas rigen, y la autoridad sobre su territorio de las sentencias represivas extranjeras”. Vieira entiende que el Derecho Penal Internacional encara por regla general las acciones punibles de los individuos que por una u otra razón poseen elementos supranacionales o extranjeros, derecho elaborado en su casi totalidad por el ordenamiento interno del Estado cuando establece sus propias leyes represivas y la consideración a la ley penal foránea. Por último, Quintano Ripollés estima que la cuestión es de naturaleza procesal no penal, impugnando la naturaleza supuestamente internacional de las normas que regulan el ámbito espacial del derecho punitivo de cada Estado¹⁵.

II. Los principios

Existen cuatro principios¹⁶ o sistemas, en palabras de Jiménez de

¹⁴ MAURACH, en *Derecho Penal. Parte general* cit., t. 1, p. 174.

¹⁵ Todos los autores son citados por FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., ps. 56/57.

¹⁶ Fierro enumera cinco principios: territorial, real, de la personalidad, de la justicia

Asúa, que regulan la ley que corresponde aplicar. Ellos son: a) el principio de territorialidad; b) el principio de la personalidad, personal o de la nacionalidad (activa o pasiva); c) el principio real, de protección o de defensa, y d) el principio de justicia mundial o universal o cosmopolita.

Ninguno de ellos satisface por sí solo las exigencias actuales de la represión, por lo que en la actualidad, la materia se regula a nivel mundial con diversas combinaciones entre los principios enumerados¹⁷. Sin embargo, ningún Estado puede prescindir del principio territorial, pues resulta inadmisibles que se desentienda de los hechos criminales ocurridos dentro del ámbito de su jurisdicción territorial y ellos queden impunes o sujetos al juzgamiento por parte de una ley o Estado extranjero¹⁸. Este principio, por tanto, no es suficiente, pero sí necesario para determinar el alcance de la ley penal¹⁹.

La doctrina no es unánime respecto del carácter de regla general del principio de territorialidad y de excepciones a éste conformadas por los restantes. Cuello Contreras sostiene que no es adecuado hablar, en los casos de ultraterritorialidad de la ley, de *excepciones* al principio de territorialidad²⁰, aunque mayoritariamente se sostiene que sí configuran excepciones²¹.

supletoria y universal (FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit.); JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, ps. 750 y ss.

¹⁷ FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 207. En el mismo sentido, SMOLIANSKI, *Manual de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 54; CREUS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 111; NUÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., p. 160; SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., p. 190.

¹⁸ FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 209; JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, ps. 751 y 760.

¹⁹ FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 207; BOGGIANO, ob. cit., ps. 10 y ss.

²⁰ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 264. En el mismo sentido, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée explican que la aplicación extraterritorial es tan amplia que puede sostenerse como principio básico uno “mixto territorial-extraterritorial” en el Derecho español (BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal* cit., vol. I, p. 112). Dentro de este grupo de autores, un sector considera que se trata de criterios complementarios del principio territorial: CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* cit., t. I, p. 248; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., p. 133; SMOLIANSKI, *Manual de Derecho Penal. Parte general* cit.

²¹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte general I* cit., p. 205; MUÑOZ

Tampoco existe acuerdo respecto del principio que resulta ser la regla básica: la mayor parte de la doctrina estima que lo es el principio territorial, pues la "relación entre potestad punitiva, soberanía y territorio determina que el punto de partida para establecer la competencia sea precisamente el territorio, lo que conlleva el respeto a la soberanía de los demás Estados cuando la ejercen sobre delitos cometidos dentro de sus fronteras"²².

Sin embargo, un grupo de autores considera que queda materialmente en primer lugar el principio real, pues "todo Estado, en la configuración y extensión de su Derecho Penal, parte de la protección de intereses"²³. En efecto, algunos autores no encuentran en el principio territorial más que una aplicación del real o de protección y estiman que la relación física de territorio a delito no aparece como una base científica para aplicar la ley penal, como lo demuestra el gran número de excepciones que las necesidades de defensa imponen al principio territorial; la protección del bien jurídico atacado por el delito, aunque sea cometido en el extranjero, constituye la base más racional en la actualidad para fundamentar la aplicación de la ley²⁴. Los demás principios son recogidos tan sólo como una forma de limitar o concretar el primero²⁵.

CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general* cit., ps. 165/166; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 167; SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., p. 190. Bacigalupo las considera "extensiones del ámbito de aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio" (*Derecho Penal. Parte general* cit., p. 181).

²² MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 166.

²³ MAURACH, ZIPF y GÖSSEL, *Derecho Penal. Parte general*, t. 1, *Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible* cit., p. 175. En el mismo sentido, CABRAL, Luis, *El ámbito de aplicación espacial de la ley penal y los llamados "efectos" del delito*, en L. L. 46-892, al destacar que, en su opinión, "el fin último de la ley penal se encuentra en la necesidad de proteger los bienes o intereses jurídicos existentes bajo la jurisdicción del Estado que la promulga", concepción que coincide con el "fin de protección de bienes jurídicos" de la ley penal.

²⁴ CABRAL, *El ámbito de aplicación espacial de la ley penal y los llamados "efectos" del delito* cit.

²⁵ MAURACH, en *Derecho Penal. Parte general* cit., t. 1, p. 175.

1. Principio territorial

El principio de territorialidad tiene su momento de importancia en Francia, en la Revolución Francesa, debido a la lógica reacción contra el antiguo régimen, que había consagrado como norma absoluta el criterio de personalidad. Las aspiraciones igualitarias apoyaban la fórmula territorialidad, que se apoyaba en autores como Rousseau y Montesquieu²⁶. Lo explica Pessina que "en el Derecho Romano, el principio de la territorialidad se manifestó vigoroso [...] El orgullo nacional de Roma la llevaba a considerar su territorio casi inviolable, pero sin reconocer igual derecho en las demás naciones". Luego, en la Edad Media, toma vigencia el principio de la personalidad, y en la actualidad, ante todo, la ley penal tiene eficacia en el territorio del Estado y rige sobre todos los que en él se encuentran²⁷, luego de imponerse nuevamente con el triunfo de la Revolución Francesa²⁸.

Este principio determina que la ley del Estado se aplicará exclusivamente a los delitos cometidos en su territorio, sin atender a la nacionalidad del autor ni a la del titular del bien jurídico. De modo que dentro de estos límites, la ley penal se aplica al autor con prescindencia de la condición de nacional o de extranjero, de domiciliado o de transeúnte, y prescindiendo también de las pretensiones punitivas de otros Estados²⁹. Dicho de manera más clara, la ley de un país se aplica a todo el que se halle en él, ciudadano o extranjero, y que cometa un hecho punible en el territorio estatal contra un bien jurídico cualquiera, ya sea que pertenezca a un nacional o a un extranjero³⁰.

Éste ha sido el primer principio aceptado por los legisladores como límite al imperio del Derecho nacional. Antiguamente las excepcio-

²⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 751.

²⁷ PESSINA, Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, trad. por Hilarión González del Castillo, Reus, Madrid, 1936, ps. 224/226.

²⁸ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 240.

²⁹ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., p. 191; JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 751.

³⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 751.

nes que podían encontrarse carecían de un fundamento jurídico; se trataba de meras situaciones de hecho³¹.

Lo fundamental para este principio es el lugar de comisión del ilícito: a los delitos cometidos dentro del Estado o en los lugares sujetos a su jurisdicción –lugares en que el Estado ejerce facultades legislativas– se les aplicará la ley punitiva por él sancionada³². Como contrapartida, “la exclusividad del principio territorial lleva a establecer que los delitos perpetrados fuera del territorio no son punibles por la ley del país”³³.

Como bien lo ha hecho ver Jiménez de Asúa, este principio, aplicado de manera absoluta llevaría a monstruosidades jurídicas, que se evitan al ser sólo proclamado como base de su régimen espacial³⁴.

La territorialidad se basa en la soberanía, expresión que sintetiza la idea de independencia de los Estados³⁵. Es más, el principio tiene que ver con el Estado-Nación, aunque después de la Segunda Guerra Mundial, y la tendencia cada vez mayor de ver algunos delitos de tal gravedad que cualquier Estado puede juzgar, lleva a la crisis del Estado-Nación. Basta ver la Unión Europea y el incipiente sistema de la Corte Interamericana para visualizar el fenómeno. En síntesis, la crisis del principio territorial viene de la mano de la crisis del Estado-Nación.

Es que el principio de territorialidad implica tanto la exclusión de otros Estados para que intervengan en hechos cometidos en el territorio propio como la autoexclusión por los sucesos cometidos en territorios extranjeros³⁶. Es que “ningún Estado está llamado a ocuparse de es-

³¹ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., ps. 159/160, con cita de CARRARA, *Programma*, § 1035.

³² CREUS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 108.

³³ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 751.

³⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 751.

³⁵ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal* cit., p. 111; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Introducción y Parte general*, 16ª ed. actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 124.

³⁶ Fierro, con cita de Rousseau, destaca que el concepto de soberanía reconoce dos aspectos: “el positivo, que consiste en el poder jurídico reconocido al Estado para posibilitarle el ejercicio de sus deberes y derechos, tratándose además de una

tabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo”³⁷. Con acierto señala Stratenwerth que “la pretensión de validez de cada ordenamiento jurídico-penal no puede ser universal”³⁸. Y esto es cierto, hasta el punto de que el riesgo que se corre con la eliminación de este principio es la vuelta a que los Estados poderosos se apropien de la realización de la justicia, siempre desde sus intereses, ahora así nacionales.

Por eso, el principio de territorialidad conserva la idea de garantía contra una intervención punitiva abusiva del Estado³⁹.

Señala Fierro que la soberanía estatal, en su aspecto interno, no es sino “la facultad que tiene un determinado país de regular la conducta humana y las relaciones jurídicas dentro de su territorio con absoluta prescindencia de todo otro poder extraño”. De ello se desprende en forma incuestionable, sostiene el autor, el fundamento⁴⁰ que asiste al principio territorial en la aplicación de la ley penal⁴¹.

La razón se ha visto también en la pretensión soberana de los Estados de que se respete la ley en su territorio y en la obligación de todas las personas de respetar la ley del Estado en que se encuentran⁴². La aplicación de la ley penal del Estado en su ámbito territorial

noción funcional; y el negativo, donde se destaca el exclusivismo, esto es, la facultad de excluir en el territorio propio en el cual se la ejerce, cualquier otra competencia estatal extraña” (FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 210). SMOLIANSKI, *Manual de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 54.

³⁷ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general* cit., *Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 133.

³⁸ STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 97.

³⁹ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal* cit., p. 111.

⁴⁰ Sin embargo, el autor se encarga de destacar que no existe identidad entre el principio territorial y el concepto de soberanía, la cual es mucho más amplia y se ejerce incluso cuando se aplican otros principios (como los de defensa y nacionalidad). También indica que no debe confundirse jurisdicción con soberanía, pues la primera puede ser ejercida o no sin que por ello se resigne la segunda (como ocurre en ciertos casos de tránsito inocente por el mar territorial) (FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 210).

⁴¹ FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 209.

⁴² STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte general* cit., 2ª ed., 1999, p. 40. El autor cita a Jescheck, Samson, Schmidhäuser y Schönke, Schröder y Eser, y señala asimismo que “nadie está obligado a regirse por normas jurídico-penales que no per-

se funda, según Núñez, en el sometimiento de los individuos que actúan dentro de su territorio a la soberanía que abraza ese ámbito⁴³.

La Corte Suprema argentina sostuvo que cuando el país asume (o reasume) la plenitud de su soberanía y del ejercicio de la jurisdicción como atributo de ésta, ningún otro país puede reclamar el juzgamiento de crímenes en extraña jurisdicción⁴⁴. Este criterio da la pauta de la supremacía del principio territorial sobre los restantes en la legislación y jurisprudencia argentinas⁴⁵.

Asimismo, Donnedieu de Vabres sostiene que existen motivos de prevención general de la pena como fundamento de este principio. Por un lado menciona motivos de interés social: la alarma social que el hecho delictivo genera en el seno de la sociedad donde se cometió y la necesidad de proximidad e inmediatez de la reacción estatal como condición de la eficacia del castigo permiten afirmar que el principio territorial es el que mejor satisface las exigencias del fin de la pena. También indica que muy probablemente en el lugar de los hechos se encontrarán las pruebas necesarias para el juzgamiento de ellos⁴⁶. Por otro lado, señala motivos de interés individual. Fierro

tenecen al orden jurídico en el que vive”, concepción que se corresponde con el concepto funcional de territorio. En el mismo sentido, SMOLIANSKI, *Manual de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 54.

⁴³ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., p. 167.

⁴⁴ CSJN, S.XXXVIII, “Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad, etc. (Pobrete) causa nro. 17.768”, rta.: 14-6-2005, referido a crímenes de lesa humanidad y la imposibilidad de invocar el principio universal por sobre el principio territorial luego de la sanción de la ley 25.779.

⁴⁵ En el mismo fallo, reforzando este razonamiento, se ha sostenido que si el Estado no ejerce su soberanía por medio de la jurisdicción en función del principio territorial, entra a operar el principio universal y cualquier país puede ejercer su jurisdicción y juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio nacional por ciudadanos y habitantes de la República; y más adelante se afirmó que el principio universal en materia penal tiene carácter subsidiario, o sea, que cualquier país está habilitado para juzgar los crímenes contra la humanidad, pero a condición de que no lo haya hecho el país al que incumbía el ejercicio de la jurisdicción conforme al principio de territorialidad: CSJN, S.XXXVIII, “Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad, etc. (Pobrete) causa nro. 17.768”, rta.: 14-6-2005, del voto del Dr. Zaffaroni.

⁴⁶ También: CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 240; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 167; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., p. 133.

afirma que “el presunto autor no debe ser sometido a los rigores de una ley extranjera que no conoce” así como destaca que el principio territorial respeta plenamente la igualdad ante la ley, “pues dondequiera que cometa un hecho delictivo, nacional o extranjero, será igualmente juzgado”⁴⁷.

Se ha señalado que un sector de la doctrina ha entendido que el principio territorial sólo puede entenderse como una expresión del principio real o de defensa. Cabral estima que en la actualidad se han planteado tantas excepciones al principio territorial que ha perdido su condición de principio, quedando como único válido y razonable para la aplicación de la ley penal el real o de defensa pues éste se convierte en el único común denominador para explicar satisfactoriamente todos los casos. En definitiva, el fin último de la ley es la necesidad de proteger los bienes e intereses jurídicos bajo la jurisdicción del Estado que sanciona dicha ley⁴⁸.

En síntesis, afirma Jiménez de Asúa que la crítica rechaza la absoluta admisión de los principios aislados. El sistema de territorialidad en su rígido sentido es por demás estrecho; el de justicia universal, demasiado amplio. El del principio realista le hace incompatible con la época moderna. Y tampoco puede regir por sí solo el de personalidad, por las ficciones a que acude para superar su angostura. Y agrega que el régimen imperante en las legislaciones vigentes es el de territorialidad, como principio general, por ser el que mejor sirve a las concepciones actuales, pero completándolo con los de nacionalidad (personalidad), de protección (o real) y de la comunidad de intereses.

La aplicación de este principio supone desentrañar dos cuestiones fundamentales: el concepto de territorio y la determinación del lugar de comisión del delito.

⁴⁷ FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 213, con cita de Donnedieu de Vabres.

⁴⁸ FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 212, con cita de Binding, y CABRAL, *El ámbito de aplicación espacial de la ley penal y los llamados “efectos” del delito* cit., ps. 891/905.

a) *Territorio*

El concepto jurídico del territorio no coincide con el término geográfico. El territorio, en sentido jurídico, se extiende a todos los lugares donde se ejerce la soberanía del Estado e incluye al terreno geográfico (terreno dentro de los límites naturales o convencionales fijados con los Estados limítrofes, y sus aguas interiores), el mar territorial, el lecho y subsuelo submarino, el espacio aéreo sobre ese suelo y mar (excluyendo el espacio sideral y los cuerpos celestes, incluida la Luna). Asimismo se extiende el concepto a los lugares donde el Estado ejerce su jurisdicción, como lo son las naves y aeronaves que enarbolan el pabellón nacional⁴⁹. En palabras de Jiménez de Asúa, "Territorio de un Estado es la porción de superficie terrestre, sea de tierra firme o de agua, sometida a la soberanía del Estado, que se extiende a los espacios del subsuelo y del aire en que pueda desenvolverse una actividad humana, así como a las cosas sobre las que se ejerce potestad estatal (buques y aeronaves), y a porciones del suelo extraño sobre el que alcanza su dominio conforme a principios del Derecho Internacional. En suma: el territorio jurídico no es el territorio nacional, sino —como observa Binding— 'el territorio de la soberanía del Estado' (H., p. 406 y G., § 29, I, q)"⁵⁰. Con lo cual estamos en condiciones de afirmar que el territorio no es un concepto geográfico, sino político-normativo. Por eso se lo ha definido como "toda porción del espacio y conjunto de cosas sobre que se extiende el poder del imperio de un Estado"⁵¹. Soler lo expresa de la siguiente manera: "El carácter jurídico y no físico de este concepto está indicado por el propio Código Penal cuando somete a la ley argentina inmediatamente no sólo los

⁴⁹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "Compete [...] a los jueces de la República la aplicación de las leyes nacionales para el juzgamiento de estos ilícitos, pues fueron consumados durante un vuelo transoceánico, donde ningún Estado ejerce su soberanía, en una aeronave privada de matrícula argentina, y su puerto de aterrizaje fue en territorio nacional" (CSJN, Comp. N° 537.XLI, "Descalzo, Nicolás Luis s/Presunto hurto y presunta inf. al art. 194 C. P.", del dictamen del Procurador General que la Corte hizo suyo).

⁵⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 771.

⁵¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, ps. 771/772.

delitos cometidos en el territorio de la República sino también en los lugares sometidos a su jurisdicción"⁵².

Las sedes de las embajadas, representaciones diplomáticas, etcétera, forman parte del territorio del Estado en que se encuentran. Se ha abandonado la ficción que sostenía que representaban un trozo del territorio del Estado representado⁵³.

b) *Lugar de comisión del delito*

Jiménez de Asúa explica la cuestión afirmando que el injusto está integrado por tres elementos: la manifestación de voluntad, el resultado y la relación causal que los une, de allí que debe tomarse en cuenta estos aspectos para analizar el lugar de comisión del delito⁵⁴. Bacigalupo afirma que el delito tiene diversos elementos que pueden separarse conceptualmente y que la definición del lugar de comisión del delito puede vincularse al lugar en el que se haya producido alguno de esos elementos⁵⁵.

Para determinar en qué lugar se considera cometido el delito —y por ende, la ley aplicable— se han desarrollado diferentes teorías. Es claro que no existe problema alguno en aquellos casos que se han desarrollado totalmente dentro de un mismo Estado. El problema está cuando ello no sucede y existen diversos lugares desde la primera manifestación de la voluntad hasta el resultado. En otras palabras, el *iter criminis* pasa por diversos Estados (y ello es cada vez más frecuente con el aumento de la criminalidad internacional, el avance de los medios de transporte, la globalización, etc.), de modo que más de uno de éstos puede reclamar la pretensión punitiva del hecho o, por el contrario, negarla simultáneamente en base a las distintas teorías que se han desarrollado.

1º) *Teoría de la actividad o de la manifestación de la voluntad*

La teoría coloca el acento en el lugar de la manifestación de la

⁵² SOLER, ob. cit., t. I, p. 164.

⁵³ FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal. Introducción y Parte general* cit., ps. 126/129.

⁵⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 823.

⁵⁵ BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 177.

voluntad del agente, pues entiende que es allí donde la conducta humana concreta el tipo penal⁵⁶. Será aplicable la ley del lugar en que se realiza la acción prohibida o se omite la acción debida⁵⁷, “donde el autor exteriorizó su querer o donde debió exteriorizarlo (omisión)”⁵⁸.

Esta postura tiene en cuenta “el desvalor de acción y el efecto preventivo general, ya que en ese lugar el sujeto se opone al Derecho”⁵⁹. El lugar de ejecución del comportamiento delictivo no puede ser otro que aquel en el cual el autor efectuó la conducta descrita en la norma. Se fundamenta en que “lo que da lugar al castigo penal no es la prohibición en sí, sino la circunstancia de que el infractor ha obrado en contra de lo dispuesto por el Derecho...”⁶⁰

Los sostenedores de esta teoría indican que si se toma en cuenta el resultado no es posible dar una solución uniforme a todos los casos, porque hay delitos sin resultado (los delitos de pura actividad y las hipótesis de tentativa). Asimismo, se han señalado distintos casos que recibirían soluciones insatisfactorias si se tiene en cuenta el resultado (la realización de la acción en un estado de incapacidad de culpabilidad, mientras que el resultado se produce cuando ya ha recuperado el autor la normalidad⁶¹; los cambios legislativos que podrían sobrevenir en el tiempo que va desde la actuación del autor hasta la producción del resultado, en los delitos a distancia⁶²; las dificultades para determinar el lugar del resultado⁶³, y el problema

⁵⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte general*, t. II, *Teoría jurídica del delito*, Bosch, Barcelona, 2000, vol. I, p. 174.

⁵⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte general I* cit., p. 210.

⁵⁸ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 274.

⁵⁹ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal* cit., p. 114.

⁶⁰ FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 270.

⁶¹ BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 178, con cita de FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18^o ed., 1931, § 3. IV.

⁶² BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 178, con cita de LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 138.

⁶³ BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 178, con cita de FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* cit.

que conlleva el caso cuando la misma acción produce resultados en más de un país)⁶⁴.

2^o) Teoría del resultado

Se basa en la lesión del bien jurídico⁶⁵: la misión del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, por lo tanto, el lugar donde se produzca la lesión determinará la ley aplicable al hecho. En los casos de omisión, debe tenerse en cuenta el lugar “donde debió producirse el resultado cuya omisión se castiga”⁶⁶.

Este criterio fue defendido coherentemente con su teoría causal por Franz von Liszt⁶⁷, quien explicaba que debe erigirse como lugar de comisión aquel en el que la serie causal en curso alcanza el objeto amenazado: es preciso reconocer la posibilidad de que el Estado donde se produce el resultado sancione la perturbación que sufrió en su orden interno.

La postura no tiene en cuenta la perspectiva psicológica de la resolución de la voluntad, sino que aprecia “la incidencia que tales conductas del hombre tienen en el ámbito de los bienes que a cada legítimo titular de los mismos le son protegidos jurídicamente [...] considera el efecto nocivo que la acción produce en los bienes jurídicos protegidos”⁶⁸.

La acción humana es tomada tan sólo como un presupuesto necesario pero insuficiente para determinar el lugar de ejecución del delito. Además de “ese elemento básico, precisa que la manifestación de voluntad personal sea singularmente nociva socialmente, y por ello típicamente relevante y desvalorada por la norma incriminadora”. Se

⁶⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 824.

⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal* cit., p. 114.

⁶⁶ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 274.

⁶⁷ BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 178, donde cita a LISZT, *Das Reichsstrafrecht*, 1881, p. 74. Jiménez de Asúa en la cita 410, antes mencionada, afirma que sigue la teoría de la manifestación de voluntad.

⁶⁸ POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte general* cit., t. II, p. 175.

le da prioridad al desvalor de resultado frente al desvalor del acto, por conferir prioridad valorativa a la producción del resultado típico⁶⁹.

3º) *Teoría de la ubicuidad*

En esta posición aparece Binding⁷⁰ como uno de sus principales defensores, y propone que se entienda que el delito se ha cometido tanto donde se ha realizado la acción como en el lugar de producción del resultado⁷¹, pues es suficiente con que alguno de estos momentos haya tenido lugar en el territorio nacional: cualquiera basta como punto de conexión.

Ésta es la opinión dominante de modo que se aplicará la ley del Estado tanto a los hechos en los que el agente ha actuado dentro del territorio, como en aquellos cuyo resultado se haya producido en él⁷², que de alguna manera se encuentra en el artículo 1º del Código Penal.

Esta postura toma en cuenta tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado, ya que entre los dos se constituye una unidad típicamente considerada, de modo que el delito “no se comete exclusivamente ni en el momento de la acción ni en el momento de la producción de la muerte, sino en ambos”⁷³. El “resultado” se refiere a aquel previsto en el tipo de un delito, no a los otros efectos o consecuencias que no pertenezcan a él⁷⁴, ni siquiera si fuese relevante para la determinación de la pena⁷⁵. Asimismo es irrelevante si el tipo exige un resultado de lesión o de peligro⁷⁶. En los casos de los delitos de peligro abstracto, su lugar de comisión será el de la ejecución de la acción y el de un eventual resultado intermedio típico⁷⁷.

⁶⁹ POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte general* cit., t. II, ps. 174/175.

⁷⁰ BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 180, con cita de BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, t. I, ps. 414/423.

⁷¹ SMOLIANSKI, *Manual de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 56.

⁷² JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, t. II, p. 824.

⁷³ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 171.

⁷⁴ MAURACH, ZIPF y GÖSSEL, *Derecho Penal. Parte general* cit., t. I, p. 178.

⁷⁵ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 143.

⁷⁶ MAURACH, en *Derecho Penal. Parte general* cit., t. I, p. 179.

⁷⁷ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 143.

Los delitos continuados se entienden perpetrados en todos los lugares en que se han cometido, aunque sea sólo un hecho singular; los delitos de omisión se cometen junto con el lugar de producción del resultado, donde rigiera el deber jurídico que pesaba sobre el autor⁷⁸. En la tentativa, en la que no pudo concretarse el resultado o éste se produjo en un lugar distinto al previsto, el hecho debe considerarse ocurrido donde, conforme a la voluntad del autor, debía producirse el resultado⁷⁹.

En cuanto a los delitos cuyo proceso ejecutivo se realiza recorriendo varias jurisdicciones diversas mientras ese proceso se desarrolla⁸⁰ no hay unanimidad en la doctrina. Jescheck considera que incluso los lugares por los que “pasa” el delito (una carta injuriente enviada desde un país a otro, cruza el territorio de un tercero sin ser abierta) son lugares de comisión del mismo y, por ende, resulta aplicable la ley del Estado. Esta solución resulta comprensible desde la perspectiva de la política criminal, pero no es compartida por diversos autores⁸¹,

⁷⁸ STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte general* cit., 4ª ed., 2005, p. 99; BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 180. En contra: Jakobs sostiene que en los delitos de omisión, es determinante el lugar en el que el autor habría tenido que actuar, que será siempre el lugar en el que el autor de la omisión se encontraba, porque allí habría tenido que dar comienzo a sus acciones. El autor entiende que no es relevante el lugar donde debía verificarse el comportamiento hipotéticamente conforme a Derecho (salvación no producida), sino el lugar de la negativa real ante el Derecho (*Derecho Penal. Parte general* cit., p. 145).

⁷⁹ MAURACH, en *Derecho Penal. Parte general* cit., t. I, p. 179. También: STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte general* cit., 4ª ed., 2005, p. 99. Esta solución es, sin embargo, criticada por Fierro, quien entiende que resulta “totalmente irrelevante la circunstancia de que el resultado debió haberse producido en una nación extranjera” (FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 276). Asimismo, si el resultado se produce en un lugar distinto al previsto por el autor, el Estado al que pertenece el territorio donde ha acaecido tendrá indudablemente la posibilidad de aplicar su propia legislación punitiva al hecho, frente a lo cual no parece adecuado que prevalezca la del lugar donde debió haberse producido según los planes del agente.

⁸⁰ FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 268.

⁸¹ MAURACH, en *Derecho Penal. Parte general* cit., t. I, p. 180, con cita de Samson y Preisendanz. Tampoco Jakobs considera cometido en el territorio nacional el delito en el caso ejemplificado (*Derecho Penal. Parte general* cit., p. 145) ni Polaino Navarrete (*Derecho Penal. Parte general* cit., p. 177).

y evita situaciones de impunidad que resultarían intolerables de otro modo, pero no carece de inconvenientes. Destaca Jakobs que el otorgamiento de una eficacia ultraterritorial a las leyes penales “puede entrar en pugna con la soberanía de otros Estados y producir no pocos problemas desde el punto de vista de la justicia material”⁸². Cabe destacar que cuando en dos Estados se llevan a cabo conductas típicas, la aplicación de la teoría estudiada puede generar resoluciones eventualmente contradictorias⁸³.

Sostiene Fierro que esta postura es una solución eminentemente práctica que cubre ambas alternativas de las teorías anteriores, despejándose la posibilidad de la impunidad derivada de un conflicto negativo de competencias, pero que carece de pretensiones teóricas⁸⁴. Nada nos dice del lugar donde es cometido el delito, sino tan sólo que la conexión del hecho con el territorio puede establecerse tanto mediante la acción del autor como por el lugar de producción del resultado.

Éste es el criterio que en ciertos casos ha tomado la Corte Suprema de Justicia que entiende que cuando un delito comienza a ejecutarse en territorio de un Estado y queda consumado en otro debe reputarse “cometido” en todas las jurisdicciones en las que se ha desarrollado alguna parte de la acción y también en el lugar de verificación del resultado⁸⁵.

Según Jiménez de Asúa y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, el Código Penal argentino ha adoptado el criterio de la “unidad del delito” o de la “ubicuidad”, en la expresión del artículo 1º, cuando expresa “Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio”⁸⁶.

2. Principio real, de protección o de defensa

Los Estados han buscado desde tiempos históricos anteriores de-

⁸² COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 167.

⁸³ FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 277.

⁸⁴ FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., ps. 272/274.

⁸⁵ CSJN, Fallos: 271:396; 311:2571, entre otros.

⁸⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 826.

fenderse de amenazas a su seguridad tanto desde el interior como del exterior, aunque esas infracciones hayan sido preparadas y consumadas fuera de su territorio, y es más, aunque hayan sido cometidas en el extranjero. Modernamente se formula este sistema que reclama la aplicación de la ley penal del Estado para todos aquellos delitos que se hayan cometido en cualquier lugar y por cualquier persona, en tanto ataquen bienes o intereses jurídicos del Estado o de sus ciudadanos⁸⁷. Entre los deberes del Estado existe la obligación de defender todos sus bienes jurídicos internos, públicos y privados, “por eso, a más de ser conocido este sistema con el título de principio real, se le designa también con el nombre de principio de protección. El criterio para determinar la aplicación de las leyes penales es, por ende, la nacionalidad del bien jurídico lesionado por el delito, bien se perpetre éste en su propio territorio o fuera de sus fronteras. Cuando el principio no se aplica de modo absoluto, sino como complemento de la territorialidad, se necesita fijar los bienes protegidos, que extienden la ley del Estado a las infracciones cometidas en el extranjero. Por regla general, se protegen: 1º, la vida política y los intereses económicos de la colectividad, y 2º, los bienes jurídicos de los ciudadanos del Estado dondequiera que se hallen”⁸⁸. El ejemplo más claro de este principio es la falsificación de moneda, que afecta a la economía del Estado.

Este principio, en síntesis, para la doctrina viene a decir que debe aplicarse la ley del Estado a delitos cometidos fuera de su territorio, pero que afectan bienes jurídicos situados en él⁸⁹. Luzón Peña lo formula señalando que sólo cuando el hecho cometido en el extranjero “afecta intereses o bienes jurídicos importantes para el Estado”⁹⁰ puede

⁸⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 755.

⁸⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 755.

⁸⁹ SMOLIANSKI, *Manual de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 57; BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 181.

⁹⁰ Con el mismo criterio: CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 252: es “complementario del de territorialidad, para castigar únicamente los delitos cometidos en el extranjero que lesionen intereses del Estado que se consideran esenciales”; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Leciones de Derecho Penal* cit., p. 113. Según Carrara, se habilita la investigación por delitos cometidos fuera del territorio del Estado cuando ponen en peligro o aten-

ejercer su pretensión punitiva⁹¹. Por su parte Cabral postula “la aplicación de la ley penal a todos los delitos que ataquen bienes o intereses jurídicos existentes bajo la jurisdicción del Estado que la sanciona, cualquiera que sea la ley nacional (o del domicilio) del autor del hecho o el lugar (territorio nacional o extranjero) donde aquéllos se hayan cometido”⁹².

El fundamento del sistema, tal como se vio en Jiménez de Asúa, es la necesidad de proteger determinados bienes jurídicos nacionales, pero considerados de manera objetiva⁹³, ya que sufren lesión “...lo mismo por actos cuya materialidad se realiza en el territorio estatal que por actos materiales cumplidos en el extranjero”⁹⁴, como también

tan contra su seguridad, su política, su economía o sus instituciones (TIEGHI, Osvaldo Nelo, *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Zavalla, Buenos Aires, 1995, p. 23, con cita de CARRARA, *Programma* cit., § 1041). Se trataría, conforme Smolianski, de “hechos cuyos resultados producidos en el extranjero lesionan la integridad de bienes jurídicos propios, como el orden público, el orden constitucional, la administración pública, la fe pública, etc.” Se sostiene, continúa el autor, que si el delito se dirige contra bienes jurídicos de particulares, la tutela se realiza a través del principio de la nacionalidad (SMOLIANSKI, *Manual de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 57. Con el mismo criterio, BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 181).

⁹¹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte general I* cit., p. 207.

⁹² CABRAL, *El ámbito de aplicación espacial de la ley penal y los llamados “efectos” del delito* cit., aunque aclara que su postura no implica reconocer la aplicación de la ley penal por el solo hecho de ser nacional el bien o interés afectado por el delito.

⁹³ Aunque Stratenwerth las considere exclusivamente medidas de autodefensa (*Derecho Penal. Parte general* cit., 4ª ed., 2005, p. 102). De la misma opinión, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., p. 138, quien sostiene que su fundamento se encuentra “en que el Estado amenazado ejercita un derecho natural de legítima defensa”. Pero si se sigue esta opinión acierta Stratenwerth en destacar que “cubrir estas medidas con el ropaje de la pena es un abuso tradicional que desnaturaliza sanciones que, como la pena, se vinculan a valoraciones ético-sociales” (*Derecho Penal. Parte general* cit., 4ª ed., 2005, p. 102). Por otro lado es acertada la crítica de Quintano Ripollés en cuanto destaca que la acción del Estado será siempre posterior a la agresión, por lo que su actuación no puede encuadrar nunca en el sentido jurídico de la expresión legítima defensa (citado por FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 313).

⁹⁴ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., p. 163, nota 153, con cita de FIORE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 1980; CARRARA, *Pro-*

la necesidad de “...castigar los delitos que ataquen esos intereses con arreglo a la legislación del país atacado...”⁹⁵ Destaca Soler que la principal finalidad del Derecho Penal es la defensa o protección de los intereses nacionales⁹⁶; “...siendo la defensa del orden jurídico lo que sustenta este criterio, es evidente que cuando el delito importe la lesión de un interés jurídico nacional, la competencia nacional para juzgarlo y castigarlo es indiscutible”⁹⁷. Fierro insiste en que “uno de los deberes y obligaciones que tiene todo Estado es el de defender adecuadamente [...] sus instituciones fundamentales, la salud pública, su estructura política, económica, financiera, cultural, etcétera, esa ineludible obligación impone la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos que, en su conjunto constituyen los pilares de toda sociedad organizada...”⁹⁸

Luzón Peña reconoce que algunas legislaciones incluyen también en este principio la protección de bienes jurídicos fundamentales de las personas nacionales (el llamado principio personal pasivo)⁹⁹ mientras que otros estiman que el principio de protección es una derivación objetiva del personal¹⁰⁰, o una modalidad del genérico principio de la personalidad pasiva¹⁰¹.

Señala Creus, intentando determinar qué bienes son los que se deben proteger, que existen dos tesis, una extrema, que comprende cualquier clase de bienes, sea que su “nacionalidad provenga de su carácter público, sea que se origine en su pertenencia a nacionales del Estado”, y otra más restringida, en la que los bienes “...se reducen a los consustanciados con la organización, preservación y actividades fundamentales del Estado (integridad territorial, defensa, moneda, etc.)”¹⁰².

gramma cit., §§ 1041 y 1042; JIMÉNEZ DE ASÚA, II, N° 667 y 672; ROMERO DEL PRADO, *Manual*, II, ps. 981 y ss.

⁹⁵ FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal. Introducción y Parte general* cit., p. 124.

⁹⁶ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., p. 191.

⁹⁷ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., p. 207.

⁹⁸ FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 313.

⁹⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 207.

¹⁰⁰ CREUS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 109.

¹⁰¹ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 267.

¹⁰² CREUS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 110.

Fierro afirma que parece más adecuado el criterio que legitima la punibilidad de los actos realizados en el extranjero sólo cuando en el ámbito de la soberanía estatal se produce una infracción¹⁰³. Es preciso tener en cuenta la mayor o menor gravedad de la sanción, mas no es exclusivamente la importancia del bien jurídico tutelado lo que condiciona la aplicación del principio que se estudia, “sino y principalmente, su naturaleza eminentemente pública”¹⁰⁴. Núñez, por su parte, afirma que para los “...delitos cuya ofensa, por la naturaleza individual del derecho violado, no tiene posibilidad de trascender como ataque criminal a una soberanía extraña a la del lugar de perpetración”, no podrá invocarse este principio para aplicar la ley penal del Estado de los titulares de los bienes afectados¹⁰⁵.

Una postura que se puede llamar amplia incorpora los casos del principio de la personalidad pasiva, extremo éste que rechaza parte de la doctrina; así Fierro afirma: “...pues es una forma de autoarrogarse una competencia ilimitada que en el caso concreto colisionará con otro interés prevaleciente de otro Estado extranjero que responde a una valoración más importante y con base científica más sólida”¹⁰⁶.

La idea esencial del sistema real es posibilitar la investigación de los delitos cometidos que si bien se perpetran fuera del territorio del Estado tienen en él repercusión, ante la posibilidad de que “el Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito, renuncie a su persecución por tratarse de atentados contra intereses de otro Estado”¹⁰⁷. Y éste es el problema esencial, que como se verá es la base del Estatuto de Roma, salvando la distancia de los delitos investigados.

Algunos ordenamientos jurídicos regulan los delitos a los cuales se circunscribe este principio (por ej., la Ley Orgánica del Poder Judicial española –art. 23.3–). No sucede lo mismo en nuestro Código

¹⁰³ De la misma opinión: FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 312.

¹⁰⁴ FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 317.

¹⁰⁵ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., p. 173.

¹⁰⁶ FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 316.

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 175.

Penal, como se verá más adelante. Asimismo, las legislaciones de algunos países aplican el principio real con la tesis amplia, toda vez que la víctima sea un nacional (por ej., los arts. 5º del Código suizo, y el 7.1 del Código Penal alemán y el francés), formulación criticada por Cerezo Mir¹⁰⁸.

3. Principio de la personalidad o de la nacionalidad

El sistema lleva este nombre debido a que el Estado, considerando personal la ley punitiva, la hace seguir al nacional en dondequiera que éste se encuentre.

Por eso Jiménez de Asúa afirma que “el criterio dominante en este régimen es la nacionalidad del delincuente, y se funda en que el ciudadano se halla siempre sometido a la ley de su país y le debe obediencia, incluso en el extranjero. De allí que también se le denomine principio de sujeción”¹⁰⁹.

La explicación de este principio de que “la ley del Estado sigue al nacional dondequiera que éste se encuentre”¹¹⁰ o que la ley penal de un Estado se aplica solamente a sus ciudadanos¹¹¹, aun cuando éstos se encuentren fuera de su territorio, tiene como se puede ver coincidencia doctrinaria.

Este criterio de aplicación de la ley tiene reducida vigencia. Como destaca Núñez, la ley penal nacional no puede vincular penalmente, por el solo hecho de ser nacional, a quien está sometido a otro régimen legal preventivo¹¹².

Dentro de este sistema se ha distinguido el principio de personalidad activa y el de personalidad pasiva.

¹⁰⁸ “Esta extensión del ámbito de aplicación del principio real me parece excesiva, pues implica una desconfianza infundada frente a la administración de justicia de otros países y al inspirarse, además, en un criterio rabiosamente nacionalista podría poner en peligro la objetividad e imparcialidad del enjuiciamiento” (CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 253).

¹⁰⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 753.

¹¹⁰ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., p. 136; CREUS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 109.

¹¹¹ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 248.

¹¹² NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., p. 161.

a) *Personalidad activa*

El principio de la personalidad activa consiste en que la ley penal de un Estado se aplique al ciudadano que delinque en el extranjero, sea quien fuere la persona a quien pertenezca el bien jurídico violado; como afirma Jiménez de Asúa, es indiferente quién fuere el titular del bien jurídico afectado, sea el Estado o los ciudadanos extranjeros¹¹³. En síntesis, justifica la aplicación de la ley penal del Estado a hechos delictivos cometidos en el exterior por ciudadanos del país, en virtud de la nacionalidad del sujeto activo.

Se ha mencionado como fundamento la exigencia del súbdito de un Estado de respetar su legislación en cualquier lugar que se encuentre¹¹⁴.

En la Edad Media tuvo fuerte aplicación, hasta la Revolución Francesa que implantó el principio territorial. Luego, en tiempos contemporáneos, el III Reich alemán sustentó esta doctrina, pues entendía que el delito no era un ataque a un bien jurídico ni la infracción de una ley del ámbito territorial, sino el quebramiento de un deber de fidelidad al Estado alemán¹¹⁵. Además del principio de fidelidad influye, según Antón Oneca, “la alarma producida por el delito impune y el sujeto peligroso en el círculo en que éste vive, sin que sea posible deshacerse del indeseable...”¹¹⁶

El fundamento de la vinculación personal del sujeto con la legislación de su país va perdiendo fuerza y en nuestros días se trata de evitar la impunidad de los ciudadanos que delinican en el exterior y regresen a su país, invocando el principio de no entrega del nacional, por la vía del rechazo del pedido de extradición a otro Estado que lo reclame¹¹⁷. Esta entrega es generalmente considerada un menoscabo

¹¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 753.

¹¹⁴ BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 182.

¹¹⁵ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., p. 136. También citan este ejemplo y el de la Unión Soviética LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 206; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* cit., ps. 752 y ss.

¹¹⁶ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., p. 136.

¹¹⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 206. En nuestro país rigió hasta el año 1997 la ley 1612 (Registro Nacional, t. 10, p. 96) que en su

de la soberanía del Estado¹¹⁸ —aunque debe tenerse en cuenta que nuestro país carece de una prohibición genérica al respecto¹¹⁹—. El principio analizado configura, en consecuencia, la aplicación práctica del principio de Derecho Internacional Penal *aut dedere, aut punire* (entregar o castigar), pues la impunidad de los delitos cometidos por nacionales fuera del país resultaría “escandalosa y produciría una grave conmoción en las concepciones ético-sociales de los ciudadanos”¹²⁰. Su función es solucionar algunas lagunas de punibilidad que podría permitir el principio de territorialidad y las reglas de aplicación del instituto de la extradición¹²¹.

b) *Personalidad pasiva*

El principio de personalidad pasiva radica en que la ley del Estado sólo se aplica al que delinque en el extranjero cuando el objeto jurídico del delito sea un bien propio del Estado o de sus ciudadanos¹²². De esta forma, el nacional está siempre protegido por la ley penal de su

art. 3º, inc. 1º, prohibía genéricamente la entrega del nacional e imponía en el artículo 5º el juzgamiento local en caso de improcedencia de la extradición. Esta norma fue considerada por muchos autores como emanación del principio personal. La ley 24.767 (sanción: 18-12-96; promulgación: 13-1-97; publicación: B. O. del 16-1-97), que derogó la ley 1612 (art. 123), no tiene una regla expresa que prohíba la extradición del nacional, sino sólo la opción, a menos que sea aplicable un tratado que obligue a la entrega, que prevalece sobre la opción. Si no hay tratado y se deniega la extradición, el juzgamiento debe realizarse por la ley local, siempre que la nacionalidad exista al momento de la comisión del hecho y al tiempo de la opción (DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal argentino. Parte general*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 33/35).

¹¹⁸ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., p. 136.

¹¹⁹ Derogada la ley 1612 por el art. 123 de la ley 24.767, es aplicable la regla del artículo 12 que otorga la opción de entrega.

¹²⁰ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 249.

¹²¹ Afirmaba Soler que la aplicación del principio de la nacionalidad era una consecuencia del principio de la no extraditabilidad del nacional. Fierro señalaba que en realidad, la adopción del principio de la personalidad genera —aunque no siempre— la no extraditabilidad del nacional, y no a la inversa (FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 351).

¹²² JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 753.

a) *Personalidad activa*

El principio de la personalidad activa consiste en que la ley penal de un Estado se aplique al ciudadano que delinque en el extranjero, sea quien fuere la persona a quien pertenezca el bien jurídico violado; como afirma Jiménez de Asúa, es indiferente quién fuere el titular del bien jurídico afectado, sea el Estado o los ciudadanos extranjeros¹¹³. En síntesis, justifica la aplicación de la ley penal del Estado a hechos delictivos cometidos en el exterior por ciudadanos del país, en virtud de la nacionalidad del sujeto activo.

Se ha mencionado como fundamento la exigencia del súbdito de un Estado de respetar su legislación en cualquier lugar que se encuentre¹¹⁴.

En la Edad Media tuvo fuerte aplicación, hasta la Revolución Francesa que implantó el principio territorial. Luego, en tiempos contemporáneos, el III Reich alemán sustentó esta doctrina, pues entendía que el delito no era un ataque a un bien jurídico ni la infracción de una ley del ámbito territorial, sino el quebramiento de un deber de fidelidad al Estado alemán¹¹⁵. Además del principio de fidelidad influye, según Antón Oneca, “la alarma producida por el delito impune y el sujeto peligroso en el círculo en que éste vive, sin que sea posible deshacerse del indeseable...”¹¹⁶

El fundamento de la vinculación personal del sujeto con la legislación de su país va perdiendo fuerza y en nuestros días se trata de evitar la impunidad de los ciudadanos que delinican en el exterior y regresen a su país, invocando el principio de no entrega del nacional, por la vía del rechazo del pedido de extradición a otro Estado que lo reclame¹¹⁷. Esta entrega es generalmente considerada un menoscabo

¹¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 753.

¹¹⁴ BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 182.

¹¹⁵ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., p. 136. También citan este ejemplo y el de la Unión Soviética LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 206; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* cit., ps. 752 y ss.

¹¹⁶ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., p. 136.

¹¹⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 206. En nuestro país rigió hasta el año 1997 la ley 1612 (Registro Nacional, t. 10, p. 96) que en su

de la soberanía del Estado¹¹⁸ –aunque debe tenerse en cuenta que nuestro país carece de una prohibición genérica al respecto¹¹⁹–. El principio analizado configura, en consecuencia, la aplicación práctica del principio de Derecho Internacional Penal *aut dedere, aut punire* (entregar o castigar), pues la impunidad de los delitos cometidos por nacionales fuera del país resultaría “escandalosa y produciría una grave conmoción en las concepciones ético-sociales de los ciudadanos”¹²⁰. Su función es solucionar algunas lagunas de punibilidad que podría permitir el principio de territorialidad y las reglas de aplicación del instituto de la extradición¹²¹.

b) *Personalidad pasiva*

El principio de personalidad pasiva radica en que la ley del Estado sólo se aplica al que delinque en el extranjero cuando el objeto jurídico del delito sea un bien propio del Estado o de sus ciudadanos¹²². De esta forma, el nacional está siempre protegido por la ley penal de su

art. 3º, inc. 1º, prohibía genéricamente la entrega del nacional e imponía en el artículo 5º el juzgamiento local en caso de improcedencia de la extradición. Esta norma fue considerada por muchos autores como emanación del principio personal. La ley 24.767 (sanción: 18-12-96; promulgación: 13-1-97; publicación: B. O. del 16-1-97), que derogó la ley 1612 (art. 123), no tiene una regla expresa que prohíba la extradición del nacional, sino sólo la opción, a menos que sea aplicable un tratado que obligue a la entrega, que prevalece sobre la opción. Si no hay tratado y se deniega la extradición, el juzgamiento debe realizarse por la ley local, siempre que la nacionalidad exista al momento de la comisión del hecho y al tiempo de la opción (DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal argentino. Parte general*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 33/35).

¹¹⁸ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., p. 136.

¹¹⁹ Derogada la ley 1612 por el art. 123 de la ley 24.767, es aplicable la regla del artículo 12 que otorga la opción de entrega.

¹²⁰ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 249.

¹²¹ Afirmaba Soler que la aplicación del principio de la nacionalidad era una consecuencia del principio de la no extraditabilidad del nacional. Fierro señalaba que en realidad, la adopción del principio de la personalidad genera –aunque no siempre– la no extraditabilidad del nacional, y no a la inversa (FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 351).

¹²² JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 753.

Estado¹²³. Lo importante es, pues, la nacionalidad del titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito¹²⁴.

Algunos autores entienden que ésta es una forma extrema del principio real o de defensa¹²⁵.

En su forma más avanzada el principio en cuestión se deduce de la doctrina de las nacionalidades. “Se funda en una cierta concepción del Estado, que relega a segundo término el elemento material –territorio– y alzaprima el personal, considerando el Estado como un grupo de personas sometidas a una autoridad común. La ley es la expresión de la voluntad soberana; el juez, el instrumento de esa voluntad”¹²⁶.

En la actualidad el sistema forma parte del Código Penal de Francia.

4. Principio universal, de justicia mundial o cosmopolita

En su noción más básica se puede entender este principio como el sistema de represión universal o de la universalidad del derecho de penar, de modo que consiste en atribuir vocación a los tribunales represivos de todos los Estados, para cómo conocer de un crimen cometido por un individuo cualquiera y en cualquier país. “A la ubicuidad del delito correspondería la ubicuidad de la ley y de la represión, y el culpable hallaría, en todo lugar, el juez y la pena, sin distinción de nacionalidades y de territorios. Cada Estado a título de representantes de la comunidad internacional civilizada, tendría el derecho y el deber de ejercitar la justicia represiva contra los delincuentes, para todos los crímenes y sin distinguir el sitio de perpetración. Éste es el principio universal o principio de la justicia mundial, que puede considerarse como el sistema de extraterritorialidad absoluta de las leyes penales”¹²⁷. Se trata en su exposición básica de un Derecho Penal por representación, debido a que es subsidiario, ya que intervendría a falta de la acción de otro Estado, para evitar la impunidad. Ésta es la idea en

¹²³ CREUS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 109.

¹²⁴ BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 182; NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., p. 162.

¹²⁵ CREUS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 109.

¹²⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 754.

¹²⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 757.

que se basa la Corte Penal Internacional¹²⁸. Como bien se sabe, fue Grocio quien defendió este sistema, que luego fue aceptado por otros autores. En la Antigüedad se había formulado entendiendo que “el crimen era la violación del Derecho natural que rige la sociedad universal de los hombres”, era una ofensa a la humanidad entera por lo cual la obligación de castigar era universal¹²⁹.

En el fondo, afirma Boggiano, “se considera que un Estado tiene legitimidad para ejercer su jurisdicción en representación de la comunidad humana. En qué condiciones esa legitimidad puede afirmarse puede depender de un tratado de delegación. El Derecho natural puede considerarse un fundamento del principio universal”¹³⁰.

Otro de sus fundamentos es no tanto teórico, sino práctico, debido al cada vez más importante y fácil tráfico internacional y al desarrollo de la criminalidad internacionalmente organizada¹³¹ cuyo catálogo de delitos tiende a ampliarse¹³².

Encuentra otro fundamento en el principio de solidaridad de los Estados en el esfuerzo por la lucha contra el delito¹³³.

Este criterio tiene dos formulaciones: una amplia, que postula la extraterritorialidad absoluta, aplicándose a cualquier delito, “cualquiera sea el lugar de comisión, la nacionalidad del autor o el carácter y pertenencia de los bienes jurídicos que ataca”, y una manifestación más moderada, que afirma la extraterritorialidad de la ley penal para ciertos delitos que comprometen bienes que pueden ser considerados como pertenecientes a toda la humanidad¹³⁴.

Puede citarse como ejemplo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos habilita a que, frente a un crimen internacional

¹²⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 757.

¹²⁹ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., p. 140.

¹³⁰ BOGGIANO, ob. cit., p. 9.

¹³¹ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., p. 140.

¹³² En algunos ordenamientos los delitos respecto de los cuales se puede reclamar la aplicación de la ley del Estado en virtud del principio universal, se encuentran taxativamente enumerados (por ej., en el ordenamiento penal alemán) (MAURACH, en *Derecho Penal. Parte general* cit., t. I, p. 185).

¹³³ BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 183.

¹³⁴ CREUS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 110.

de lesa humanidad, si el Estado no quisiera o no pudiera cumplir con su obligación de sancionar a los responsables, resulte plenamente aplicable la jurisdicción universal para que cualquier Estado persiga, procese y sancione a quienes aparezcan como responsables de esos ilícitos, en virtud de que tales hechos afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial¹³⁵. En igual sentido el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional, en cuanto a que la idea esencial es el juzgamiento de ciertos delitos que afecten a la humanidad, y que los propios Estados se nieguen a enjuiciar.

Como doctrina absoluta, afirma Jiménez de Asúa, es inaplicable, y sólo se puede defender como principio subsidiario del de territorialidad¹³⁶. Por eso el principio estudiado debe aplicarse restrictivamente¹³⁷, respecto de delitos que se entiende afectan y perturban gravemente a todos los países, a la comunidad internacional en su conjunto¹³⁸. Una interpretación amplia constituiría una intervención injustificada en cuestiones internas de otros Estados¹³⁹. Asimismo, existen numerosas objeciones en cuanto a la dificultad de reunir las pruebas y juzgar con acierto en la mayoría de los casos¹⁴⁰.

En el Derecho Internacional no se reconoce la extensión de la tesis amplia, sino que dependerá siempre de que los hechos afecten bienes culturales supranacionales respecto de los cuales todos los Estados en común se encuentren interesados en su protección¹⁴¹ o cuyos autores sean peligrosos para todos los Estados civilizados¹⁴². Stratenwerth sos-

¹³⁵ CSJN, S.XXXVIII, "Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad, etc. (Pobrete) causa nro. 17.768", rta.: 14-6-2005, del voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco.

¹³⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 759.

¹³⁷ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 169.

¹³⁸ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 208.

¹³⁹ CREUS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 110; BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 183.

¹⁴⁰ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 254.

¹⁴¹ BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 183, con cita de JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, p. 135.

¹⁴² BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 183, con cita de OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 1973, p. 147.

tiene que "exigencias de política criminal hacen que la persecución de delitos despreciados en forma general o frecuentemente cometidos por organizaciones criminales internacionales parezca deseable en cualquier parte en que el autor sea habido"¹⁴³.

El principio tiene, como se dijo, un carácter complementario y subsidiario¹⁴⁴, y su invocación se reduce para el castigo de pocos delitos que atentan contra bienes de la comunidad internacional¹⁴⁵. El interés del Estado en su represión se basa en su calidad de miembro de la comunidad internacional.

La competencia en estos casos puede ser arrogada por el Estado donde se encuentra o refugia el agente (competencia del *judex deprehensionis*)¹⁴⁶ o puede instituirse la competencia de tribunales internacionales para castigar los delitos que lesionen intereses comunes a los Estados¹⁴⁷.

No se exige que los hechos que se juzgan sean también delictivos

¹⁴³ STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte general* cit., 4ª ed., 2005, p. 104.

¹⁴⁴ Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el principio universal en materia penal tiene carácter subsidiario, o sea, que cualquier país está habilitado para juzgar los crímenes contra la humanidad, pero a condición de que no lo haya hecho el país al que le incumbía el ejercicio de la jurisdicción conforme al principio de territorialidad: S.XXXVIII, "Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad, etc. (Pobrete) causa nro. 17.768", rta.: 14-6-2005, del voto del Dr. Zaffaroni. Asimismo, en el fallo citado se ha expuesto que el principio universal deviene operativo cuando un Estado no ha ejercido su soberanía y, por ello, los restantes Estados de la comunidad internacional quedan habilitados para hacerlo (voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni).

¹⁴⁵ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 254.

¹⁴⁶ Cerezo Mir otorga un breve repaso histórico de la génesis de este precepto: "El origen de este principio se halla en las concepciones iusnaturalistas de los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII, especialmente de Covarrubias y Suárez, que desarrolla luego Grocio, para el cual los crímenes (que distingue de los delitos y las contravenciones) constituían una violación del Derecho natural que rige la *societas generis humani*. El Estado en cuyo territorio era detenido el delincuente debía entregarle (si la extradición había sido solicitada) o castigarle (*aut dedere aut punire*)" (CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 254, quien indica que puede verse QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, II, ps. 96 y ss.).

¹⁴⁷ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., ps. 140/142.

en el lugar de su comisión pues el principio opera respecto de ciertos bienes que interesan a la comunidad internacional toda¹⁴⁸.

5. Principio de subsidiariedad

Más específicamente existiría otro principio que vendría a completar el anterior, llamado principio de justicia supletoria¹⁴⁹ o por representación¹⁵⁰. Es el caso en que un Estado aplica su ley cuando otro no puede hacerlo por estar impedido o por no tener interés en hacerlo¹⁵¹. Se dice que permite el ejercicio del poder estatal en lugar de otro Estado extranjero que, no obstante ser invocado como competente, está impedido o no tiene interés en ejercerlo¹⁵². En palabras de Jakobs, sería “toda punición de un hecho que también otro Estado podría llevar a cabo legítimamente”¹⁵³. Bustos Ramírez y Fierro dan el caso del nacional que no fuera entregado en virtud del principio de no entrega

¹⁴⁸ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 176.

¹⁴⁹ Pues se encuentra condicionado a que el Estado afectado no haya ejercido su propio derecho, sea juzgándolo en su propio país, sea requiriendo la extradición (FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 362).

¹⁵⁰ Fierro trata, por un lado, el Derecho Penal por representación, dentro del principio de personalidad activa, al cual define como aquel en que “...el Estado que no es titular del *ius puniendi*, enjuicia al autor en nombre del otro Estado que lo requiere para juzgarlo y al que pertenece en concreto el *ius puniendi*, pero cuyo pedido no puede ser satisfecho por existir algún impedimento para la entrega del delincuente, o también cuando no es solicitada su extradición por quien estaba legitimado para hacerlo”, y por otro, los principios de justicia supletoria, a los que especifica como aquellos en que “el poder punitivo de otros Estados competentes legitimados para actuar no pueden hacerlo, por ejemplo, cuando el autor del hecho ha sido detenido en otro país y por razones fácticas o jurídicas no procede la extradición; también puede ser aplicado cuando el Estado competente no tiene interés en ejercer su jurisdicción” (FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., ps. 352/360). Si se atiende a la precisión de ambos, se advertirá que para este autor se trata de los mismos casos, con la diferencia de que en el Derecho Penal por representación el único Estado que se encontraría en condiciones de ejercer su *ius puniendi* es aquel del cual es nacional el autor del hecho y en el principio de justicia supletoria podría imponer su Derecho cualquier Estado.

¹⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉ, *Lecciones de Derecho Penal* cit., p. 114.

¹⁵² MAURACH, en *Derecho Penal. Parte general* cit., t. 1, p. 186.

¹⁵³ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general...* cit., p. 135.

de los nacionales en la extradición¹⁵⁴. Señala Luzón Peña que se trata “...de que si el delincuente no es extraditado para que sea castigado por otro Estado, se le aplique la ley penal propia para que no quede impune (*aut dedere aut punire*), aunque no concurren ni la situación del principio de territorialidad ni las de los principios personal, de protección de intereses o de justicia universal”¹⁵⁵.

Creus no lo considera un principio propiamente dicho, sino que entiende que es la consecuencia de principios que excluyen la posibilidad de aplicación de la ley del Estado extranjero por delitos cometidos en él. Afirma que cuando un tribunal argentino juzga el caso según la ley argentina, aplica un Derecho Penal que “representa” al de dicho Estado¹⁵⁶.

Se reconoce la necesidad de que se encuentren cumplidos ciertos requisitos mínimos¹⁵⁷: la llamada “identidad de norma” (que el hecho se encuentre incriminado tanto en el país en que fue cometido como en el que se pretende castigar) y que el delito no haya sido juzgado, amnistiado o indultado por parte del Estado en cuyo territorio fue cometida la infracción¹⁵⁸. Sostiene Maurach, Zipf y Gössel que para aplicarlo en Alemania, es necesario que la extradición del sujeto proceda según el delito cometido y que, luego de examinado el caso por la autoridad alemana de extradición, quede claro que, con seguridad,

¹⁵⁴ Para Fierro la adopción del principio de personalidad genera –aunque no necesariamente la no extraditabilidad del nacional, mas concuerda con Soler al sostener que en nuestro país la aplicación de la ley penal para casos ocurridos fuera del territorio es una consecuencia de la adopción del principio de la no extraditabilidad del nacional, pues Argentina no adopta en forma preponderante el sistema de la personalidad (FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., ps. 350/354, con cita de Soler).

¹⁵⁵ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 209. Concuerda con este autor Fierro, quien entiende que el Derecho Penal por representación tiene su razón de ser en la “...necesidad de evitar la impunidad del hecho mediante lo que constituiría una suerte de amparo oficial a la delincuencia...” (FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., ps. 352/353).

¹⁵⁶ CREUS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 113.

¹⁵⁷ Para el caso de no extraditabilidad del nacional, se suman a los que se describen en el texto aquel que exige que no se trate de un delito político, militar o fiscal, que tenga cierta gravedad, que no esté prescripto, etc. (FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 352).

¹⁵⁸ FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., ps. 360/361.

aquella no tendrá lugar¹⁵⁹. Dado que el ordenamiento que actúa en representación sustituye al ordenamiento jurídico extranjero que en principio sería competente por el lugar de comisión del hecho, se presupone que el suceso debe encontrarse conminado con pena también en el lugar en que ha acaecido o que allí no haya ninguna jurisdicción penal¹⁶⁰. Asimismo resulta necesario considerar una escala penal más benigna del Derecho extranjero y reconocer un eventual juzgamiento en el extranjero que le diera solución definitiva al caso. La especie y la gravedad de la pena amenazada en el extranjero no se pueden superar sin que esto aparezca como una agravación retroactiva de la pena¹⁶¹.

Existen códigos penales que expresamente contienen normas que receptan este principio cuando el comportamiento no es delictivo en el lugar de los hechos o el hecho no esté sometido a poder punitivo alguno y el autor no sea extraditabile –aunque conforme a la propia ley de extradición lo fuere– (por ej.: Alemania¹⁶² e Italia¹⁶³)¹⁶⁴.

El fundamento que anima a este principio es que no queden determinados delitos sin ser perseguidos o, en palabras de Fierro, colmar posibles lagunas y evitar situaciones de impunidad, propósito contra el que, según Cuello Contreras, no existe obstáculo alguno¹⁶⁵. También se ha sostenido como fundamento la solidaridad interestatal¹⁶⁶, mas esta solidaridad carece de sustento cuando el Estado que debería reclamar al autor del hecho no lo hace por carecer de interés en aplicar su propio Derecho Penal.

No toda la doctrina acepta este principio como fundamento de la aplicación de la ley del Estado a un hecho determinado. Luzón Peña

¹⁵⁹ MAURACH, ZIPF y GÖOSSEL., *Derecho Penal. Parte general* cit., t. 1, p. 186.

¹⁶⁰ STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte general* cit., 4ª ed., 2005, p. 103.

¹⁶¹ STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte general* cit., 4ª ed., 2005, p. 104.

¹⁶² El *prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege* del Derecho alemán (principio de suplente administración de justicia) que cita COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 169.

¹⁶³ Citado por FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., p. 363.

¹⁶⁴ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 271.

¹⁶⁵ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 271.

En contra, Cerezo Mir y Bacigalupo, citados por el mismo autor (ver nota 257).

¹⁶⁶ BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 184.

explica que la legislación española considera que no es necesaria ni fácilmente practicable la aplicación de la ley penal del país a hechos cometidos fuera del territorio español cuando no ocurren las situaciones de los principios personal, real ni universal¹⁶⁷. Sin embargo, otro sector de la doctrina entiende que en el ordenamiento jurídico español se trata de una “intolerable laguna” que aconseja la adopción del mismo¹⁶⁸. Por otro lado Bacigalupo considera que su realización práctica requiere reducir su aplicación a los bienes jurídicos más importantes¹⁶⁹.

Podría decirse que se trata éste de un supuesto de expansión del Derecho Penal, sin perjuicio de que un sector de la doctrina entienda que se trata de una adecuación de ésta a problemas nuevos, propios del siglo XXI, como la globalización, y la tendencia a la protección efectiva de los derechos humanos¹⁷⁰.

III. El artículo 1º del Código Penal argentino: sistema que se adopta

El Código Penal argentino explicita en su artículo 1º que “Este Código se aplicará: 1. Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en lugares sometidos a su jurisdicción; 2. Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo”.

1. Introducción

El Código Penal en su artículo 1º sigue fundamentalmente el principio territorial, de modo que a los delitos cometidos en el territorio

¹⁶⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 209. Las críticas de Fierro al principio de personalidad activa alcanzan al Derecho Penal por representación, ya que lo considera parte de éste (FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional* cit., ps. 352/354).

¹⁶⁸ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 170.

¹⁶⁹ BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 184.

¹⁷⁰ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 272.

argentino se le aplican las leyes argentinas, aunque Boggiano afirma que el tema no está libre de ambigüedades¹⁷¹.

2. Antecedentes

Para trabajar este tema hemos creído que lo mejor era seguir a Rodolfo Moreno, quien lo explica de manera más que clara, como hemos hecho en otras obras que han tocado el Código Penal¹⁷².

a) *El Código Tejedor*

Tejedor, en el título "De las penas", trata el tema en los artículos 2º y 3º. El primero de ellos afirma que al extranjero que dentro del territorio de la República cometiera algún crimen o delito, se le castigará con arreglo al Código, sin que pueda disculparse alegando ignorancia y salvo lo dispuesto en los tratados celebrados con otras potencias. El segundo expresa que el argentino que con arreglo a los tratados o en los casos que prescriban las leyes fuera juzgado en la República, sobre delito que hubiera cometido en país extranjero, bien por habersele aprehendido en nuestro territorio o bien por haberlo entregado otro gobierno, sufrirá la pena prescripta en el Código, salvo las excepciones estipuladas en los tratados. Como se advierte, "los dos artículos se refieren a los tratados internacionales y establecen en síntesis que las leyes penales se aplican a los habitantes extranjeros, y que se aplican también a los argentinos que habiendo cometido un delito en el extranjero debiesen ser juzgados por un tribunal nacional"¹⁷³.

En la primera norma se dice que el derecho de castigar deriva de la soberanía que abraza todo el territorio, siendo los extranjeros residentes, súbditos temporales. El siguiente artículo se funda en que el mandato del legislador habría sido violado por un agente que le debía obediencia¹⁷⁴.

¹⁷¹ BOGGIANO, ob. cit., p. 10.

¹⁷² MORENO (h), *El Código Penal y sus antecedentes* cit., t. I, ps. 230 y ss.

¹⁷³ MORENO, ob. cit., t. I, ps. 230 y ss.

¹⁷⁴ MORENO, ob. cit., t. I, p. 230.

b) *El Proyecto Villegas, Ugarriza y García*

El artículo 44 decía: "Las penas se aplicarán en la Nación a todos los que en su territorio ejecuten un hecho previsto y penado por la ley, y a los que ejecuten en el extranjero con el propósito de que los efectos del delito se realicen en la República". Y el artículo 45 afirmaba: "Son aplicables también a aquellos a quienes con arreglo a los tratados nacionales corresponda juzgarlos en el país por hechos ejecutados fuera de los límites territoriales".

El fundamento estaba dado por la Nota de Elevación del proyecto, en la que expresaba: "El proyecto en revisión limitaba la aplicación de las penas a los actos punibles ejecutados en el territorio de la República. Aceptaba, así, el principio antiguo de la legislación romana, que reconocen también los ingleses y los norteamericanos, y que forma la base de nuestra jurisprudencia vigente; y los prefería al principio jurídico que introdujo la legislación francesa, y que han aceptado después, dándole más o menos expansión, Dinamarca, Austria, Hungría, Italia, Bélgica, según el cual la legislación penal alcanza a los delitos cometidos en el extranjero por sus nacionales o contra ellos. Los numerosos casos que se detallan en los libros de los expositores, manifiestan las dificultades que se tocan en la aplicación de este último principio, y bastarían para convencer de la conveniencia de aceptar el primero. Pero si, además de esto, se toma en consideración que los mismos hechos no revisten el mismo grado de gravedad en los diferentes países, por la diversidad de la legislación especial de cada uno de ellos, y que no es posible que tribunales extranjeros aprecien con exactitud estos diferentes matices, no se dudará de que motivos fundamentales determinan también esta preferencia.

"La comisión ha aceptado este principio, incorporándolo en el artículo 44 del proyecto adjunto, y ha creído que debía darle más ampliación que la que tenía en el proyecto de revisión, haciendo extensiva la aplicación de las penas a los que en el extranjero ejecuten hechos previstos y penados por la ley con el propósito de que los efectos del delito se realicen en el territorio de la República. Esta extensión está, además, apoyada en la jurisprudencia norteamericana. Story, en el párrafo 629 de los 'Conflicts of Laws', así lo establece; Livingston, en

el Informe al proyecto del Código Penal de Luisiana, ocupándose del artículo 26, dice: 'El Estado tiene un derecho indudable para prohibir y castigar cualesquiera actos cometidos fuera de su jurisdicción, si están calculados para producir una injuria a su gobierno o a los derechos de sus ciudadanos'. Esta jurisprudencia la aceptó también expresamente una ley de los Estados Unidos, el 30 de enero de 1799, para el castigo de ciertos crímenes.

"La comisión ha aceptado estos principios con todas sus consecuencias. Piensa que es necesario que la acción protectora de la ley ampare a todas las personas y a todos los intereses legítimos comprendidos dentro del territorio, y que castigue los delitos cometidos contra esas personas y esos derechos, aunque los hechos punibles se cometan fuera del territorio. Los propósitos de la justicia quedarían burlados si en tales casos fueran sólo castigados los coautores o cómplices existentes en el territorio, asegurándose la impunidad quizá de los autores principales, que hubieran concurrido al hecho punible desde el extranjero, como también cuando el delito quedase totalmente impune por no haber concurrido a él dentro del territorio sino agentes inocentes. Tales han sido los motivos por los cuales la comisión ha redactado la segunda parte del artículo 44 del proyecto adjunto"¹⁷⁵.

c) *El Proyecto de 1891*

Como siempre el Proyecto de 1891 fue un antecedente importante del Código de 1921. Ya el Título Primero del Proyecto de 1891 estaba encabezado como el código vigente, en el epígrafe: "Aplicación de la ley penal", y el artículo 1º decía textualmente: "Este código se aplicará a los delitos y faltas cometidos en el territorio de la República, en los buques que llevan su bandera y en los buques mercantes de bandera extranjera que se hallen en aguas jurisdiccionales de la República, cualquiera que sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado. Se considera cometido en la República todo hecho punible cuyos efectos deban producirse dentro de su jurisdicción, aunque el acto se haya ejecutado o preparado y el agente se encuentre fuera de ella"¹⁷⁶.

¹⁷⁵ MORENO, ob. cit., t. I, ps. 231/232.

¹⁷⁶ MORENO, ob. cit., t. I, p. 233.

El artículo 2º establecía: "Serán asimismo juzgados por las leyes de este código los delitos de piratería, siempre que los responsables cayeren bajo el poder de la República".

Y el 3º decía: "También se aplicará este código a los hechos punibles cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de las funciones a su cargo"¹⁷⁷.

En la Exposición de Motivos se fundamentaba la norma de la siguiente forma: "El proyecto comienza por establecer, en el Título Primero, ciertas reglas que son indispensables para la solución de las cuestiones que puedan suscitarse en razón del conflicto de leyes relativamente al territorio y con relación al tiempo y en razón de las facultades respectivas del Estado nacional y de las provincias. Respecto de este último punto, queda dicho lo necesario para la justificación de una declaración especial en la ley. Los otros dos están legislados en la generalidad de los códigos penales y se les incluyó en los proyectos que precedieron al Código; pero en éste no se ha conservado sino la disposición relativa a la aplicación de la ley con relación al tiempo.

"Consideramos tan indispensable un pronunciamiento expreso en la ley sobre una materia como sobre la otra. Cuestiones tan importantes no deben quedar expuestas a las soluciones varias y contradictorias que les daría la doctrina que se aplicara a los casos ocurrentes. Tampoco debe callar el Código sobre este punto, por la consideración de que las reglas que al respecto se den, tengan el carácter de jurisdiccionales. El proyecto no se ocupa del alcance del poder del juez, sino de la extensión del imperio de la ley, aunque la última implique el primero.

"El artículo 1º del proyecto declara cuál es la extensión territorial de la aplicación de la ley penal: 1º) A los delitos o faltas cometidas en el territorio de la República; 2º) A los cometidos en buques que lleven su bandera; 3º) A los realizados en buques mercantes de bandera extranjera que se hallen en aguas jurisdiccionales de la República; y, en los tres casos, 'cualquiera que sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado'. Un párrafo complementario agrega que se considera cometido en la República todo hecho punible, cuyos efec-

¹⁷⁷ MORENO, *ibídem*.

los deban producirse dentro de su jurisdicción, aunque el acto se haya ejecutado o preparado, y el agente se encuentre en el exterior.

"La ley penal tiene por primordial objeto la defensa de todos los derechos que no pueden ser protegidos sino por el medio indirecto de la penalidad. Siendo la pena un acto de fuerza de la sociedad sobre el individuo que la ha ofendido, la facultad de imponer pena debe llegar hasta donde alcance la fuerza del Estado, órgano de la sociedad. La medida de esta fuerza se modifica por los tratados internacionales, y aun sin éstos, por los principios y reglas del Derecho Internacional, extendiendo y restringiendo, respectivamente, la potestad nacional por concesiones recíprocas con los demás Estados. El artículo no intenta legislar la materia bajo este aspecto. Los tratados internacionales celebrados por la República, están sobre la legislación particular y obligan antes que ésta. A falta de tratados, el Estado resuelve en cada caso a qué principios debe ajustar su conducta.

"No deberá entenderse, pues, nuestro artículo, como negatorio de las reglas de extraterritorialidad, y otras admitidas por el Derecho Internacional. El artículo no afirma ni niega cosas que son extrañas al objeto del Código; no deroga el Derecho Internacional; afirma la extensión del Derecho nacional.

"La primera de las disposiciones enumeradas, la aplicación de la ley a los delitos o faltas cometidas en el territorio de la República, no es materia que pueda ser susceptible de discusión entre nosotros, siendo un principio general en nuestra legislación la igualdad ante la ley de todos los habitantes de la República, nacionales o extranjeros, domiciliados o transeúntes, con excepción de lo pertinente al orden exclusivamente político.

"Declara también el artículo que la ley se aplica a todos los delitos y faltas cometidos en buques que llevan la bandera de la República. Son necesarias a este respecto algunas consideraciones. Comprendemos en el proyecto a todos los buques de guerra, porque si los buques mercantes no pueden navegar sin estar nacionalizados y cubiertos por la bandera nacional, de la protección del derecho de su tripulación, equipaje y pasajeros, que nace de aquel hecho. Surge el derecho de extender sobre ellos el imperio de la ley penal.

"La aplicación de este principio no puede encontrar obstáculos cuan-

do el delito se ha cometido a bordo de un buque de guerra, aunque se halla en aguas jurisdiccionales de otro país, porque se reconoce con toda la generalidad que el buque de guerra representa la soberanía del país. Tampoco puede presentarlo cuando el delito se cometa a bordo de un buque mercante, en plena mar, por no estar ésta sometida a la autoridad de ninguna nación. Pero no ocurre lo mismo tratándose de delito cometido a bordo de un buque mercante que se encuentre en aguas de otro Estado. No reconociéndose en el buque mercante una representación de la soberanía, el imperio de la ley territorial bajo la cual se encuentra el buque, no debe encontrarse limitado por el de la ley nacional de este último. El artículo mismo reconoce este principio al establecer la aplicabilidad de la ley penal a los delitos cometidos en buques mercantes de bandera extranjera.

"Por otra parte, la República ha aceptado como regla de Derecho Internacional que los delitos cometidos a bordo de los buques mercantes son juzgados y penados por la ley del Estado en cuyas aguas jurisdiccionales se encontraba el buque al tiempo de perpetrarse la infracción.

"La comisión ha creído, no obstante estas circunstancias, que el Código debe consignar la regla que proyecta, aunque sea aparentemente contradictoria con el principio admitido en el mismo artículo. Las dificultades de aplicación no serán tales si se considera la prelación en que el Derecho Internacional se encuentra respecto del Derecho particular de cada Estado, en la solución de los conflictos internacionales. Si la disposición que proyectamos se hallara en pugna con un tratado o con prácticas recíprocas de otro Estado, prevalecería la ley o la costumbre internacional. Pero si el país en cuyas aguas jurisdiccionales se ha cometido el delito a bordo del buque mercante, renuncia a juzgarlo, no puede quedar impune el hecho. Bélgica, por ejemplo, deja a la justicia extranjera la represión de los delitos cometidos a bordo de un buque mercante por un hombre de equipaje hacia otro del mismo equipaje.

"Nuestro artículo no se hallaría en conflicto con la ley belga; en cambio podría quedar sin pena el hecho criminal cometido a bordo del buque argentino en aguas belgas. El código holandés sanciona en su artículo 3º el mismo principio de que tratamos, y como no declara

expresamente la aplicación de la ley penal holandesa a los delitos cometidos a bordo de buques extranjeros, puede inducirse que tampoco habrá conflicto entre dicha ley y la nuestra. Creemos, pues, dar con el artículo que proyectamos una regla que evite la impunidad de ciertos delitos, sin perjuicio de las excepciones que deba sufrir por el Derecho Internacional.

”La tercera disposición, contenida en el artículo 1º, declara la aplicabilidad de la ley penal a los delitos cometidos en los buques mercantes de bandera extranjera que se hallen en aguas jurisdiccionales de la República.

”Siendo esta regla reconocida en el Derecho Internacional con más generalidad que la precedente, dará lugar a menor número de casos de conflicto que aquélla. Queda dicho que es la reconocida por la República en el artículo 10 del Tratado de Montevideo. No es, sin embargo, imposible, que los conflictos se produzcan, pero por lo que se ha expuesto en el párrafo anterior será excusado el repetir que tales conflictos se resolverán por el Derecho Internacional; en el proyecto nos limitamos a dejar establecido que la República no renuncia a juzgar los delitos que se cometan bajo su soberanía; el carácter y la naturaleza de la infracción, las circunstancias en que se haya producido, y las relaciones con el Estado a que el buque pertenezca, podrán dar lugar a las excepciones a la regla que queda consignada.

”El artículo 2º establece la aplicación de las leyes del Código a los delitos de piratería, siempre que los responsables cayeren bajo el poder de la República. Ésta es también la regla admitida por el Tratado de Montevideo. Los buques piratas están despojados de todo vínculo de nacionalidad, por lo que se les considera fuera del Derecho Público. Siendo común a todos los Estados los peligros de piratería, del interés general de perseguir el delito ha nacido esta jurisdicción universal contra él.

”Los agentes o empleados de autoridades argentinas que se encuentren en el extranjero en desempeño de sus funciones, están necesariamente ligados a la ley del país en cuanto se refiere al ejercicio de aquellas funciones, y, en consecuencia, sujetos a ella por los delitos y faltas que en el mismo carácter ejecutaran. Ésta es la disposición del artículo 3º.

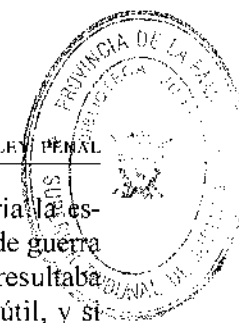
”Al legislar esta materia, algunos códigos penales, conservando la influencia del estatuto personal que liga al individuo a las leyes del país de origen, han extendido el imperio de la ley penal a los delitos que cometiera el nacional en territorio extranjero. La comisión no acepta la doctrina sancionada por aquellas leyes, pues la cree contraria a los fines que atribuye a la ley penal y a los principios admitidos por la legislación general. El habitante de la República, nacional o extranjero, domiciliado o transeúnte, por el solo hecho de pisar el territorio de la misma, quedando amparado por sus leyes, está sometido a las defensas que éstas pudieran oponerle si violara los derechos de las demás personas que ellas protegen. Consecuente con este principio, la Constitución declara la igualdad de todos los habitantes de la República para el ejercicio de sus derechos, con excepción de lo referente al poder exclusivamente político; y el Código Civil declara sometido a las leyes civiles a todos los habitantes de la República, sin distinción. La calidad de ciudadano o extranjero nada importa para el goce de los derechos o la sujeción a las restricciones, recíprocamente, ninguna aplicación debe tener la ley respecto del que no es habitante, aun cuando sea ciudadano. Es, pues, un principio aceptado por nuestra legislación el de que la ley no tenga más alcances que el de la defensa de la sociedad que protege y no la de una extraña. No es ésta una doctrina egoísta o mezquina, inspirada solamente en la conservación exclusiva del Estado, sin preocuparse de la sociedad en general o de la humanidad, sino una doctrina de respeto absoluto a la soberanía de todos los Estados”¹⁷⁸.

d) *El Proyecto de 1906*

El Proyecto de 1906 seguía el Proyecto de 1891, aunque le daba una forma distinta, ya que con un solo precepto abarcaba aquellas disposiciones.

El artículo 1º bajo el título de “Aplicación de la ley penal” expresaba: “Por delitos y faltas cometidas, o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, en buques que llevan su bandera, o en buques mercantes de bandera extranjera, que se hallen en aguas jurisdiccionales.

¹⁷⁸ MORENO, ob. cit., t. 1, ps. 234/237.



”2° Por delitos y faltas cometidas en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas, en desempeño de su cargo.

”3° Por delitos de piratería, cuando los responsables cayeren bajo el poder de la Nación.

”No se aplicará por delitos cometidos a bordo de buques mercantes de bandera argentina en aguas jurisdiccionales de otro Estado, si fueren reprimidos por éste”.

En la Exposición de Motivos se limitaba el Proyecto a decir que el código vigente no contiene regla alguna sobre la aplicación de la ley con relación al territorio. La gran mayoría de los códigos modernos dedican, sin embargo, a este punto, su primer capítulo, “y nosotros, siguiendo estos precedentes de la legislación universal, propondremos las disposiciones respectivas, porque consideramos indispensable que sea la ley misma la que fije con toda precisión su alcance jurisdiccional. A este fin responde el artículo 1° del proyecto”¹⁷⁹.

c) *La crítica del doctor Herrera*

Moreno afirma que el Proyecto de 1906 declaraba aplicable la ley penal a los delitos y faltas cometidos, o cuyos efectos deberán producirse: 1°) en el territorio de la Nación, en buques de su bandera y en buques de bandera extranjera, pero en sus aguas jurisdiccionales; 2°) en el extranjero, por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo; 3°) por delitos de piratería cuando los culpables cayeren bajo el poder de la Nación. Asimismo, sigue diciendo Moreno, se declara que el código no se aplicará por delitos cometidos a bordo de buques mercantes de bandera argentina en aguas jurisdiccionales de otro Estado, si fueren reprimidos por éste. De esa disposición, agregaba, se desprende que si se comete el hecho en un barco de bandera argentina, y en aguas jurisdiccionales de un Estado que no castiga tal hecho, serán los tribunales argentinos, aplicando la ley nacional, los destinados a proceder, haciendo efectiva la represión¹⁸⁰.

Julio Herrera criticó el proyecto y propuso modificaciones, tanto a la redacción como al contenido del proyecto. “En el primer inciso

encontraba que habían términos superfluos, siendo innecesaria la especificación, desde que la materia relacionada con los buques de guerra o mercantes estaba regida por la ley internacional, de lo que resultaba que si el Código concordaba con aquélla la repetición era inútil, y si tenía divergencias no podía prevalecer desde que las reglas de los tratados predominarían. Criticaba igualmente la redacción, y proponía una nueva, que consideraba más precisa para el caso de insistirse en ella, aun cuando creía más oportuna la supresión del primer inciso. Bastaría reemplazarlo con otro que estableciera que la ley se aplica a los delitos y faltas cometidos, o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación”¹⁸¹.

Estaba de acuerdo con el inciso 2°, pero conservaba que si se aceptara lo que proponía después acerca de la exterritorialidad de nuestra ley penal en lo que se refiere a los delitos cometidos en el extranjero contra nuestra Nación, como éstos comprenderían a aquéllos por tratarse de ofensas contra la administración pública, el inciso carecería de objeto. Por último, en cuanto al inciso 3°, entendía que correspondía su supresión por ser indudable el Derecho del país a juzgar los delitos de piratería y aplicable la ley nacional. “Los barcos piratas no tienen bandera, no tienen la protección de ningún Estado, y perseguirlos es un deber de civilización”¹⁸².

Las críticas de Julio Herrera fueron escuchadas y tuvieron influencia importante en la elaboración parlamentaria, dando lugar a que el artículo del Proyecto de 1906, reproducido por el diputado Moreno en 1916, fuera luego modificado, hasta llegarse a la redacción definitiva del código vigente¹⁸³.

f) *El Proyecto presentado a la Cámara de Diputados en 1916*

Rodolfo Moreno (h), autor del proyecto que presentó en la Cámara, a raíz de estos antecedentes introdujo en el artículo 1° del Proyecto de 1906 una sola modificación. Pensaba, por razones dadas en capítulo especial, que la legislación de faltas no debía ser comprendida dentro

¹⁷⁹ MORENO, ob. cit., t. I, p. 238.

¹⁸⁰ MORENO, ob. cit., t. I, ps. 238/239.

¹⁸¹ MORENO, ob. cit., t. I, ps. 238/239.

¹⁸² MORENO, ibídem.

¹⁸³ MORENO, ob. cit., t. I, p. 240.

del Código Penal, por tener estas infracciones carácter local y corresponder su represión a las provincias. En consecuencia, modificó el primer inciso, para que el Código se aplicara sólo a los delitos cometidos y no a los delitos y las faltas.

El artículo quedó redactado en los mismos términos, con sólo esa alteración¹⁸⁴.

g) *El despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria*

La comisión especial de la Cámara de Diputados modificó el proyecto, manteniendo los tres primeros incisos, pero agregando uno nuevo: el cuarto. En síntesis, el texto del artículo quedó de la siguiente forma:

"Este código se aplicará:

"1º) Por los delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, en sus buques de guerra, en los mercantes que tienen su bandera cuando naveguen en alta mar o se encuentren en aguas jurisdiccionales de un Estado que no los reprimiese, o en los buques mercantiles de bandera extranjera que se hallen en sus aguas jurisdiccionales.

"2º) Por los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas, en desempeño de su cargo.

"3º) Por delitos de piratería, cuando los responsables cayeran bajo el poder de la Nación.

"4º) Por los delitos cometidos en el extranjero por argentinos nativos; cuando fueren aprehendidos por las autoridades nacionales y la extradición fuese denegada, o no fuese requerida dentro de los tres meses de la detención"¹⁸⁵.

En la Exposición de Motivos se sostuvo: "La legislación en vigor ha omitido el título sobre la aplicación de la ley penal que traen caso todos los códigos, como lo hacen notar los autores del Proyecto de 1906. Hemos aceptado ese título, teniendo en cuenta las observaciones de la Exposición de Motivos; pero introduciendo modificaciones, que eran indispensables para completar y mejorar el conjunto del proyecto.

¹⁸⁴ MORENO, ob. cit., ibídem.

¹⁸⁵ MORENO, ob. cit., t. I, p. 241.

El contenido del artículo 1º se conserva, variándose sus formas, para dejarlo redactado de manera más precisa. La comisión ha tenido en cuenta para las referidas modificaciones, lo expuesto en 'La Reforma Penal', del doctor Julio Herrera. En este artículo se ha agregado también el inciso 4º, que contiene nuevas previsiones.

"Puede presentarse el caso de un argentino que habiendo cometido un delito en el extranjero no fuese aprehendido por las autoridades del país en que delinquiró y lo fuese en cambio por las argentinas. En casos de esta índole, la extradición suele denegarse, pues es general la tendencia a juzgar al nacional por tribunales de su país. Nosotros hemos tenido el ejemplo en el caso tan comentado hace algunos años del hombre descuartizado. El delito se cometió en Buenos Aires, el delincuente era francés y fue aprehendido por las autoridades francesas, las que negaron la extradición y juzgaron al reo en su propio país.

"El inciso a que se hace referencia, para no modificar los tratados existentes y no introducir normas para los que puedan celebrarse en adelante, se limita a establecer que si la extradición fuere denegada o no fuere requerida dentro de un cierto término, el juzgamiento se hará por los tribunales del país.

"De esta manera no se atacan los principios del Derecho Internacional, no se complica nada de lo existente, y se contiene una previsión de todo punto necesaria"¹⁸⁶.

h) *Las modificaciones propuestas por el doctor Rojas*

Afirma Moreno que la Comisión de Códigos del Senado le encargó al ex senador por San Juan doctor Ángel Rojas el estudio del proyecto sancionado por la Cámara de Diputados, que en general fue aceptado. El doctor Rojas propuso que el primer artículo se redactara en los siguientes términos:

"Este código se aplicará:

"1º) A los delitos cometidos, o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación.

"2º) Por los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo".

¹⁸⁶ MORENO, ob. cit., t. I, ps. 241/242.

Las modificaciones consistían en la nueva redacción del inciso 1º y en la supresión del inciso 3º, y del resto del precepto. El único inciso que se mantenía en toda su integridad era el 2º¹⁸⁷.

i) *Las reformas del Senado*

La segunda reforma del Senado agregó las palabras: “o en los lugares sometidos a su jurisdicción”, que fuera en definitiva el texto que rige hoy día. En la sesión del 27 de agosto de 1921 y previo informe del senador doctor Joaquín V. González, el artículo fue aprobado, pasando luego a la Cámara de Diputados, en donde la comisión especial aconsejó se aceptasen las reformas introducidas¹⁸⁸.

Moreno critica la supresión del artículo 4º que había preparado la Comisión de Diputados de 1917. El senador Rojas, que fue uno de los que la sostuvo, afirmaba que los tratados existentes y la Ley General de Extradición 1621 alcanzaban al respecto. Moreno afirma en tono crítico que “la disposición no se proyectó para los casos en que hubiesen tratados. Concurriendo éstos son la ley suprema de la Nación y rigen obligando a los jueces. Pero con relación a los países, con los cuales esos tratados no existen, se requería un precepto en la ley nacional que terminara con cualesquiera dificultades”¹⁸⁹. El planteo de Moreno es que no rigen iguales códigos en las provincias. De modo que la ley de extradición habría sido abrogada por cada uno de los Códigos de provincia, en la parte que se contradice¹⁹⁰.

3. *Análisis del artículo 1º del Código Penal*¹⁹¹

a) *Introducción*

Moreno explica la cuestión de la siguiente forma, al fundamentar la importancia que el Código Penal tiene en referencia a las reglas necesarias en cuanto a la ley penal y al territorio. “Fijar las reglas

¹⁸⁷ MORENO, *ibidem*.

¹⁸⁸ MORENO, *ob. cit.*, t. I, ps. 250/251.

¹⁸⁹ MORENO, t. I, *ibidem*.

¹⁹⁰ MORENO, *ob. cit.*, t. I, *ibidem*.

¹⁹¹ Téngase en cuenta lo explicado con anterioridad en cuanto a los principios que rigen la materia.

relativas a la aplicación de la ley penal equivale a decir cuál es la extensión de su imperio. Corrientemente se sabe que la ley se aplica en el territorio del Estado para el cual se ha dictado, porque dentro de sus límites es donde se ejercita la autoridad que le ha dado nacimiento. Pero las complicaciones de la vida jurídica, derivadas de hechos y circunstancias diversas, dan lugar a problemas que deben solucionarse dentro de lo posible, para evitar dificultades”¹⁹². Los ejemplos de los delitos en un barco mercante en alta mar, en aguas jurisdiccionales nacionales o extranjeras, dan la pauta de la dificultad.

Ahora bien, la mayoría de estos problemas, afirma Moreno, deben ser solucionados mediante los tratados con las potencias extranjeras, pero los problemas internos deben ser definidos por el propio Código Penal. Ya el artículo 3º de la ley 48 decía que los jueces de sección conocerán de todas las causas que competen a la justicia nacional, mencionando en el inciso 1º a los crímenes cometidos en alta mar, a bordo de buques nacionales o por piratas extranjeros¹⁹³.

También recuerda el Tratado de Montevideo de 1889 (art. 1º), el cual, en el precepto genérico, afirma que los delitos se juzgan por los tribunales y se penan por las leyes de la Nación, en cuyo territorio se perpetran, cualquiera sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado.

b) *El principio que sigue la ley*

Es claro que el principio que toma la ley argentina en general es el territorial, esto es, la ley penal se aplica dentro del territorio argentino a todos, ya sean éstos ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transcúntes. La ley, afirma Moreno, se aplica allí donde manda la entidad que la dicta. Rige por tanto dentro del territorio del Estado. Ahora bien, éste es el principio, pero existen lugares del territorio en donde no se aplica, por una parte, y lugares que no son el territorio, en donde sí se aplica¹⁹⁴.

Moreno habla de la ficción de la extraterritorialidad, que es el caso

¹⁹² MORENO, *ob. cit.*, t. I, p. 225.

¹⁹³ MORENO, *ob. cit.*, t. I, p. 225.

¹⁹⁴ MORENO, *ob. cit.*, t. I, p. 229.

en que el Estado no interviene con relación a determinados hechos que han ocurrido en los locales de las legaciones extranjeras. Y los barcos de guerra como porciones del país a cuya bandera pertenecen, luego, en consecuencia, los hechos ocurridos en su interior son objetos de consecuencias jurídicas ni de juicios dentro el país cuyas aguas territoriales o puertos se encuentre la nave extranjera. Boggiano completa la idea afirmando que “también están sujetas las aguas jurisdiccionales, el subsuelo y el espacio aéreo, las naves públicas. Las privadas quedan sometidas a la jurisdicción de su bandera en alta mar y al principio territorial cuando están en aguas jurisdiccionales”¹⁹⁵. En este último supuesto se trae como ejemplo el caso fallado por la Corte Suprema de Justicia “Basilio Adam” (*Fallos*: 25:189) en el cual se consideró competentes a los jueces argentinos para el juzgamiento de un homicidio que había sido cometido en un buque mercante griego en el puerto de Buenos Aires. La Corte avaló el fallo del juez federal de Buenos Aires que en uno de sus párrafos afirmaba: “Considerando que la competencia del juzgado federal de la Capital para juzgar a Adam, nace del precepto contenido en el inciso 2º del artículo 3º de la ley 48; que en toda nuestra legislación positiva no existe disposición alguna que exceptúe de esta regla los buques de otras nacionalidades, ni puede considerarse implícitamente establecida tal excepción, porque constituye una demostración de la jurisdicción absoluta y excluyente que toda nación ejerce dentro de su territorio, como un atributo esencial de su soberanía (Bello, *Principios de Derecho Internacional*, p. 66); que aunque el derecho de gentes a cuyos principios deben conformar sus resoluciones los jueces nacionales, según lo exijan los casos sometidos a su conocimiento, atento a lo dispuesto en el artículo 21 de la ley antes citada, reconoce actualmente sin discusión el principio de la extraterritorialidad, que importa el de sustraer a la jurisdicción local a los buques de guerra en virtud de una ficción de derecho que los supone formando parte de la nación cuya bandera llevan, por razones políticas que todas las naciones han convenido en aceptar y respetar, porque la bandera que los cubre es la representación directa e inmediata de la soberanía (Fiori, t. 2, p. 349), no sucede lo mismo respecto de

¹⁹⁵ BOGGIANO, ob. cit., p. 10.

los buques mercantes, porque, como lo reconocen los mismos sostenedores de la extraterritorialidad, desde el momento que entran a un puerto, tienen que someterse necesariamente a la jurisdicción local para los diversos actos que pertenecen al régimen exterior del buque y sus operaciones comerciales, y no podría subsistir otra jurisdicción extraña en que se ocasionaran conflictos entre ambas (Fiori, t. cit., p. 396)”¹⁹⁶.

En síntesis, el Estado ejerce su dominio y aplica la ley a todo lo que considera accesorio territorial, como ser las aguas de los mares que lo rodean, hasta las distancias que establecen las convenciones¹⁹⁷.

Podemos concluir que el criterio para juzgar el espacio territorial, en palabras del autor del Código, es el viejo concepto romano “El dominio se extiende hacia arriba y hacia abajo, comprendiendo el espacio aéreo y el subterráneo”¹⁹⁸.

1º) *El territorio*

Ya se ha sostenido que el artículo 1º del Código Penal consagra el principio territorial como rector de la aplicación de la ley penal, y que éste es un concepto eminentemente normativo. Soler, quien sustentaba esta opinión, insistía en que el concepto de territorio en el artículo 1º del Código Penal no está utilizado con un sentido geográfico sino jurídico, de modo que incluye tanto el territorio propiamente dicho como los lugares “sujetos a su jurisdicción”¹⁹⁹⁻²⁰⁰.

Esta idea, en el sentido de que se trata de un elemento normativo

¹⁹⁶ El fallo de la Corte es de 21-4-1883, citado por BOGGIANO, ob. cit., p. 11.

¹⁹⁷ MORENO, ob. cit., t. I, p. 229.

¹⁹⁸ MORENO, ob. cit., t. I, p. 229.

¹⁹⁹ SOLER, *Derecho Penal argentino*, p. 193.

²⁰⁰ De la Rúa y Núñez entienden que la aplicación de la ley penal en “los lugares sujetos a su jurisdicción” no es una emanación del principio territorial sino extraterritorial (DE LA RÚA, ps. 7/8). En ese sentido De la Rúa distingue el territorio argentino, conformado por la superficie geográfica argentina, el subsuelo y el espacio aéreo, y “los lugares sometidos a la jurisdicción argentina”, que comprende las naves, construcciones flotantes y aeronaves argentinas y los territorios enemigos ocupados por tropas argentinas en tiempo de guerra (ob. cit., p. 8). Por su parte, Fontán Balestra entiende que en el caso de los delitos cometidos en “los lugares sujetos a su jurisdicción” se aplica el principio real o de defensa (ob. cit., p. 125).

y no meramente físico, tiene una consecuencia importante que consiste en que no coincide el territorio con la extensión física, sino que debe tenerse en cuenta las tierras comprendidas dentro de los límites que internacionalmente le son reconocidos y fijados geográfica o política-mente, además del mar territorial y el espacio aéreo sobre ellos.

También abarca las naves y aeronaves públicas y privadas con pabellón nacional, según la regulación específica²⁰¹. Es llamado "territorio flotante" sujeto a la ley del pabellón, por el cual la ley del Estado es aplicable a los delitos cometidos en buques o aeronaves que lleven su bandera²⁰². También se incluyen los territorios enemigos ocupados por nuestras tropas en tiempos de guerra²⁰³, donde rige la jurisdicción nacional, conforme lo dispone el artículo 111 del Código de Justicia Militar²⁰⁴.

Por el contrario, no incluye el local de las embajadas argentinas en el extranjero e, inversamente, son parte del territorio nacional los locales de las embajadas extranjeras acreditadas ante nuestro país²⁰⁵. Ya no se sostiene el principio de extraterritorialidad²⁰⁶ por el cual se

²⁰¹ CREUS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 109.

²⁰² SMOLIANSKI, *Manual de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 55. Sin perjuicio de ello, el autor aclara que no se da el mismo tratamiento a los buques y aeronaves según se encuentren afectados a cumplir un servicio público o particular.

²⁰³ Art. 111 del Código de Justicia Militar: "Cuando las tropas de operaciones se hallasen en territorio del enemigo, están sujetos a la jurisdicción de los tribunales militares todos los habitantes de la zona ocupada, que fueren acusados por cualquiera de los delitos o faltas comunes, salvo que la autoridad militar dispusiere que éstos sean juzgados por los tribunales comunes de la zona ocupada".

²⁰⁴ Ricardo C. Núñez (ob. cit., p. 170) afirma, asimismo, que la jurisdicción de los territorios extranjeros, amigos o neutrales, ocupados por las tropas nacionales depende de los tratados o convenciones (art. 112 del Código de Justicia Militar, que reza: "Si estuvieren en territorio extranjero, amigo o neutral, se observarán, en cuanto a la jurisdicción y competencia de los tribunales militares, las reglas que fueren estipuladas en los tratados o convenciones con la potencia a quien perteneciera el territorio. A falta de convención, la jurisdicción y competencia de los tribunales para las propias fuerzas será la que establece el presente Código").

²⁰⁵ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., p. 193. En el mismo sentido, Fontán Balestra (ob. cit., p. 129), quien entiende que las sedes de las embajadas o legaciones, sean las de representaciones argentinas en el extranjero o las de otros países en el nuestro, no son parte del territorio del país representado.

²⁰⁶ DE LA RÚA, ob. cit., p. 17.

concebía a los edificios que ocupaban las embajadas o delegaciones diplomáticas como parte del territorio del Estado representado y tan sólo se admite la posibilidad de aplicar el Derecho Penal de aquel Estado en razón de la función y con arreglo a lo previsto en el inciso 2º del artículo 2º del Código Penal²⁰⁷.

Aclarado el punto debe analizarse cuál es en concreto el territorio al que hace relación el artículo 1º del Código Penal.

2º) Alcance del territorio

a) *La llamada superficie geográfica.* Es el espacio comprendido entre los límites naturales o convencionales de la Nación. Los límites del territorio continental son: al Norte, Bolivia, Paraguay y Brasil (parte de este límite está determinado por los ríos Pilcomayo, Paraguay, Paraná e Iguazú); al Oeste la Cordillera de los Andes, límite natural con Chile; al Este, Brasil y Uruguay (con los ríos San Antonio, Pepirí Guazú, Uruguay y de la Plata) y el océano Atlántico; al Sur, Chile (canal de Beagle) y el océano Atlántico²⁰⁸.

Cuando se trata de los ríos internacionales navegables generalmente se ha seguido la tesis del curso más profundo o vaguada, en tanto en los ríos internacionales no navegables se ha fijado la línea media que separa a ambas orillas²⁰⁹.

Caso especial es el del Río de la Plata que se rige por el Tratado

²⁰⁷ Soler entiende que no se trata de una exención territorial sino personal de aplicación de la ley penal.

²⁰⁸ Ver http://republica_argentina.ar.tripod.com. Además de la superficie continental, forman parte del territorio argentino las Islas Georgias del Sur, Sándwich del Sur, Orcadas del Sur y Shetland del Sur. Aún no se ha dirimido el conflicto con Gran Bretaña por la soberanía en las Islas Malvinas, que nuestro país reclama. Asimismo, queda pendiente la resolución internacional de la reivindicación del sector antártico comprendido entre los 60 hasta los 90 grados de latitud sur, encerrados entre los meridianos de 25 y 74 grados de longitud oeste, con una superficie de 965.597 km². Respecto de ello, la ley 23.968 expresa que "Con respecto al Sector Antártico Argentino, sobre el cual la República Argentina tiene derechos soberanos..." Sumada la superficie referida a la del territorio de las islas del Atlántico Sur (3.867 km²) y a la superficie continental (2.791.810 km²) da un área total del país de 3.761.274 km².

²⁰⁹ FIERRO, ob. cit., p. 218.

del Río de la Plata y su frente marítimo²¹⁰ suscripto el 19 de noviembre de 1973 y ratificado por ley 20.645. En tanto el río Uruguay se rige por el Tratado de límites entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay en el río Uruguay²¹¹ del 7 de abril de 1961, ratificado por ley 15.868.

En lo que concierne a las cadenas montañosas, la tesis generalmente impuesta ha sido la de la línea imaginaria que pasa por las más altas cumbres y la línea divisoria de aguas²¹².

b) *Mar territorial*. La soberanía del Estado ribereño se extiende al mar adyacente en una extensión de doce millas medidas a partir de las líneas de base determinadas según lo dispone la 2ª Convención de Derecho del Mar de 1982²¹³, la cual se encuentra limitada por el “paso inocente” de los navíos que enarbolan un pabellón extranjero²¹⁴. Esta soberanía incluye el lecho y el subsuelo del mar.

Los delitos cometidos en un buque que se encuentre transitando en paso inocente han sido regulados de diferente manera. El Estado ribereño ejerce su jurisdicción cuando el delito tenga consecuencias en él, la infracción pueda afectar la paz del país o el buen orden en

²¹⁰ Establece una zona costera exclusiva para cada Estado de 7 millas entre el límite exterior del río y la línea recta imaginaria que une Colonia (Uruguay) y Punta Lara (Argentina) y de 2 millas desde esta última línea hasta el paralelo de Punta Gorda (FIERRO, ob. cit., p. 219). “...fuera de ellas rige la ley del pabellón que se extiende a naves extranjeras involucradas en siniestros con naves de alguno de los Estados. Por otra parte, se establece en las aguas no jurisdiccionales la regla de la jurisdicción a favor de uno de los Estados, ‘en todos los casos en que se afecte su seguridad o se cometan ilícitos que tengan efecto en su territorio, cualquiera sea la bandera del buque involucrado’ (art. 3º). Asimismo, cuando esta circunstancia se dé para los dos Estados, se otorga preferencia al que ejerce jurisdicción en la faja costera más próxima al lugar de aprehensión (art. cit.), y una regla general de prioridad a favor de la mayor proximidad a la franja costera en relación al ‘lugar en que se produzcan los hechos’ (art. 4º), a más de reglas de persecución y cooperación (art. 5º)” (DE LA RÚA, ob. cit., p. 9).

²¹¹ “Se combinan según la traza del río y la ubicación de islas, los principios de línea media y del eje del Canal Principal de Navegación”. Refiere De la Rúa que sobre tales bases se acordó el Estatuto del Río Uruguay por el Tratado de Salto del 26-2-75, ratificado por ley 21.413, donde se precisan las competencias (ob. cit., p. 9).

²¹² FIERRO, ob. cit., p. 218.

²¹³ La línea de base es la línea de la hajamar a lo largo de la costa (art. 5º).

²¹⁴ FIERRO, ob. cit., p. 222.

el mar territorial, el capitán o autoridades diplomáticas o consulares del país del pabellón del buque hayan solicitado la asistencia de autoridades locales, cuando las medidas sean necesarias para la represión del tráfico de estupefacientes. Si la embarcación procedía de aguas interiores, el Estado puede aplicar sus leyes. Si la embarcación no ingresa en aguas interiores y el delito se comete antes de que entre al mar territorial y procede de un puerto extranjero, no se aplica la ley del Estado ribereño²¹⁵.

Existe también la llamada “zona contigua” que se extiende hasta 24 millas a contar desde las respectivas líneas de base, donde el Estado ribereño no ejerce su soberanía pero tiene ciertos poderes limitados. La ley 23.968 establece que en esta zona la Nación Argentina puede prevenir y sancionar las infracciones a sus leyes y reglamentos en materia fiscal, sanitaria, aduanera y de inmigración que se cometan en su territorio o en su mar territorial.

La soberanía del Estado ribereño alcanza la plataforma continental, que abarca el lecho, el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá del mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural del territorio hasta el borde exterior del margen continental que llega a una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base desde las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia²¹⁶.

La Convención de 1982 establece la categoría de “zona económica exclusiva”, de una anchura máxima de 200 millas donde se reconocen especialmente derechos en materia pesquera²¹⁷.

El artículo 78 de la Convención de Derecho del Mar de 1982 señala que los derechos otorgados a los Estados ribereños sobre las zonas descriptas no modifican el régimen jurídico que corresponde a las aguas suprayacentes ni al espacio aéreo que se levanta sobre ellas²¹⁸.

En caso de accidentes geográficos de costas que comprendan arre-

²¹⁵ FIERRO, ob. cit., p. 224.

²¹⁶ FIERRO, ob. cit., p. 227.

²¹⁷ FIERRO, ob. cit., p. 228.

²¹⁸ FIERRO, ob. cit., p. 228.

cifes, aberturas profundas, desembocaduras de ríos, bahías, etcétera, es preciso definir su límite con el mar territorial, pues se trata de “aguas interiores” donde el Estado ribereño tiene plena soberanía sin la limitación del paso inocente. En nuestro país, la ley 23.968 regula lo concerniente a la determinación de las líneas de base de la República Argentina²¹⁹.

De la regulación del régimen para las islas y archipiélagos también se ha encargado la Convención de 1982, reconociéndoseles los derechos a tener un mar territorial y la respectiva plataforma continental o zona económica exclusiva. En el caso de los estados archipelágicos, se les reconoce también la soberanía en sus aguas interiores, limitadas por las líneas de base archipelágicas rectas que unen los puntos extremos de las islas y los arrecifes emergentes más alejados del archipiélago²²⁰.

c) *El subsuelo*. Abarca a todo el perímetro del territorio nacional, del mar territorial y de la plataforma continental²²¹.

d) *El espacio aéreo*. Como se ha venido diciendo, se trata de una figura antigua que abarca la zona comprendida entre las líneas imaginarias verticales que circunscriben el territorio de la República. Queda excluido el “espacio extraterrestre”²²², que se ha declarado patrimonio exclusivo de la humanidad.

Abarca tanto el espacio subyacente al territorio y al mar territorial del Estado, presentándose como una extensión lógica y complementaria del señorío ejercido sobre esas superficies, pues afecta la seguridad de los bienes y de las personas existentes en ellos²²³.

Hay que tener en cuenta la evolución de los criterios para determinar la separación entre el “espacio aéreo” y el “espacio extraterres-

²¹⁹ FIERRO, ob. cit., ps. 228/229.

²²⁰ FIERRO, ob. cit., p. 230.

²²¹ FIERRO, ob. cit., p. 230. De la Rúa, con cita de Soler, Gómez y Núñez, sostiene que comprende el subsuelo de las tierras y aguas jurisdiccionales (ob. cit., p. 10).

²²² Que ha sido sometido a un régimen de libertad de uso y exploración, supeditada al uso pacífico, desmilitarizado y excluido de todo reclamo de soberanía (FIERRO, ob. cit., p. 249). Respecto a la desmilitarización, Fierro admite que es un principio más aparente que real.

²²³ FIERRO, ob. cit., p. 253.

tre”. En la actualidad, existe el criterio de que el país subyacente establece rutas aéreas internacionales prefijadas y zonas de sobrevuelo prohibido²²⁴.

En nuestro país la norma que regula el régimen de las aeronaves es el Código Aeronáutico (decreto-ley 17.285). Cuando se refiere a “aeronave” la define como aquel aparato o mecanismo que puede circular en el espacio aéreo y sea apto para transportar personas o cosas. Luego admite la distinción entre aeronaves públicas (las que prestan un servicio público) y privadas (que desarrollan un servicio privado, aun perteneciendo al Estado)²²⁵.

En tiempos de paz, rige la ley del pabellón mientras la aeronave sobrevuele territorios extranjeros o una zona de libertad como alta mar²²⁶.

La ley argentina se aplica²²⁷, en primer lugar, cuando el hecho es cometido en vuelo sobre el territorio argentino, sobre aguas donde la Nación ejerce su jurisdicción o donde ningún Estado ejerza su soberanía (por ej.: alta mar); en segundo lugar, cuando el delito cometido afecta un interés legítimo del Estado argentino o de personas domiciliadas en él. Además, cuando el primer aterrizaje posterior a la comisión del delito se produzca en suelo argentino.

Distinto es el caso de aeronaves con pabellón extranjero que sobrevuelen el territorio argentino o sus aguas jurisdiccionales. En este caso se aplica la ley argentina²²⁸, en primer lugar, cuando se infrinjan con el hecho leyes de seguridad pública, militares o fiscales; en segundo lugar, cuando se vulneren leyes o reglamentos de circulación aérea; en tercer lugar, cuando se comprometa la seguridad, el orden público o se afecte el interés del Estado o a las personas domiciliadas en él; por último, cuando tenga lugar en el país el primer aterrizaje posterior al hecho.

e) *El territorio flotante y el régimen de alta mar*. Señala Fierro

²²⁴ FIERRO, ob. cit., p. 251.

²²⁵ FIERRO, ob. cit., p. 254.

²²⁶ FIERRO, ob. cit., p. 255.

²²⁷ FIERRO, ob. cit., ps. 255/256.

²²⁸ Cfr. FIERRO, ob. cit., p. 256.

que todas las naves bajo el pabellón argentino son, jurídicamente, territorio del país, conforme a las previsiones de la Ley de Navegación 20.094²²⁹. Sin embargo, dentro de este concepto de territorio flotante se debe distinguir a los buques, que es toda construcción flotante destinada a navegar por agua, y el llamado artefacto naval, que es cualquier otra construcción flotante auxiliar de la navegación pero no destinada a ella, aun cuando pueda desplazarse por el agua en trechos cortos²³⁰.

Es importante distinguir entre buques públicos y privados. En cuanto al primer caso, debe tenerse por tal aquellos que esencialmente son afectados al servicio del poder público²³¹. El solo hecho de ser propiedad del Estado no les da carácter público²³². Por ende, los buques, aun cuando fueren propiedad del Estado, deben considerarse privados. Se excluye del régimen de la ley 20.094 a los buques militares y de policía que, naturalmente, revisten carácter de públicos para el Derecho Internacional²³³ y rige sin excepción la ley del pabellón²³⁴.

En este territorio flotante, con bandera argentina, es más que obvio que se aplicará la ley nacional, sea que se encuentren en lugares sometidos a su jurisdicción, en el mar libre o durante el paso inocente en un mar territorial extranjero²³⁵.

A este principio se le oponen excepciones. En primer lugar, cuando media abordaje o cualquier otro accidente en la navegación que implique una responsabilidad penal o disciplinaria del capitán o del personal del navío. En este caso, no sólo las autoridades del Estado del

²²⁹ FIERRO, ob. cit., p. 233.

²³⁰ FIERRO, ob. cit., p. 233.

²³¹ Ya sea de modo permanente, como las naves militares, policiales o aduaneras, o de modo eventual (DE LA RÚA, ob. cit., p. 14).

²³² NÚÑEZ, ob. cit., p. 169.

²³³ FIERRO, ob. cit., p. 233. Los buques públicos, sean de guerra, policía o afectados a un servicio público, gozan de la completa inmunidad de jurisdicción respecto de Estados extranjeros (FIERRO, ob. cit., p. 237).

²³⁴ DE LA RÚA, ob. cit., p. 14.

²³⁵ El capitán del buque debe, en caso de delito a bordo, instruir el sumario respectivo con arreglo a lo dispuesto en la ley procesal penal vigente para la justicia federal, cesando su intervención al llegar a puerto, donde debe comunicar de inmediato el procedimiento a las autoridades diplomáticas o consulares del país, si se trata de un puerto extranjero (FIERRO, ob. cit., p. 234).

pabellón pueden tomar las medidas correspondientes sino también autoridades del Estado a cuya nacionalidad pertenezcan los imputados²³⁶; en segundo lugar, cuando se compruebe la existencia de transporte de esclavos. La Convención de Derecho del Mar de 1982 otorga derecho de visita a los buques de guerra o aeronave militar de cualquier país cuando existan motivos razonables para sospechar que un buque se dedica al transporte de esclavos²³⁷. En tercer lugar, tenemos el caso de piratería, en el cual todo buque de guerra, aeronave militar o navío al servicio de un Estado puede apresarse en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de determinado Estado, a un buque o aeronave pirata, detener a los responsables e incautar los bienes que se encuentren a bordo²³⁸. En cuarto lugar, en los supuestos de transmisiones no autorizadas de radio o televisión difundidas desde un buque o instalación en alta mar²³⁹. En quinto lugar, en los que se dé el llamado "derecho de persecución", otorgado a buques o aeronaves militares, que deben tener signos claros a los efectos de su identificación como pertenecientes a buques al servicio del gobierno y que tengan autorización para perseguir a otra nave de la cual se tenga sospechas de que ha infringido o está infringiendo la ley del Estado.

La persecución en alta mar es permitida si comenzó dentro del mar territorial o zona contigua y no se interrumpió. Debe cesar si la nave perseguida penetra en el mar territorial de su propio Estado o de un tercer país²⁴⁰.

²³⁶ FIERRO, ob. cit., p. 237.

²³⁷ FIERRO, ob. cit., p. 237.

²³⁸ Aplicando el principio universal, mundial o cosmopolita, el Estado al que pertenezca la nave que apresó al buque pirata podrá aplicar su propia ley y juzgarlo, cualquiera sea el lugar donde se cometieron los delitos (FIERRO, ob. cit., p. 238).

²³⁹ La persona que lleve a cabo esas transmisiones puede ser juzgada no sólo por las autoridades del pabellón del buque desde el cual se realizan sino también por las autoridades del Estado en que esté registrada la instalación, las autoridades del Estado de la nacionalidad de los imputados, por las autoridades del cualquier Estado en donde esas transmisiones sean recibidas o por cualquier Estado que sufra interferencias en sus transmisiones debido a esas emisiones ilegales. También cualesquiera de esos Estados puede en alta mar apresarse a los infractores y confiscar el equipo emisor (FIERRO, ob. cit., p. 238).

²⁴⁰ FIERRO, ob. cit., ps. 238/239.

En sexto lugar, en el caso de tráfico de estupefacientes, en el cual los Estados están obligados a la cooperación para la represión de este tipo de delitos. Esto le permite al Estado que tenga sospechas fundadas de un posible tráfico de estupefacientes que pueda llevarse en un buque a exigir la cooperación de otros Estados para apresar a los presuntos delincuentes²⁴¹.

Por último, en los supuestos de delitos que se hayan cometido en una nave privada que surta efecto en un puerto extranjero existen dos criterios: la llamada "teoría inglesa", que afirma que rige y se aplica la ley local sin excepciones de importancia, y la "teoría francesa o italiana", que otorga la competencia a los tribunales locales cuando el delito afecta a personas o intereses extraños a la nave²⁴². Ya se ha visto el criterio de la Corte de la Nación en este tema.

f) *Los territorios enemigos ocupados por las tropas argentinas en tiempo de guerra.* La cuestión es de excepción, pero es claro que se trata de una forma de territorio en donde rige la ley del Estado ocupante²⁴³. Se trata de la imposición de la soberanía, aunque sea por poco tiempo, del Estado ocupante²⁴⁴.

Conforme a las leyes y usos internacionales vigentes, la administración de justicia local sigue funcionando, pues la ocupación es transitoria²⁴⁵ debido a las contingencias bélicas y ello no aniquila la soberanía del país ocupado sino que tan sólo la suspende, de acuerdo al tiempo en que se produce la ocupación y salvo el caso de posibles anexiones. De modo que los tribunales locales siguen aplicando la legislación propia, además de las prescripciones dictadas por el ocu-

²⁴¹ FIERRO, ob. cit., p. 239.

²⁴² FIERRO, ob. cit., p. 241.

²⁴³ FIERRO, ob. cit., p. 262.

²⁴⁴ FIERRO, ob. cit., p. 263.

²⁴⁵ La ocupación de territorios enemigos no implica ningún traspaso legal de la soberanía sino sólo de hecho, a menos que la ocupación fuere definitiva e importe la desaparición del anterior Estado por anexión y, como consecuencia de ello, deje de existir como sujeto de Derecho Internacional. También debe ser diferenciado de la mera invasión o irrupción en el territorio enemigo, pues su característica es la efectividad y relativa permanencia de la autoridad ejercida por el ocupante (FIERRO, ob. cit., ps. 263/264).

pante. Todo ello sin perjuicio de que la potencia ocupante decida aplicar por medio de sus tribunales las normas vigentes²⁴⁶.

Por último, la jurisdicción de los territorios extranjeros amigos o neutrales, ocupados por esas tropas, depende de los tratados o convenciones²⁴⁷.

c) *Los problemas concretos*

Los puntos que deben analizarse, aunque sean de manera sucinta, son los siguientes: 1º) igualdad de nacionales y extranjeros; 2º) lugar de comisión del delito; 3º) casos de delitos permanentes, continuados y habituales; 4º) tentativa; 5º) autoría y complicidad.

1º) *Igualdad de nacionales y extranjeros*

En cuanto a este punto, ya se lo ha explicado ut supra, de modo que nada más se debe agregar a esto.

2º) *Lugar de comisión del delito*

El Código habla, en el caso del lugar de comisión del delito, que la ley se aplica a delitos cometidos o cuyos efectos deban cometerse en el territorio. Sólo hemos de precisar algunos puntos.

La ley argentina ha tomado como base el criterio de la unidad de delito o de la ubicuidad en el artículo 1º del Código Penal. No hay problema con Estados extranjeros, pero se pueden suscitar problemas entre las provincias y entonces la discusión será acerca de cuál es la jurisdicción que debe entender en el caso, ya que al ser un Estado federal, cada provincia mantiene la facultad de legislar la materia procesal. Para Soler, el tema se resuelve por el lugar de la consumación, al igual que para Jofré, cuando anota el Código de Procedimientos de la Capital Federal, vigente en ese entonces²⁴⁸.

Jiménez de Asúa insiste en que el lugar de comisión es "aquel en que se manifiesta la voluntad y no donde el resultado se produce, pero

²⁴⁶ FIERRO, ob. cit., ps. 262/265.

²⁴⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 170.

²⁴⁸ Ambos citados por JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 827.

si existe diferencia de tiempo y de sitio entre uno y otro, a pesar de la unidad conceptual del acto integrado por sus tres elementos (manifestación de la voluntad, resultado y relación causal), conviene seguir, desde el punto de vista de mera práctica cosmopolita y para evitar competencias negativas, el régimen acogido por los Códigos de Italia, Suiza, etcétera, llamado de la ubicuidad. Tanto se estima cometido el delito en el lugar en que se manifestó la voluntad, como allí donde el resultado se produjo²⁴⁹.

En los llamados delitos a distancia, el problema parece solucionado por el artículo 2º del Tratado de Montevideo de 1889: "Los hechos de carácter delictuoso perpetrados en un Estado que serían justiciables por las autoridades de éste, si en él se produjeran sus efectos, que sólo dañan derechos e intereses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de este último".

El segundo Tratado de Montevideo modifica en parte esta norma que afirma en su artículo 2º, párrafo primero, que "En los delitos que afecten a dos o más Estados, cometidos por uno o varios delincuentes, serán competentes los jueces o tribunales del lugar en donde hayan sido consumados, debiendo aplicarse en el respectivo proceso las leyes locales".

Con todo este material a la mano Jiménez de Asúa ha sostenido que cuando se trata de delitos a distancia se debe considerar el sitio de comisión, aquel en que el resultado (consumación) se produce.

2º.a) *Los efectos del delito en el Código Penal argentino. Análisis general.*

Como síntesis se puede afirmar que el Código Penal argentino consagra, como se dijo, el principio territorial, tanto como concepto jurídico como geográfico, que abarca los lugares sometidos a su jurisdicción, lo que le ha llevado a decir que se "consagra de manera indubitable, como lugar donde se perpetran los delitos, aquel en que son cometidos o donde deban producirse sus efectos"²⁵⁰.

En este punto se debe señalar que al contraponer el Código el

²⁴⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 829.

²⁵⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 833.

lugar en donde son cometidos los delitos al problema de los efectos, se ha contrapuesto con bastante nitidez el problema de la manifestación de voluntad al del resultado. Esto significa que se adopta el sistema de la ubicuidad, esto es, a los fines internacionales, tanto se perpetra el delito donde se manifiesta la voluntad como en el lugar en donde se dio el resultado, que Soler ha dado en llamar el principio real o de defensa²⁵¹.

En efecto Soler afirma, con cita de Binding y de Carrara, que "Para nosotros, el que más importante función desempeña después del principio territorial es el que llamamos real o de defensa, cuya doctrina expresa así: la acción cometida en el interior cae bajo la competencia del Estado, no por el hecho material mismo de su comisión en ese lugar, sino por su valor sintomático, como alteración del orden jurídico de ese Estado, que siempre sufrirá en tales casos una lesión. La acción cometida en el extranjero, en cambio, no afectará ordinariamente ese orden jurídico, sino el del país en que se cometió; pero siendo la defensa del orden jurídico lo que sustenta este criterio, es evidente que cuando el delito importe la lesión de un interés jurídico nacional, la competencia nacional para juzgarlo y castigarlo es indiscutible"²⁵². Los ejemplos de Soler son claros, más allá que se sostenga esta posición o la de Jiménez de Asúa, que en el fondo expresan la misma idea salvo en un punto. "Las excepciones —afirma Soler— que determinan la aplicación de este principio encuéntrase frecuentemente especificadas en la ley, y se refieren a delitos cometidos en territorio extranjero que afectan la seguridad del Estado, y además, la falsificación del sello del Estado, de la moneda, papel moneda y títulos nacionales"²⁵³.

Boggiano afirma que si "un delito cometido fuera de la jurisdicción argentina puede quedar sometido a la ley argentina cuando sus efectos deban producirse en jurisdicción argentina [...] He aquí un problema de posibles conflictos de leyes penales. La ley del país de

²⁵¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, ps. 833 y ss.; SOLER, ob. cit., t. I, § 15, IV, p. 207; Boggiano también defiende la tesis del principio real o de defensa (ob. cit., p. 13).

²⁵² SOLER, ibídem.

²⁵³ SOLER, §15, IV, ps. 207/208; PEÑA GUZMÁN, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 835.

comisión del delito y la ley o leyes donde deban producirse sus efectos. Una pluralidad de leyes²⁵⁴.

Planteado así el problema, Boggiano afirma que los efectos de que habla la ley son aquellos que lesionan un interés institucional argentino. Y cita los ejemplos conocidos: delitos contra la seguridad del Estado, la falsificación de su moneda, títulos, sellos²⁵⁵. No entran en esta categoría los casos que afectan bienes de argentinos o de nacionales domiciliados en la Argentina, sino que son bienes de interés institucional. De esta manera esta idea parece tener validez; el principio real, así visto, debe interpretarse restrictivamente, teniéndose en cuenta el principio general territorial. Esta interpretación restrictiva conduce a que los efectos deban producirse en el país. Este país tiene un fuerte y razonable interés en defender su orden jurídico lesionado²⁵⁶.

El caso "Fuentes, Francisco" fue fallado por la Cámara Federal de la Capital el 24 de febrero de 1943 y se trataba de una estafa cometida en un buque argentino en el puerto de Nueva York, que perjudicaba el patrimonio de la entonces Flota Mercante del Estado²⁵⁷. La Cámara sostuvo, finalmente, refiriéndose a los artículos 1º y 2º del Código Penal, que "ambas circunstancias arriba subrayadas se presentan en este caso, pues si bien es cierto que los delitos imputados a Francisco Fuentes (violación del art. 173, inc. 7º, y de los arts. 196 y 16, Cód. Pen.) habríanse cometido en lugares del territorio extranjero, no es menos cierto que los efectos directos de esos delitos y la condición de empleado de autoridades argentinas que tiene el inculpado, justifican la procedencia de la jurisdicción argentina. La Flota Mercante del Estado, cuya administración es ejercida por una comisión nombrada por el Poder Ejecutivo nacional ha sido formada y es sostenida con fondos públicos de la Nación, en cumplimiento de lo previsto por la ley 12.736, y sus empleados lo son, por consiguiente, de tales 'autoridades argentinas en desempeño'. Por lo demás, como bien lo ha hecho notar el procurador fiscal en su dictamen de fojas 4, «en el caso de autos el delito cometido repercute sobre el patrimonio de la

²⁵⁴ BOGGIANO, p. 14.

²⁵⁵ BOGGIANO, ob. cit., p. 14.

²⁵⁶ BOGGIANO, ob. cit., ps. 34/35.

²⁵⁷ BOGGIANO, ob. cit., p. 14. El fallo se encuentra además en J. A. 1943-IV-410.

Flota Mercante del Estado, que siendo un organismo del Estado y una entidad de Derecho Público, no puede someterse a la jurisdicción de tribunales extranjeros»²⁵⁸.

En esta idea de interpretar restrictivamente los efectos del delito, el tema de la bigamia en el extranjero tuvo una evolución que terminó en que los tribunales rechazaron la jurisdicción argentina.

Boggiano analiza la evolución: en una primera etapa se consideró que la bigamia cometida en el extranjero daba lugar a la jurisdicción argentina: en el caso "Ciesco" (*Gaceta del Foro*, t. LVIII, p. 548, del 16-10-25); en el caso "Ángel Vázquez" (*Gaceta del Foro*, t. LXXXI, p. 92 del 28-10-27). Para luego ir al plenario "Natale" del 25 de junio de 1928 (J. A. XXVIII-211).

Con posterioridad, dos plenarios rechazaron esta posición: el del 13 de abril de 1943, "S. B., A." y también el del 21 de agosto de 1959, "R. A."²⁵⁹

Para concluir esta parte, debemos decir que si importa entender que las palabras de la ley distinguen, con cierta claridad, el momento de la voluntad delictiva del momento del resultado, como estado de las cosas. Y en este sentido debe interpretarse esta idea de "efectos que deban producirse en el territorio de la Nación".

Debe tenerse en cuenta que el Código no ha adoptado una fórmula taxativa de cuáles son los bienes defendidos por la regla de protección o defensa²⁶⁰, sino que se refiere a los delitos "cuyos efectos" deban producirse en el territorio de la Nación Argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

Núñez afirma que no se trata de efectos de cualquier índole: morales, políticos, sociales o jurídico-civiles, sino de los que motivan la incriminación del hecho y, por esto, su castigo²⁶¹.

Un grupo de autores²⁶² sostiene que con la expresión de la ley se contempla tanto la teoría de la "ubicuidad", "unidad" o "equiva-

²⁵⁸ Citado por BOGGIANO, ob. cit., p. 17.

²⁵⁹ Todo en BOGGIANO, ob. cit., p. 18.

²⁶⁰ FIERRO, ob. cit., p. 329.

²⁶¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 171.

²⁶² Soler, Jiménez de Asúa, Peña Guzmán y Fontán Balestra, citados con opinión coincidente por FIERRO, ob. cit., ps. 327/328.

lencia", que soluciona el problema del lugar de comisión del delito, como también el principio real.

Por su parte, Jorge de la Rúa entiende que se trata tan sólo de la aplicación del principio real o de defensa²⁶³. Por su parte, Bacigalupo niega que se trate de la consagración del principio real. Este autor entiende que tan sólo se refiere a la teoría de la ubicuidad²⁶⁴.

Creus distingue los "delitos a distancia", donde hay un resultado producido en el territorio nacional de una acción realizada en territorio extranjero, porque el objeto se encuentra en el primero. En este caso se aplica el principio territorial²⁶⁵. En otros delitos cuyos resultados materiales pueden no recaer sobre objetos situados en el territorio nacional y que, sin embargo, pueden incidir en la afectación de bienes jurídicos que son fundamentales para el Estado y cuyos resultados pueden revertir sobre aspectos inmateriales que producen idéntica afectación (falsificación de moneda, entre los primeros; delitos que comprometen la paz y dignidad de la Nación, entre los segundos), entiende que se aplica el principio real. Por último, los delitos cuyo "agotamiento" puede tener efectos en el país y que atañen exclusivamente a intereses de carácter francamente individual (delitos contra la propiedad) o cuyos resultados sólo pueden adquirir repercusiones locales (incendio).

3º) Casos de delitos permanentes, continuados y habituales

También hay problemas en el tema de los delitos permanentes, continuados y habituales.

El Tratado de Montevideo de 1889 trata el tema en los artículos 3º y 4º. El primero de ellos afirma que "Cuando un delito afecta a diferentes Estados, prevalecerá para juzgarlo la competencia de los tribunales del país damnificado en cuyo territorio se capture al delincuente. Si el delincuente se refugiase en un Estado distinto de los damnificados, prevalecerá la competencia de los tribunales del país que tuviese la prioridad en el pedido de extradición". El artículo 4º, por su parte,

²⁶³ DE LA RÚA, ob. cit., p. 22.

²⁶⁴ BACIGALUPO, citado por CREUS, ob. cit., p. 111.

²⁶⁵ CREUS, ob. cit., p. 112.

establece: "En los casos del artículo anterior, tratándose de un solo delincuente, tendrá lugar un solo juicio, y se aplicará la pena más grave de las establecidas en las distintas leyes penales infringidas. Si la pena más grave no estuviese admitida por el Estado en que se juzga el delito, se aplicará la pena que más se le aproxime en gravedad".

El artículo 2º del Tratado de 1940 afirma: "Si el delito se hubiere consumado en más de un país, serán competentes los tribunales y se aplicarán las leyes del Estado que hubiere tomado conocimiento judicial en primer término". Y en el artículo 3º: "En caso de delitos conexos cometidos por uno o más delincuentes, sean éstos autores principales, cómplices o encubridores, en territorio de dos o más Estados signatarios, se dará preferencia en el juzgamiento de ellos a la autoridad y la ley penal del país en donde se consume el delito más grave"²⁶⁶.

4º) Tentativa

Si la idea esencial estaba en que la manifestación de voluntad marcaba esencialmente el problema, no hay duda que el acto de ejecución marcará la competencia del país, de modo que allí deberá ser juzgada la tentativa del delito. En este punto los autores causalistas caen nuevamente en su trampa, porque en estos casos admiten que prevalece para ellos el lugar de ejecución del delito²⁶⁷.

5º) Autoría y complicidad

Como ya hemos dicho en otra ocasión, el centro del delito lo tiene el autor por la vía del dominio del hecho, de manera que la participación es accesoria, de modo que debe ser juzgado el delito allí donde lo sea el autor²⁶⁸.

4. El inciso 2º del artículo 1º del Código Penal

Algunos autores han afirmado que se trata, en este caso, del principio personal o de la nacionalidad.

²⁶⁶ Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, ps. 852/843.

²⁶⁷ SOLER, ob. cit., t. I, § 15, XI, p. 234.

²⁶⁸ DONNA, *Autoría y participación* cit., 2ª ed.; SOLER, § 15, XI, p. 234; JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. II, p. 854.

Así Tieghi considera que este principio se encuentra en el inciso 2° del artículo 1° del Código Penal, en cuanto dispone que la ley penal argentina se aplicará a delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de las autoridades argentinas en desempeño de su cargo²⁶⁹. Pero como se verá, esta idea es minoritaria, ya que la mayoría afirma que se trata de la aplicación del principio real, de protección o de defensa.

La mayoría de los autores sostiene que el inciso 2° del artículo 1° del ordenamiento sustantivo que contempla el supuesto de los delitos cometidos en el extranjero por parte de agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo, es expresión del principio real.

Señala Fierro, en ese sentido, que en razón de los fundamentos y finalidades del principio que persigue la protección penal a la "función" desempeñada, sólo aprehende los delitos cometidos en el desempeño de cargo que afecten al Estado nacional²⁷⁰. Ahora bien, pareciera que la infracción que cometa el empleado o agente debe perjudicar la función pública que lleva a cabo, caso contrario no caería dentro del supuesto analizado, sin perjuicio de que eventualmente no sea castigado en el extranjero en virtud de la inmunidad jurisdiccional que lo protege debido a su carácter diplomático²⁷¹.

Creus afirma que la finalidad de la ley es preservar la incolumidad de la función, que puede verse afectada por hechos llevados a cabo por los agentes de las autoridades argentinas propiamente dichos como por sus empleados, no importando si el autor es nacional o extranjero²⁷². Es por ello que entiende que el inciso 2° del artículo 1° puede captar tanto a los funcionarios mismos como a los empleados dependientes de estas autoridades argentinas. De la Rúa es de la idea de que la limitación del alcance a los funcionarios de la Nación es infundada, pues la función puede verse lesionada también por delitos

²⁶⁹ TIEGHI, ob. cit., p. 26.

²⁷⁰ DE LA RÚA, ob. cit., p. 30, quien sostiene con cita de SOLER, t. I, p. 178, entre otros, que fuera de tal supuesto, es cuestión que corresponde al ámbito personal de aplicación de la ley penal.

²⁷¹ FIERRO, ob. cit., p. 330.

²⁷² CREUS, citado por FIERRO, ob. cit., p. 331.

no específicos de funcionarios²⁷³. Por eso afirma que comprende a todos los que participan accidental o permanentemente de una función pública²⁷⁴.

Por último, el artículo 511 del Código de Justicia Militar consagra una modalidad de este principio, al declararse aplicable a "los delitos militares cometidos en territorio extranjero por individuos de las fuerzas armadas de la Nación"²⁷⁵.

²⁷³ DE LA RÚA, ob. cit., p. 30.

²⁷⁴ DE LA RÚA, ob. cit., p. 29.

²⁷⁵ DE LA RÚA, ob. cit., p. 30.