

# EXPOSICIÓN Y CRÍTICA

DEL CÓDIGO PENAL

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
Nº DE GUEN	9435
UBICACION	E. 140
FICHA MATERIA	.



EXPOSICIÓN Y CRÍTICA  
DEL  
CÓDIGO PENAL

DE LA  
REPÚBLICA ARGENTINA

POR EL

*Doctor* RODOLFO RIVAROLA

Ex-Juez del Crimen

Actual Secretario de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

---

TOMO PRIMERO



BUENOS AIRES

FÉLIX LAJOUANE, EDITOR

79 — PERÚ — 89

—  
1890







# INTRODUCCION

---



El estudio del Derecho Penal no es de la predilección de nuestros abogados, salvo excepciones harto distinguidas para que requieran una mención especial.

La materia no ofrece, entre nosotros, más interés que el de las intimas satisfacciones de cualquier estudio á que se aplique la inteligencia. Otros estímulos, la recompensa, la reputación, la clientela que siguen al que triunfa en los debates civiles del foro, no existen, ni remotamente, para el abogado criminalista. Las causas más ruidosas son objeto de las crónicas interesantes en busca de numerosos lectores, en tanto que el proceso se desenvuelve lenta y pesadamente, ajustándose siempre á fórmulas añejas y apolillándose en los estantes de las secretarías, mientras el reo se pudre en las cárceles de detenidos.



La función del abogado queda por lo general, reducida á la presentación de un escrito de defensa y de una expresión de agravios, todo hecho de corrida, al vencimiento de los términos legales.

Se comprende, entonces, que se haya guardado hasta ahora tanto silencio sobre la publicación de nuestro Código Penal, y que no se haya hecho otro trabajo que el de ajustar bien ó mal las notas del proyecto del Dr. Tejedor á las disposiciones de la ley nueva.

No hay una explicación, no hay un comentario, no hay una discusión legislativa. Es el esfuerzo de un Ministro laborioso, inteligente y hábil, lo que ha hecho sancionar el Código, convenciendo al parlamento de que jamás dictaría la ley penal si pretendía discutirla.

Y el Congreso la votó sin discusión.

Casi contemporáneamente á la sanción de nuestro Código, Italia se preocupaba del suyo. La comparación no puede sernos favorable. En materia de ciencias jurídicas, y especialmente de estudios penales, Italia ocupa hoy un lugar muy distinguido. Son italianas las obras fundamentales de la escuela clásica del derecho penal; es en Italia donde han tomado más vigoroso impulso los estudios de la escuela positiva, y gran núme-



ro de notables criminalistas son miembros del parlamento italiano. No era posible, pues, que el Ministro Zanardelli obtuviera indiscutida la sanción del código penal, ni que lo presentara despojado de la razón y fundamento de sus disposiciones. Una extensa memoria que ocupa, para la parte general, una entrega de la *Rivista Penale* de Lucchini, y para la especial un grueso volumen, acompañó al proyecto. Este fué sometido en la Cámara de Diputados á la Comisión presidida por el eminente Mancini, y la relación de la Comisión ocupa otro extenso volumen en que el código penal está estudiado con la más juiciosa detención.

Y es tanto más necesaria la discusión de la ley penal, cuanto que la ciencia no puede aún suministrar los principios sobre que debe asentarse con seguridad la represión.

Sentimos todos que, en presencia del *delito*, es necesario obrar de alguna manera para poder proteger el derecho individual ó el orden social; podemos convenir también fácilmente en que la acción debe ser por regla general función del Estado. Pero si queremos explicar por qué debe obrarse contra el delito, acuden rápidamente diversidad de palabras emanadas de sentimientos varios. Es necesario ejercer la *vindicta pública*



ó debe *castigarse* al delincuente, ó debe procurarse su *reforma*, ó debe darse ejemplo que *intimide*, ó debe ejercitarse la *defensa social*, etc.

Y bien ¿cuál es el fundamento de la acción del Estado contra el delito? ¿Es la venganza? ¿Es la expiación? ¿Es la enmienda del delincuente? ¿Es la intimidación? ¿Es la defensa? ¿Es la utilidad?

Quizás la acción del Estado presenta todos estos aspectos; quizás varios de ellos; pero creo que habria error en asentar la penalidad sobre una sola de estas ideas. La venganza, se dice, no puede servir de fundamento á un derecho, porque es una pasión mezquina. Esto es muy cierto; pero ¿quién puede negar que no se satisface en algo esta pasión mezquina cuando se impone un severo castigo al delincuente que ha ultrajado á la sociedad con un crimen horrendo? De la intimidación se dirá que tiene por consecuencia la necesidad de castigar todos los crímenes, como Dracón, con la pena de muerte; pero ¿quién puede dudar de que una pena impuesta con seguridad y rapidez, mediante la acción de una policía experta y una justicia enérgica podría tener á raya á los delincuentes? De la enmienda del delincuente se dirá que es impropia la idea de que se le castigue en su propio interés; pero no podrá

negarse que sea conveniente procurar la reforma del delincuente, cuando haya algún motivo para poder esperar en ella.

Por mi parte, pienso que las leyes penales están llamadas á regular intereses violentamente opuestos en la sociedad, procurando limitarlos á las condiciones más propias para la conservación del orden. Producido un hecho de los designados como delitos, el agraviado puede sentirse fuertemente movido por la venganza y desear el mal más terrible para el ofensor. Si se le permitiera el ejercicio de la venganza por mano propia, se tendría bien pronto un estado de lucha salvaje que haría imposible la vida social. Si ejerciera el Estado el castigo en los límites que desca el ofendido, las penas impuestas tendrían, á veces, tal brutalidad que la sociedad se sentiría ofendida. La ley penal debe, pues, atender á todas las circunstancias que hayan mediado en la ejecución del hecho, y teniendo en cuenta cierto sentimiento de equidad que predomina en los mejores, y que puede llamarse *justicia*, establecer cierta proporcionalidad entre la pena y el delito.

Pero, no es esto todo. Cuando mediante ciertas apreciaciones más ó menos equitativas ó más ó menos arbitrarias, se ha llegado á determinar esa proporcionalidad; cuando se han regulado





los intereses opuestos del ofensor, del ofendido y de la sociedad, se ha llenado el objeto *inmediato* de la ley penal. Hay que atender también á intereses *medios* de la mayor importancia. El delito es un mal para la sociedad ; y es en consecuencia útil y necesario que el mal se produzca el menor número de veces. ¿Cómo se alcanzará este objeto ? Es indudable que no puede procurársele con la sola proporcionalidad entre el delito y la pena que se considera justo aplicar al delincuente. Las leyes penales que sólo tienen en vista esta circunstancia, no realizan sino á medias su destino ; y en esa condición se encuentran casi todas las leyes penales vigentes.

El delito es un hecho, un *efecto*, y como tal no puede sustraerse á la ley de causalidad que rige todos los efectos posibles. Parece, entonces, buen consejo de razón y de lógica que si se quiere limitar, ya que sea imposible suprimir el delito, es necesario ocurrir á investigar sus *causas* y llevar contra ellas mismas la acción del poder social. Mientras la acción del Estado se ejercite solamente imponiendo por cada delito el mal que estime necesario en compensación del que se produjo, continuará operándose este fenómeno que hace creer en la ineficacia de los códigos penales : la criminalidad aumenta en ciertas épocas y en



ciertos países, á despecho de las más artísticas clasificaciones y de las más proporcionadas penas de los códigos.

¿Cuáles son las causas del delito?

¿Cuáles son los medios eficaces contra ellas?

Las investigaciones en este sentido son relativamente modernas. Si alguna vez algún legislador pudo preocuparse de ellas, lo haría por intuición antes que con el auxilio de datos ciertos. Se trata de conocer *hechos*; que pueden ser causa de otros *hechos*, se trata de conocer la eficacia de ciertos remedios contra el mal que se llama delincuencia. El conocimiento de hechos, la propiedad de ciertos procedimientos contra ellos, no son cuestiones que puedan resolverse *a priori* por la deducción lógica de principios absolutos. Es á la observación científica, es á la experiencia que deberemos los datos primordiales para la determinación de las causas de la delincuencia.

Pueden los campeones celosos del libre albedrío asegurar que todo acto humano es el efecto de una voluntad libre; pero esto no bastará para afirmar que la causa del delito, como la causa de todos los actos humanos, está en esa voluntad. El delito no es un hecho simple que derive de una causa única; es un hecho complejo que presenta al primer examen dos elementos bien no-





tables y bien distintos; el elemento *moral* y el elemento *material*. Bajo el imperio de las leyes positivas agregaremos el elemento *legal*. De estos tres elementos sólo puede pretenderse que emane de una voluntad libre, el primero. Mientras Robinson vivió solo en la isla desierta, pudo resolver todos los homicidios, todos los robos y todas las violaciones imaginables, pero es lo cierto que se encontraba *materialmente* imposibilitado de cometer aquellos delitos, y que pudo ser, en aquel tiempo, aun contra su voluntad, el hombre más inofensivo del mundo.

Pero si es cierto que hay causas del delito distintas de la libre y espontánea voluntad del agente ¿no habrá causas sociales ó morales que influyan al traducir en *acto* la *voluntad*? Se presenta á un hombre la oportunidad de hacerse de una gran fortuna, cometiendo una defraudación en dineros públicos cuya administración le ha sido confiada. Puede velarse esa defraudación bajo la forma de una operación financiera ó de un acto administrativo. El resultado será llevar á su peculio particular algunos millones de pesos en que se perjudicará el Estado. Es evidente que un hombre de honor se consideraría ofendido con sólo plantearse á sí mismo el problema. Pero vuelve á su mente la idea de la fortuna. Un mi-



serable enriquecido por una larga serie de defraudaciones que están en la conciencia de todo el mundo, pero que nadie puede probar, le humilla amparado por una sociedad que rinde culto á sus riquezas: por la calle le salpica de lodo el carruaje de un estafador para quien la justicia no ha existido jamás y que priva con los poderosos; hay tanta corrupción social, que los límites entre el *negocio* y el robo son cada vez más indefinidos, y muchos hombres roban con la más firme convicción de que han *negociado*; el código penal no habla de los negocios, y los jueces están bien convencidos de que sólo deben ocuparse de los robos. Así, pues, los más poderosos obstáculos que podrían oponerse al crimen, desaparecen: ni el temor de la pena ni el temor de la reprobación social existen ¿qué es lo que obsta á la operación *financiera* ó al acto *administrativo*? ¿Por qué en igualdad de condiciones un hombre resiste á la tentación, y conserva la noble satisfacción de haber salido limpio de la prueba; otro que no se abstuvo, experimenta el pesar de su riqueza, y un tercero la goza con el mayor desenfado y sin el menor aguijón de remordimiento?

¿Hay predisposiciones naturales para el delito?  
¿Influye en éste el medio social?

A estas cuestiones puede contestarse ya, afirma-



tivamente ; pero aun se encuentra en vía de estudio la determinación de esas predisposiciones y la graduación de la influencia del medio social ; y en consecuencia, los medios de acción respecto de una y otra. Ese es el gran campo de exploración de la ciencia moderna. Se examina hoy todos los elementos que el orden físico ó el orden moral pueden suministrar para resolver los problemas de la criminalidad. Son objeto de proliferas investigaciones para reunir los antecedentes necesarios para la explicación del crimen, el cráneo y el cerebro del delincuente, su fisonomía, su sistema nervioso, sus músculos, sus costumbres, su educación, su lenguaje, su escritura, sus antecedentes de familia, y en todo se afirma hallar anomalías que originan nuevas clasificaciones de delincuentes. ¿No hay acaso bajo las exterioridades brillantes de la civilización actual un mundo sorprendentemente desgraciado ó miserable que permanece casi ignorado de los que viven en la superficie ? ¿Qué es ese mundo de los parásitos, de los locos, de los criminales, de los vagabundos, de las prostitutas, de los mendigos, de todas esas *degeneraciones humanas*, según las llama Sergi, sino una llaga crónica de la sociedad, y cuya medicina está confiada al Estado ?

Contra el mal tan gravemente extendido de la



criminalidad, una buena legislación penal no puede ser un instrumento completamente inútil. Habrá criminales á quienes ningún género de pena podrá intimidar, sea cuando obran bajo el imperio de violentísimas pasiones, sea cuando hacen profesión del crimen y tienen la cárcel como un simple riesgo del oficio; pero ¿quién podrá contar el número de aquellos para quienes el temor del castigo es un freno suficientemente poderoso para sus malas inclinaciones?

Surgen para este objeto multitud de dificultades: es preciso que la ley castigue, pero sin crueldad y sin benevolencia; es preciso que intimide, pero sin que aterrorice; es preciso que la pena siga inmediatamente al delito, sin que la precipitación conduzca al error; cuando es menester que el reo vaya á presidio, es necesario que la cárcel no degrade; es menester que la detención preventiva no prepare nuevos soldados para el innumerable ejército de delincuentes; es menester que la ley atienda á todas las circunstancias en que el delito se produce, para que la condena-ción satisfaga todas las exigencias y responda á todas las objeciones.

No hay por qué ocultar que nos hallamos harto distantes de estos ideales, y que aun debemos andar mucho camino, para reformar muchas ins-



tituciones, y cortar mucha podredumbre, para poder confiar en la eficacia de la pena contra el delito.

Debemos considerar como un paso en la vía de este progreso la sanción del Código Penal de la Nación, cuyo estudio me he propuesto en este libro.

Debe reconocérsele desde luego, que ha sido dictado bajo inspiraciones liberales é independientes. No se percibe en él esclavitud á ideas preconcebidas de los sistemas hasta hoy preconizados. Cuando es necesario admitir un hecho suministrado por la experiencia, lo admite sin vacilación. Cuando es necesario crear ó admitir excepciones á la igualdad humana, lo hace también franca y abiertamente, librando al criterio judicial las distinciones que sea posible hallar entre unos y otros delincuentes. Cuando es necesario ajustar á estas distinciones la diversidad de la pena, deja amplitud para su determinación. Ha tomado de la legislación comparada lo que ha podido hallar de preferente, lo que ha parecido más arreglado á la naturaleza humana; ha procurado ser claro y conciso en el texto, y ha dado preferencia á los preceptos generales esquivando los casuísticos. Todo esto es sensato y digno de encomio.



Sin embargo, el éxito no ha correspondido siempre á la intención. Hay imperfecciones de todo género que conviene corregir. Algunas tienen su explicación en la influencia de teorías que es necesario abandonar, otras carecen de explicación, otras tienen su origen en el proyecto del Dr. Tejedor.

Otras veces el error no está en el Código, sino en el entendimiento de los que lo aplican. Tiene nuestra ley precedentes legislativos, y con arreglo á esos precedentes y á teorías hoy desacreditadas, una jurisprudencia digna en más de una ocasión de severa crítica. El espíritu de esa jurisprudencia se proyecta por inercia en la aplicación de la nueva ley ; se entiende cierto que no ha sido ánimo de los legisladores apartarse de los principios de la fuente originaria del código Tejedor ; pero todo eso es insostenible. Cuando el Código abandona la letra del proyecto traducida del de Baviera, y toma la del código español ¿ cómo sostener que fué intención conservar el espíritu de aquél ? Es imposible desconocer que estamos bajo el imperio de una ley nueva y que es necesario investigar cuidadosamente en qué está la ley bajo la influencia de las viejas ó de las nuevas doctrinas. La jurisprudencia precedente, fundada en el código Tejedor, no es jurisperu-



dencia bajo la ley actual, y no tiene autoridad sin prévia demostración del acuerdo íntimo entre ambas leyes y sin previa crítica de su adaptación á esas leyes.

En el libro que hoy arriesgo á la publicidad, inspirado por las observaciones hechas en pocos años de práctica del derecho criminal, me he propuesto principalmente el estudio del actual Código Penal de la República, tratando de explicar las disposiciones que á mi juicio requerian algún trabajo de interpretación, y poniendo para ello mi mayor empeño en emitir un juicio atinado é imparcial. A falta de los fundamentos auténticos de la ley, he recurrido á la doctrina, á la legislación comparada y á la jurisprudencia; pero, al hacerlo, no por vana presunción, sino por sistema que creo muy fundado, he sido parco en atribuir autoridad decisiva á nada que no la impusiera por la razón.

Se comprenderá fácilmente que la crítica de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia requieren preparación y experiencia superiores á las de que puede disponer el autor de este libro, más no por ello deberá considerarse de todo punto infructuosa la tarea de dar forma de exposición metódico á los diversos comentarios que me haya sugerida la observación propia en la materia de que trato.

Creo que al lector interesará poco conocer los motivos del método adoptado para el trabajo que le presento, y por qué no he adoptado la forma usual del comentario de cada artículo, que pone á la vista, á la vez que el texto, la explicación ó interpretación. Lo que yo haya encontrado de cómodo y de preferente en el método adoptado, podría sólo perjudicar la rapidez de la consulta cuando se la procura con relación á un artículo determinado de la ley. Para obviar toda dificultad, he colocado como *Apéndice*, al final del tomo tercero, el *Texto del Código Penal con la indicación de los números de esta obra, en que se trata de los respectivos artículos*.







# EXPOSICIÓN Y CRÍTICA

## DEL CÓDIGO PENAL

---



## PARTE GENERAL

---

### CAPÍTULO PRIMERO

#### NOTICIA HISTÓRICA DEL CÓDIGO

1. Proyecto del doctor Tejedor. — 2. Proyecto de la Comisión revisora. — 3. Proyecto de la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados. Su sanción.

1. La Constitución Nacional declaró atribución del Congreso dictar el Código Penal.

La ley de 6 de Junio de 1863 autorizó al Poder Ejecutivo para nombrar las comisiones encargadas de redactar los proyectos de códigos, penal, de minería, etc. : y en cumplimiento de ella, fué comisionada la redacción del proyecto de Código Penal al doctor D. Carlos Teje-



dor, quien presentó la primera parte de su trabajo en Diciembre de 1865.

Ese proyecto estaba inspirado, según lo declara su autor en la nota con que lo acompañó, en el código de Baviera, principalmente en la parte general.

En 1868, se dictó una ley autorizando al Poder Ejecutivo para el nombramiento de una comisión de tres abogados, que se ocupara de examinar prolijamente el proyecto del doctor Tejedor, con encargo de que el informe de esa comisión fuera remitido al Congreso en las primeras sesiones del año siguiente.

El personal de la Comisión revisora se renovó por varias veces sin expedirse en el informe que se le había encomendado.

No era posible, entretanto, ir viviendo bajo el imperio de la antigua legislación española, en una sociedad que se transformaba rápidamente: y las Provincias, haciendo uso de facultades constitucionales, adoptaron, con muy limitadas modificaciones, el proyecto del doctor Tejedor, que rigió así, como ley, hasta la sanción del código nacional.

2. En 3 de Enero de 1881, la Comisión revisora instituida por la ley de 1868, y compuesta entonces por los doctores Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, presentó al Poder Ejecutivo, como resultado de sus tareas, un proyecto de Código Penal, acompañado de una extensa nota por vía de exposición de motivos.

En ella aseguraba que había tenido en cuenta los códigos y proyectos modernos, posteriores al del doctor Tejedor, y haber hecho un trabajo de selección “acep-



tando las nuevas doctrinas cuando tenían por apoyo los verdaderos principios y se armonizaban con el plan general del proyecto de Código, y con la índole, instituciones políticas y costumbres del país á que debía aplicarse."

Este proyecto fué destinado á la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados, y, forzoso es confesarlo, ha sido de muy escasas consecuencias en la formación de nuestra ley penal.

3. Por último, de la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados, salió el proyecto definitivo, titulado de reformas al proyecto redactado por el doctor Tejedor. Pero, tales transformaciones había sufrido la forma primera que, no sin algún fundamento, se hizo por algunos diputados seria oposición á que se le considerara como el proyecto originario con más ó menos modificaciones, sinó como proyecto enteramente nuevo y de todo punto desligado del anterior.

Se hizo notar, en sentido contrario á esta opinión, que algo de fundamental se conservaba en el proyecto de la Comisión de la Cámara de Diputados.

Pero, para esta cuestión, ni para otra alguna de la ley penal, puede buscarse esclarecimientos en la discusión legislativa. El proyecto fué considerado ligeramente en las sesiones de próroga.

Obtenido un aplazamiento en las de 1885, fueron rechazadas en 1886 las mociones de una nueva postergación. Sobre el interés de la perfección de la obra predominó el de cumplir alguna vez la prescripción constitucional, el de establecer la unidad de legislación penal de la República, y el de mejorar en algo la ley penal existente. En estos tres puntos hubo conformidad de

opiniones, y, á mi juicio, se procedió bien en sancionar el Código. Era, por otra parte, el proyecto de la Comisión de la Cámara de Diputados, aunque con profundas modificaciones, el Código ya vigente en la Capital y en las Provincias, y su práctica había demostrado algunos de sus defectos, experiencia aprovechada para formular modificaciones.



## CAPTÍTULO II

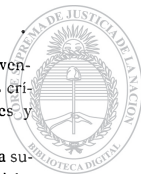
### MATERIA LEGISLADA POR EL CÓDIGO



4. Cuestiones no resueltas expresamente por el Código.—5. ¿Legisla el Código Penal sobre faltas ó contravenciones? Hipótesis posibles.—6. Qué distinción hay entre el delito y la falta. — 7. Un código penal puede no legislar sobre faltas. — 8. Solución que ha podido dar el Congreso.—9. Solución á las cuestiones propuestas.—10. ¿Comprende el Código los delitos de imprenta?—11. *Quid* de los delitos del fuero militar.—12. No había por qué excluir del Código Penal los delitos del fuero federal.

4. El Código Penal, de cuyo estudio me ocupo, no es la única ley penal que rige en el país. Existe, por una parte, la ley de 14 de Setiembre de 1863, que designa los crímenes cuyo juzgamiento compete á los tribunales nacionales y establece su penalidad; por otra, numerosas leyes nacionales y provinciales que contienen sanciones penales. El código argentino no es, pues, un código completo de delitos y faltas con su respectiva penalidad, como muchos códigos europeos.

El proyecto del doctor Tejedor decía expresamente que



sus disposiciones no comprendían: 1° las contravenciones de policía; 2° los delitos de imprenta; 3° los crímenes y delitos de los militares; y, 4° los crímenes y delitos de fuero nacional.

La Comisión hizo este argumento para explicar la supresión de aquel artículo: "para saber lo que se legisla, basta leer lo que se legisla".

Esta conclusión sería perfectamente clara si no fuera necesario deslindar los poderes constitucionales atribuidos al Congreso y á las Provincias. En un sistema unitario de gobierno sería aquel un argumento concluyente; en un sistema federal, no prueba nada.

Hay, pues, una grave cuestión constitucional, sobre la cual la Comisión ha pasado ligeramente con una frase.

Las opiniones de los legisladores no tienen la fuerza obligatoria del texto legal, y sólo pueden servir de argumento de autoridad para la interpretación. Donde la ley contenga expresamente la disposición A, y se conozca que fué intención del legislador consignar la disposición B, el juez deberá aplicar la primera, por muy evidente que sea la segunda. Tal es la fuerza dispositiva de la ley.

Según este principio se comprenderá por qué se puede formular todavía estas cuestiones:

1° ¿Comprende el Código las contravenciones *de policía*?

2° Si no las comprende, ¿serán legisladas en otro código por el Congreso, ó serán de legislación provincial?

3° ¿Comprende el Código las faltas que no sean contravenciones *de policía*?



- 4° ¿Comprende los delitos de imprenta?
- 5° ¿Comprende los crímenes y delitos de los militares?
- 6° ¿Comprende los crímenes y delitos de fuero nacional?

5. Conviene para la solución de estas cuestiones examinar las disposiciones constitucionales.

Por el artículo 67, inciso 11, de la Constitución Nacional, es atribución del Congreso dictar el Código Penal "sin que altere las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación á los tribunales federales ó provinciales, según que las cosas ó las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones".

Se vé, por el texto de esta disposición, que la limitación puesta á la atribución del Congreso de dictar el Código Penal, no se refiere á la materia de *fondo* sinó á la aplicación de la ley, que es materia de *forma*.

En lo demás, la autoridad del Congreso es absoluta y no puede considerarse limitada, porque no hay texto constitucional que la limite, atribuyendo la facultad á otro de los poderes ó gobiernos. Es, pues, con mucha razón que puede preguntarse si habiendo dictado ya el Congreso el Código Penal, podrá la autoridad provincial imponer penas á las contravenciones de *policía*, y con mayor razón, si podrá formular un código de *faltas*, sean ó no contravenciones de policía.

Lo cierto es que las contravenciones de policía, y otras contravenciones ó faltas, no están legisladas en el Código, ó por lo menos, que no hay un título especial de las contravenciones ó faltas, como en muchos otros códigos.

El artículo 1° define la *falta* á la vez que el *delito*, toda





*acción u omisión penada por la ley.* Pero, cuando estudiando todo el Código se busca una sola falta *penada bajo esta calificación*, y no se encuentra; cuando se llega, por esto, al convencimiento de que hay allí una superflua definición de un hecho no castigado por la ley, es el caso de preguntar si bastará *leer lo que legisla el Código para saber lo que no legisla.*

De la definición de la *falta* en el Código Penal surge esta consecuencia trascendental:

Si la falta ó contravención entra también en el término general de *delito* (es delito ó falta, dice el artículo 1º), ninguna ley provincial puede imponer pena alguna á título de *falta* ó *contravención*.

De no legislarse en el Código ningún hecho bajo la calificación de *falta*, puede concluirse que la definición es superflua, y entonces surge esta otra cuestión: si la falta ó contravención es de una naturaleza distinta del delito, ha debido ser excluida del Código Penal, y corresponde su legislación á los estados federales.

Una consecuencia se desprendería aún de aquella cuestión: la de que si la falta es de una naturaleza distinta del delito, y que por tal motivo deba quedar excluida del Código Penal, — respecto de cualquier hecho incluido como delito, y que por su naturaleza fuera una falta, la legislación provincial prevalecería sobre la ley del Congreso.

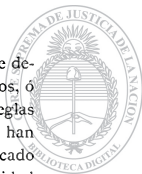
6. La dificultad para la solución de estas cuestiones estriba en la imposibilidad de establecer una distinción precisa entre la naturaleza del delito y la de la falta. Los códigos que adoptan la clasificación tripartita de la infracción, en crímenes, delitos y contravenciones, refieren



estas distinciones á la competencia de los tribunales ; los que legislan sobre delitos y faltas, comprenden en la misma definición el delito y la falta, dando la única definición que puede dar la ley, una definición práctica con relación á la ley positiva : es delito ó falta toda acción u omisión penada por la ley.

Sería también inútil buscar la distinción en las soluciones doctrinarias. Cuando las escuelas filosóficas no pueden ponerse de acuerdo sobre la definición del delito, sería vana empresa la de buscar la distinción doctrinaria precisa entre el delito y la falta, sin repetir principios discutibles ó iniciar nuevos sistemas tan discutibles como los demás. Más cuerdo será admitir que la naturaleza del delito es idéntica á la de la falta, y que la única distinción que debe buscarse es la de grado. Puede comprenderse, en general, que la falta es una infracción á reglas de conducta mucho menos importantes para la conservación del orden social que las reglas de conducta cuya infracción constituye el delito. El límite preciso es inapreciable, porque en esta materia la gradación más se asemeja á un plano inclinado que á una escala.

7. ¿Debe un *código penal* contener todos los grados de la penalidad de las infracciones, cualquiera que sea su importancia ? Puede haber motivos para que los grados inferiores no correspondan al código penal. Cuanto menos importante es una infracción á las reglas del orden social, más varía su apreciación de un lugar á otro ; el hecho interesa menos á la humanidad y más á la costumbre local. El homicidio, el robo, la violación, las lesiones corporales, son indiscutiblemente reprimidas en todos los países civilizados, y esa represión es indispen-

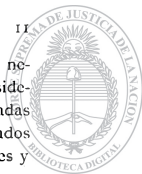


sable para la conservación de la sociedad. No puede decirse otro tanto del hecho de interpretar los sueños, ó hacer pronósticos ó adivinaciones, ó faltar á las reglas establecidas para el alumbrado público, hechos que han preocupado al legislador español, que los ha colocado bajo la sanción del Código Penal. Otras veces la penalidad se refiere á instituciones ó materias especiales, como las referentes á la salud ó higiene públicas, al ejercicio de la medicina, cirugía ó farmacia ; á los pasaportes ; á los reglamentos de ferro-carriles, etc. y debe variar según las exigencias de aquellas instituciones ó materias. Puede, pues, un código penal, sin dejar de ser tal, no contener la penalidad de los grados inferiores de la infracción, ó de las infracciones á estatutos especiales. Hay muchos códigos que lo hacen así.

8. El Congreso ha podido entender que había verdadera conveniencia en dejar á la legislación local lo que interesaba á la costumbre ó á la necesidad local ; y en dejar á la ley especial lo que conviniera para sanción de sus disposiciones. Ha podido limitar la acción del Código Penal á los delitos ó faltas penadas en el interés general de la República, y abandonar los grados inferiores de la penalidad á la legislación provincial.

Pero ni ha dicho esto expresamente, ni ha marcado el límite de los medios represivos de las Provincias. Este límite no lo pueden determinar por sí mismas las Provincias, porque la facultad de dictar el Código Penal corresponde al Congreso.

Sin embargo, considerando que las Provincias, para los fines de sus propias instituciones; que las Municipalidades, para sanción de sus reglamentos; que las leyes



especiales, para el cumplimiento de sus mandatos, necesitan disponer de medios coercitivos, podrá considerarse á las Provincias ó Municipalidades habilitadas para usar de los medios infimos de penalidad no usados por el Código, que serían el arresto menor de un mes y la multa equivalente.

Esta penalidad aparecerá insuficiente en algún caso; pero esto demostrará al Congreso la necesidad de hacer alguna declaración respecto del máximo de los medios coercitivos de que las Provincias harán uso.

No es indispensable que la penalidad de que puedan hacer uso las Provincias sea menor que la infima pena que imponga el Código Penal. Puede haber faltas ó contravenciones que merezcan mayor pena que algunos delitos leves. Pero si el máximo de la represión de las faltas no fuera fijado, ó no se dedujera de la ley penal nacional, las Provincias podrían castigar simples faltas con las penas más atroces, y llegaríamos á tener en el país multitud de códigos penales, contra el mandato terminante de la Constitución.

9. En las consideraciones que preceden, me he referido á la vez á lo que está resuelto y á lo que debe resolverse, ó sea al derecho *constituido* y al derecho *constituyente*.

Con ellas creo poder contestar las tres primeras cuestiones indicadas en el número 4:

1ª El Código no comprende las contravenciones de policia, cuyas penas sean inferiores á su mínimun penal;

2ª Esas contravenciones pueden ser legisladas por las Provincias, mientras esté vigente el Código actual;



3° El Código no comprende las *faltas* distintas de las contravenciones de policía, pero la pena que se les imponga no podrá ser mayor que el minimum penal del Código.

10. Otra cuestión es la de si el Código comprende los delitos de imprenta.

El proyecto del doctor Tejedor, lo mismo que el de la Comisión revisora, declaraba expresamente la negativa.

El fundamento de esta declaración, enunciado por el doctor Tejedor en la nota al artículo de su proyecto, era la prescripción del artículo 32 de la Constitución, cuyo texto es el siguiente :

“El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta ó establezcan sobre ella la jurisdicción federal.”

No me parece que esto sea suficiente fundamento para admitir, como se admite con generalidad, que el Congreso no pueda legislar sobre imprenta. Las limitaciones que la ley fija á la autoridad del Congreso son bien claras : *no restringir la libertad* de imprenta ; no establecer sobre ella la jurisdicción federal.

De esta última no tengo por qué ocuparme. En cuanto á las restricciones de la libertad, es mi convicción que no puede entenderse como tales las penas de los delitos. La pena del homicidio no la comprendo como restricción á la libertad de matar, porque no hay tal libertad de matar. La libertad no es el poder de obrar ; la libertad es el poder de obrar sin violación del derecho ajeno. Hay restricción á la libertad cuando, sin un acto que hiera el derecho ajeno, se limita el poder de obrar. Tienen este carácter todas las medidas preventivas, en



que la acción del individuo no se limite en razón de la ofensa al derecho ajeno, sino en razón de la *posibilidad* de esa ofensa.

A mi juicio, el artículo 32 de la Constitución prohíbe al Congreso establecer la censura previa, ó fijar condiciones á la publicación de un diario, ó exigir fianzas ó garantías; sin que deba entenderse tampoco que estos medios preventivos pueden ser impuestos por las Provincias.

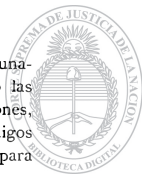
Así, pues, cuando un delito se haya ejecutado por medio de la imprenta, deberá aplicarse el Código Penal, aún cuando el mismo hecho, titulándose abuso de la libertad, fuera previsto y penado por una ley provincial. Tal podría ocurrir respecto de las injurias ó calumnias por la prensa que fueran legisladas por una ley provincial.

**11.** Respecto de los crímenes y delitos de los militares, toda legislación es forzosamente nacional, en razón de que las Provincias no pueden, bajo forma alguna, tener ejército.

La Comisión de Códigos tiene en estudio el proyecto de Código Penal militar. Las dificultades que puedan ocurrir en delitos cometidos por militares serán de jurisdicción ó de fuero.

**12.** En cuanto á los crímenes y delitos de fuero nacional, no veo que se resuelva tan fácilmente el por qué no hayan podido ser incluidos en el Código Penal, ó no pueda considerárseles ya incluidos, y derogada la ley de Setiembre, respecto de los que aparezcan penados en el Código.

Del artículo constitucional que prescribe al Congreso



que la aplicación del Código corresponda á los tribunales provinciales ó federales según que las cosas ó las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones, lejos de seguirse que sea necesario dictar dos códigos penales, uno para la jurisdicción ordinaria y otro para la especial, se deduce lo contrario. Si hay cosas ó personas respecto de las cuales sea procedente siempre la jurisdicción federal, una ley de jurisdicción lo declara, como ya lo ha hecho la de 14 de Setiembre de 1863; pero la única ley penal especial que la Constitución prescribe es la de traición á la patria, definida por el artículo 103. ¿Por qué no preguntarnos, entonces, si, tratándose de otros delitos, como el desacato á la autoridad, habrá quedado derogada la ley de Setiembre por el Código Penal? La duda no será totalmente infundada, y hubiera podido ser resuelta por la ley.

### CAPÍTULO III

#### PLAN DEL CÓDIGO EN LA PARTE GENERAL



13. División principal del Código.—14. Materias que comprende la Parte general.—15. Crítica de esa distribución.—16. Definiciones superfluas.—17. Disposición general sobre aplicación de la ley penal.

**13.** Nuestra ley, siguiendo á la generalidad de los códigos penales, divide la materia en dos partes : una general, en que se contienen los principios que rigen la responsabilidad y la penalidad, y otra especial, que trata de los delitos en particular y de las penas aplicables á cada uno de ellos.

Nada puede observarse á esta división racional ; y siguiéndola en mi exposición, corresponde ocuparme, por el momento, del método observado en la *Parte general*.

**14.** La *Parte general*, ó sea el *Libro primero* del Código, titulado *Disposiciones generales*, está dividido en dos secciones : la primera de los *Delitos y personas responsables*, la segunda sin rubro.

Comprende la primera los títulos siguientes :

1º Voluntad criminal, delitos consumados y frustrados;





- 2º De la tentativa ;
- 3º De la culpa ó imprudencia ;
- 4º De los autores principales ;
- 5º De los cómplices ;
- 6º De los encubridores ;

La segunda sección comprende los siguientes :

- 1º De las penas en general ;
- 2º Clases de pena, su duración, ejecución y efectos ;
- 3º De las causas que eximen de pena ;
- 4º De la atenuación de las penas ;
- 5º De la agravación de las penas ;
- 6º De la prescripción.

**15.** Esta distribución de materias no está totalmente exenta de crítica. Puede llegarse sin discusión á convenir que los objetos de la codificación penal son : determinar la responsabilidad de las personas por hechos calificados de delitos ; fijar las clases de penas en que se incurre por esa responsabilidad ; y determinar la pena aplicable á cada delito.

Correspondiendo el último objeto á la parte especial del Código, quedan como materia de la primera : 1º la responsabilidad en general ; 2º la pena en general.

Esto indica inmediatamente la conveniencia de agrupar en dos secciones las disposiciones relativas á cada una de aquellas divisiones.

Los títulos de las causas que eximen de responsabilidad, que la atenúan ó que la agravan, corresponden á la primera sección. No concibo yo, cómo después de dedicar especialmente una sección á las *personas responsables*,



se elimine de ella aquellas materias para colocarlas en la sección *de las penas*. Si se quisiera sostener que las circunstancias eximentes, atenuantes ó agravantes, influyen fundamentalmente en la medida de la pena, contestaré que también influyen todas las disposiciones de la sección primera del Código, y que todas debieran estar comprendidas bajo el mismo título *de las penas*.

16. El fundamento de la responsabilidad, para el Código, es la voluntad criminal. Luego, se ha procedido bien en fijar como punto de partida las disposiciones sobre la voluntad criminal.

Pero, alteran el orden lógico de la materia, tres definiciones inconvenientes ó superfluas.

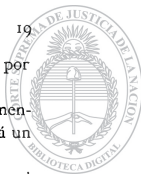
No era necesario definir el delito en general. Cuando llega el caso de aplicar el Código es porque se tiene producido un hecho concreto con una denominación especial, comprendida en su segunda parte: ese hecho se llama homicidio, robo, desacato, violación, etc. No será, seguramente, por tal disposición, que quedará garantido á todos que sólo serán castigados los hechos que la ley declare delitos, sinó por el precepto constitucional de que nadie puede ser castigado sinó en virtud de ley anterior al hecho del proceso, y que no requería por cierto una nueva declaración en el Código Penal.

El ejemplo de otros códigos de países en que las constituciones no tienen sobre las leyes generales la autoridad que entre nosotros, no puede ser invocado, pues ha podido tenerse por muy oportuno, donde una ley fundamental no ha asegurado que no se impondrá otros castigos que los que la ley señala, declarar que sólo es delito la acción ú omisión penada por esta.



Definido el *delito*, la ley define el *delito consumado*, y á continuación el *delito frustrado*. Tampoco necesita de estas definiciones el magistrado para la aplicación de la pena, ni el acusado para su defensa, puesto que en uno y otro caso, el interés positivo es saber si á tal ó cual acción corresponde la aplicación de tal ó cual pena. Para que se comprenda la inutilidad de aquellas definiciones, bastará recordar que, en adelante, la ley sólo distingue entre *delito* y *tentativa*, y que los términos *delito frustrado* no vuelven á encontrarse en el Código.

Si se compara el artículo 3° con el 8° y siguientes, se alcanzará pronto la conclusión de que el delito frustrado es un grado de la tentativa; y, en consecuencia, enteramente comprendido en ella. En el código español, que ha servido en esta parte de ejemplo al nuestro, ha podido lógicamente definirse el delito frustrado y la tentativa. Para él, el delito frustrado y la tentativa no se confunden en su naturaleza ni en sus efectos: “Hay delito frustrado cuando el culpable *practica todos* los actos de ejecución que debieran producir como resultado el delito, y sin embargo no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente”; — “hay tentativa cuando el culpable *da principio* á la ejecución del delito, directamente, por hechos exteriores, y *no practica todos* los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa ó accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento”. La distinción es clara, y ajustándose á ella, la ley española establece distintas penas: á los autores de un delito frustrado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para el delito consumado; á los autores de tentativa, se



impone la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito consumado.

**17.** La disposición del artículo 48 se refiere claramente á la aplicación de la ley penal, y correspondería á un título preliminar ó de disposición general.

Por este motivo, trataré de ella especialmente en el capítulo que sigue.



## CAPÍTULO IV

### DE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

(Artículos 46 y 48)



18. Principio de la irretroactividad de la ley penal. — 19. Su consagración en la Constitución. — 20. Crítica de su inserción en el Código. — 21. Retroactividad de la ley más benigna. — 22. Fundamento de su aplicación á los casos no juzgados. — 23 y 24. Su aplicación á los casos juzgados en definitiva. — 25. Dificultades prácticas del precepto de la retroactividad de la ley más benigna. — 26. Casos en que debe aplicarse los dos códigos. — 27. Opiniones de Garraud y del doctor Cortés, sobre este punto. — 28. Revisión de procesos concluidos. Caso en que la calificación no haya cambiado. — 29. Caso en que ha desaparecido ó ha cambiado la calificación. — 30. No se ha practicado la revisión de los procesos.

**18.** La importancia del principio consignado en el artículo 46 del Código Penal, es de trascendencia: “no serán castigados otros actos ú omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos”. Toda autoridad, que por el uso de su poder tiende á la arbitrariedad, debe tener una limitación precisa y terminan-

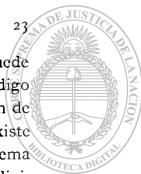


te, que sea por sí misma una garantía general. En gracia de esa garantía, debe hacerse en lo penal el sacrificio de dejar impune cualquier delito no previsto, aunque lo fuera por su rara monstruosidad. La vigencia del precepto que consagra el artículo debe ser absoluta, pues, una vez abierta una brecha en este reparo de las garantías del individuo respecto de la sociedad, por cualquier motivo especial que fuera, nada impediría que se multiplicara el número de esos motivos. Lo que la ley puede hacer es agregar el hecho producido al catálogo de los delitos, y tenerlo previsto para lo futuro. El caso ha ocurrido en los tribunales de Buenos Aires: los miembros de la célebre banda "Caballeros de la noche", organizada para robar cadáveres, fueron absueltos, y previsto luego el delito en el artículo 195 del Código Penal.

19. La alta importancia del precepto inscripto en el artículo 46 del Código Penal fué percibida por los redactores de la Constitución Nacional, que lo consignaron en estas palabras: "Ningun habitante de la Nación Argentina puede *ser penado* sin *juicio* previo fundado en *ley anterior* al hecho del proceso."

La ley fundamental es la ley suprema de la Nación. Nada ni nadie puede estar sobre ella. En materia de garantías individuales, esa ley sólo dejó á las leyes orgánicas la reglamentación de los principios que la constituían, sin que esa reglamentación pudiera alterar jamás la garantía consignada.

Ahora bien: si el precepto está consignado en la Constitución; si ésta es la ley suprema del Estado, la palabra absoluta del soberano; si ninguna ley puede



subsistir en contra del precepto constitucional, se puede comprender qué poca importancia tiene en el Código Penal ó en las leyes de procedimientos, la repetición de los principios consignados en la Constitución. Existe una Constitución cuya palabra es la solución suprema de una cuestión relacionada con toda garantía individual.

Puede también comprenderse qué importancia tendrá dentro del Código Penal, la consignación de aquel principio, donde las constituciones no sean la ley *suprema* del Estado, ó no tengan declaraciones de garantías individuales.

**20.** Al presentar este artículo en su proyecto, el doctor Tejedor decía : “ La disposición de este artículo no es, en efecto, más que la aplicación al derecho penal del principio de legislación universal sobre que las leyes no tienen efecto retroactivo, y *una consecuencia* de la regla consignada en nuestras antiguas leyes y *en el artículo 18 de la Constitución Nacional*”.

El artículo no es *una consecuencia* de la regla consignada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sino la regla misma, en distintas palabras ó menos precisas. Por el artículo 46, se declara que, para imponerse pena (“no serán castigados”) es necesario que el hecho haya sido calificado de delito por ley anterior. Según estos términos, bastaría la calificación de delito, aunque la ley no expresase la pena por omisión ú otra circunstancia. Podría creerse el juez autorizado á aplicar una pena por analogía. Y no se crea que la calificación de delito sin determinación de la penalidad correspondiente sea un argumento sugerido por la fantasía : el artículo 377 in-





ciso 5º del Código Tejedor, calificaba de desacato la resistencia ó desobediencia abierta á la autoridad, y este delito no tenía determinada la pena en los artículos subsiguientes, omisión que existía en el proyecto primitivo, y que subsistió en su vigencia, á pesar de la revisión que de él se hizo al adoptarlo como ley de la Provincia de Buenos Aires. Algo análogo ocurría con el artículo 393, que imponía en el cohecho la misma pena para el que prometía la dádiva que para el empleado que la aceptaba, y, teniendo el empleado por pena la pérdida del empleo y multa del duplo de la recompensa, cuando la recompensa no era apreciable en dinero, el autor de la promesa era reo de cohecho sin pena determinada. En el Código, la provocación á duelo es un delito sin penas, que sólo autoriza medidas preventivas.

La letra del precepto constitucional no se presta á interpretaciones dudosas: su texto no tiene ambigüedades: para ser penado, se requiere un *juicio previo* (proceso y sentencia); que ese juicio se *funde en ley*; que esa ley sea *anterior* al hecho del proceso.

A estas conclusiones sólo podría llegarse, con el texto del Código, combinando los artículos 1º y 46; pero así como opiné que era superfluo aquél, pienso lo mismo de éste, para que no sea oída sobre tal punto otra palabra que la de la ley fundamental.

**21.** El artículo 48 consigna las reglas para la aplicación de las leyes nuevas. El objeto de la disposición le daría en el Código una colocación lógica á continuación del 46, y sin la interposición del 47, que trata una materia completamente distinta.

Las reglas que establece son dos: 1ª la que rige los



efectos de la ley nueva respecto del delito consumado y no juzgado; 2ª la que rige los efectos de la ley dictada pendiente la condena. En ambos casos, se declara con efecto retroactivo la ley nueva, *si es más benigna*. Decláranse, pues, en el artículo, excepciones al principio fundamental de que hablé al tratar del artículo 46. Se ha visto que el artículo 18 de la Constitución Nacional declara que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley *anterior* al hecho del proceso. El artículo 18 de la Constitución corresponde al capítulo *Declaraciones, derechos y garantías*. Su objeto es tutelar las libertades y los derechos, y toda aplicación e interpretación deben ser amplias en este sentido. El propósito del artículo es que á nadie se aplique, para restringir su libertad ó su derecho, una ley nueva. Cesando esta razón, cesa la disposición, y es perfectamente constitucional la retroactividad de la ley más benigna.

22. La primera parte de la disposición es admitida sin esfuerzo por la doctrina y la legislación moderna. La ley posterior más benigna es un reconocimiento del error de la anterior sobre la gravedad del delito y de la pena correspondiente, y siendo posible evitar el daño que causaría el error, debe hacerse. Creo excusado extenderme sobre esta materia, que ha sido admitida fácilmente por nuestra jurisprudencia, y que venía también consignada en el artículo 82 del Código Tejedor.

23. La segunda parte ha sido una novedad en nuestra legislación. No teníamos consignada en nuestras prácticas judiciales ninguna excepción á la irrevocabilidad de la cosa juzgada. El código español la establece terminantemente: "Las leyes penales tienen efecto re-



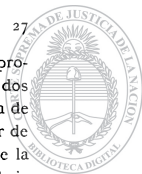
troactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito ó falta, aunque, al publicarse aquellas, hubiese recaído sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo su condena”.

La justicia de este precepto se sostiene por muchos tratadistas. Entre ellos, Haus dice: “Cuándo la ley nueva suprime ó reduce la pena sancionada por la legislación precedente, es justo que esta medida aproveche también á las personas que han sido irrevocablemente condenadas en virtud de la ley anterior, pues, un castigo que el poder social mismo ha declarado inútil, no podría sin injusticia, continuar ejecutándose”. (1)

24. La legislación y la doctrina que habían aceptado por excepción la retroactividad de la ley penal en lo favorable al enjuiciado, no habían llegado á la última consecuencia lógica del principio, aplicar al condenado la ley nueva, en lo favorable, contenidas por el tradicional respeto que inspiraba la autoridad de la cosa juzgada; y han preferido insinuar que, por derecho de gracia, la pena impuesta fuera reducida á los términos de la ley nueva. La autoridad de los tribunales no es, sin embargo, perjudicada porque una reforma ulterior de la ley y un sentimiento de justicia hagan necesaria la reducción de la pena; antes, al contrario, le es más perjudicial el derecho de gracia, aunque de él se usara con la mayor mesura.

25. La aplicación de estos preceptos no está exenta de dificultades, como aparecería de la claridad de su texto y de la justicia de su fundamento.

(1) *Principes généraux du droit penal belge*, nº 186.



Se ha establecido que debe sentenciarse el caso producido, de conformidad á la más benigna de las dos leyes. Esto no presenta inconvenientes cuando una de las dos leyes á que puede estar sometido el autor de un delito es, bajo todos aspectos, más benigna que la otra. Pero una de ellas puede ser más benigna bajo ciertos aspectos, en tanto que bajo otros aparezca más severa. Tal puede ocurrir cuando el minimum de la pena ha sido reducido y el maximum aumentado. La ley nueva es, entónces, más benigna en el minimum y menos benigna en el maximum. A este respecto, la opinión de los escritores de derecho penal está dividida sobre cual sea la ley más benigna. En nuestro Código, la cuestión puede resolverse teniendo en cuenta la regla del artículo 52, que toma por pena correspondiente al delito, el término medio entre el minimum y el maximum. Si el caso presenta circunstancias atenuantes admitidas por la misma ley, se aplicará la de minimum menor, y si agravantes la de maximum menor. Si concurren á la vez circunstancias agravantes y atenuantes, que habrá que apreciar conforme al artículo 53, se comparará el resultado de la aplicación de las dos leyes.

**26.** Se ha entendido por algunos tribunales que el artículo 48 prescribe la aplicación de un código ú otro en todas sus disposiciones referentes al caso en juicio, ó, lo que es lo mismo, que no pueda tomarse de un código las disposiciones favorables al procesado y desecharse las adversas.

Yo no acepto en absoluto esta opinión. Si se trata de disposiciones referentes á hechos perfectamente sepa-



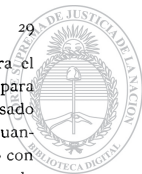
rables é independientes entre sí, no veo qué inconveniente pueda haber en la aplicación de dos leyes á puntos independientes entre sí. Tal ocurre, por ejemplo, en el cómputo de la detención preventiva. Según la duración que ésta haya tenido, puede aparecer más benigna la disposición del artículo 49 del Código actual ó la del 171 del que regía anteriormente.

Se trata de aplicar una ley á un hecho completamente independiente del delito. No se trata de calificar el hecho, ni de la pena que le corresponda, sinó de una reducción aritmética de la detención preventiva, para fijar su equivalencia con la pena impuesta (1).

**27.** Garraud se propone la cuestión á que hago referencia en el número precedente. “Una dificultad de aplicación más delicada, dice, puede presentarse en la hipótesis en que las dos leyes, sucesivamente promulgadas, tienen disposiciones diversas, unas favorables, otras desfavorables al procesado. Así, la ley aplicable en el día de

(1) Más adelante (nº 28) se hace notar que la primera parte del artículo 48 prescribe la aplicación de la ley más benigna, esto es, de toda ley que dé por resultado la aplicación de una pena menor.

Un ejemplo demostrará la necesidad de dar á la ley esta interpretación. Supóngase el caso de un homicidio con premeditación, cometido bajo la vigencia del antiguo código, que le imponía la pena de presidio por tiempo indeterminado, en tanto que la ley nueva autoriza á rebajar la pena hasta 10 años de presidio, que en definitiva se declara corresponder al procesado. Pero, la detención preventiva ha durado 4 años ¿cómo se computará para el cumplimiento de la condena de 10? Si se aplicara en este punto el antiguo código, el reo tendría que ir á presidio por 6 años y medio, pues tres y medio, de los 4 años de detención preventiva, se tendrían por cumplimiento de la condena; si se aplica la ley nueva, deberá ir á presidio por ocho años y ocho meses, pues los cuatro años sólo se computarán por un año y cuatro meses de presidio. La ley antigua es á este respecto evidentemente más benigna, y es la que debe aplicarse en cumplimiento del artículo 48 del Código Penal.



la infracción pronunciaba una simple multa contra el delito; pero autorizaba la acumulación de esta pena para cada infracción y no permitía al juez hacer al procesado beneficio de una declaración de circunstancias atenuantes. Se promulga una ley nueva: castiga el delito con prisión, pero le aplica la regla de la no acumulación de penas; además autoriza en provecho del procesado una declaración de circunstancias atenuantes. ¿Qué decidir en este caso? Me parece que el juez deberá aplicar la penalidad antigua, puesto que es más benigna que la nueva; pero deberá hacer, al mismo tiempo, beneficio al procesado de las disposiciones relativas á las circunstancias atenuantes y á la no acumulación de penas. ¿Sería esto crear una ley mixta? De ninguna manera: no se trata, en efecto, de combinar dos leyes para formar una penalidad que no sería la de la ley antigua ni la de la ley nueva, cosa evidentemente prohibida al magistrado encargado de *aplicar* y no de *rehacer* la ley. Pero ¿por qué impedirle aplicar las dos leyes en lo que tengan de más favorable al acusado? En definitiva, el juez, en esta opinión, no crea una disposición nueva: aplica dos disposiciones, á cuyos beneficios acumulados tiene el procesado un derecho adquirido" (1).

En cambio, el doctor Cortés es de opinión que, en la aplicación de nuestros códigos, no es posible en ningún caso que el procesado aproveche las disposiciones de las dos leyes sucesivas, en lo que tuvieron de más favorable (2).

(1) R. GARRAUD. *Traité de droit pénal français*, t. 1<sup>o</sup> núm. 125, b.

(2) *Vistas fiscales*, tomo 3<sup>o</sup>, pág. 391.



El argumento del doctor Cortés, de que el artículo 48 usa la palabra *ley* en singular, y que la ley es una por haber sido sancionada de una sola vez, no alcanza a convencerme. Considero que un código es un *conjunto de leyes*, entre las cuales puede haber muchas que tengan tal relación entre sí que no pueda aplicárselas separadamente; pero en que, la mayor parte no tienen más vínculo de parentesco que referirse á una sola materia.

Por eso convengo, en que las leyes del Código que son absolutamente inseparables de otras, no deben aplicarse aisladamente: pero sostengo que pueden aplicarse independientemente del conjunto las que son perfectamente separables de las demás, como la del artículo 49, que se refiere á la manera de computar un término.

28. La cuestión es más complicada aún cuando se trata de las últimas consecuencias de la retroactividad de las leyes penales en todo lo favorable al reo. ¿Será necesario revisar los procesos y modificar las sentencias, estudiando nuevamente la naturaleza de las circunstancias en que el delito se produjo? Parecería ésta una consecuencia lógica y necesaria del principio admitido; pero, consecuencia que llevaría demasiado lejos.

No creo que la ley se haya propuesto la completa revisión de las sentencias, ni que su texto lo autorice: lo único que autoriza es la reducción *de la pena* á los límites fijados por la ley. La calificación del delito permanece inalterable; lo que puede aprovechar al condenado es la variación de la pena, siempre que con la ley se mantenga la calificación.

Esta conclusión se apoya en la redacción del artículo.



La primera parte, que autoriza, en el conflicto de las leyes, la aplicación de la más benigna, habla en general de la ley aplicable, sea en la parte que fije la pena, sea en la que estime la complicidad, etc. En la segunda parte, el objeto de la disposición es sólo la *reducción de la pena*. Esto es lo que ha sido expresado quizás más claramente en el artículo 2º del código italiano: “Si la pena estaba ya impuesta por sentencia irrevocable, se la sustituye por la pena más benigna en especie ó duración establecida por la ley vigente *para el delito definido en la sentencia*”.

29. Se vé por el texto de la segunda parte del artículo 48 que sólo favorece al condenado á efecto de reducir la pena. ¿Qué será de los delitos que no se mencionan ó cuyos elementos de calificación han cambiado?

Los que no mencione la ley nueva han dejado de ser delitos, y quedan de pleno derecho extinguidas las penas.

Cuando la calificación ha cambiado, el motivo fundamental de la pena ha desaparecido, y la pena desaparece ó se reduce por esta causa. Conviene aquí explicar la conclusión establecida en el número precedente. Si en el nuevo Código subsisten los elementos fundamentales ó constitutivos de la definición de un delito, por ejemplo el de violación, será irrevocable la calificación dada en la sentencia; si aquellos elementos han cambiado ó la calificación ha sido sustituida por otra, la sentencia debe ser revisada. Esto puede ocurrir tratándose del delito de homicidio con premeditación, que la ley antigua calificaba de asesinato, y que hoy es homicidio con una circunstancia agravante, y cuya pena puede ser reducida hasta diez años de presidio.



**30.** Como conclusión de estas consideraciones sobre el artículo 48, me resta agregar que su segunda parte no ha sido aplicada, salvo raras excepciones, por no haberse gestionado su aplicación por nadie.



## CAPÍTULO V

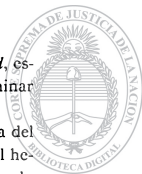
### DE LA VOLUNTAD CRIMINAL

(Artículos 4°, 5°, 6° y 7°)



31. Noción de la voluntad criminal. — 32. Inteligencia y libertad con que debe obrar el agente. — 33. Necesidad de una presunción legal sobre la voluntad criminal. — 34. Comparación entre el Código y el proyecto sobre esta materia. — 35. Inconvenientes de la redacción actual. — 36. Debe en algunos casos requerirse la prueba de la falta de voluntad criminal. — 37. Cómo debe aplicarse el artículo 6°. — 38. Disposición del artículo 4°. — 39. Incongruencia de este artículo con otras disposiciones del Código. — 40. Explicación del artículo 5°. — 41. Su disposición puede considerarse comprendida en la del artículo 6°. — 42. El artículo 5° se refiere al error ó ignorancia de *hecho*. — 43. Crítica al artículo 7°. — 44. Fórmula que comprendería todas las disposiciones de estos artículos.

**31.** Los artículos 4° al 7° del Código contienen diversas disposiciones que declaran la responsabilidad criminal, según la relación existente entre el hecho producido y la resolución, la intención ó la voluntad criminal con que el agente haya obrado.



Las tres expresiones *resolución, intención, voluntad*, están usadas en aquellos artículos, y conviene examinar su significación legal.

Dos elementos esenciales concurren á la existencia del delito: el elemento *material*, ó sea la ejecución del hecho penado por la ley, y el elemento *moral*, que es lo que por el momento corresponde establecer.

En la ejecución de todo hecho que lesione el derecho ajeno, pueden ocurrir estas circunstancias: ó el agente ha obrado teniendo conocimiento de la relación necesaria entre el *hecho* y la *lesión de derecho* que tendría que producirse, y queriendo que este efecto se produjera; ó no se ha hallado en aptitud de conocer esa relación, ó aún conociéndola, no ha tenido libertad para obrar de distinta manera; ó ha querido el *hecho* y ha omitido reflexionar sobre sus consecuencias posibles, como es deber de todo hombre.

En el primero de los casos expuestos, diremos que el agente ha obrado con voluntad criminal, porque ha conocido el daño que debía producir y lo ha querido; en el segundo, no podremos afirmar que haya habido voluntad criminal, sea porque si hubo voluntad faltó el discernimiento sobre la moralidad del acto, sea porque si hubo discernimiento faltó la voluntad; en el último caso, tendremos un *hecho* ejecutado con voluntad, que no podremos calificar de *criminal*, porque la voluntad concurrió solamente al hecho y no á sus consecuencias, y lo calificaremos de *culpable* ó *imprudente*.

La intención y la voluntad, consideradas en abstracto, pueden no ser cosas idénticas, porque la intención se refiere al fin propuesto, y la voluntad es la fuerza moral



puesta en la ejecución ó en el medio de realizar aquel fin. Pero, desde el momento en que se habla de voluntad *criminal*, toda distinción carece de objeto, porque aquella será *voluntad intencionada á producir el mal*.

32. Para que esa voluntad intencionada exista, es necesario que el agente haya obrado con inteligencia del mal que hacía y con libertad de acción. Por inteligencia del mal debe entenderse la facultad de discernir de la ilegalidad, bajo el punto de vista penal, del acto que se haya ejecutado; por *libertad ó voluntad* se entiende la facultad *interna* de querer ó no querer, de determinarse, sin estar forzado á ello, á ejecutar un acto, y la facultad *externa* de obrar ó de no obrar, de abstenerse ó nó (1).

33. Pero esa voluntad criminal que debe concurrir, como elemento esencial del delito, á fundar la responsabilidad del agente, es un procedimiento interno del ánimo que escapa, por lo general, á toda comprobación.

Sería, pues, lo mismo que decretar la impunidad de todos los delitos, requerir como base de la imputabilidad la prueba del elemento intencional, así como se requiere la del elemento material del delito.

Siendo la regla general que los hechos delictuosos se produzcan con voluntad criminal, la solución que concuerda con el sistema aceptado de enumerar las causas eximentes es la de establecer como presunción legal la regla y eximir de la prueba de la excepción. El artículo sexto no llega hasta allí. Declara que en la ejecución de hechos calificados de delito se presume la voluntad criminal, pero agrega: á no ser que resulte *una presunción*

(1) GARRAUD, op. cit., t. 1º, núm. 198.



*contraria* de las circunstancias particulares de la causa. Así, no es necesario para admitir la excepción, que se produzca la prueba plena al respecto: basta crear una presunción de la excepción; esto es, poner en frente de la presunción *juris* una presunción *hominis*.

34. El proyecto primitivo resolvía la cuestión en los mismos términos, pero contenía además otro artículo en el título *De las causas que eximen de pena*, concebido así: "no se presume que el acusado obra en estado de irresponsabilidad ó legítima defensa, y es de su obligación, por consiguiente, establecer con pruebas bastantes la certidumbre ó probabilidad de las circunstancias que lo justifican".

De la comparación de los dos artículos parece resultar que el Código es menos exigente que el proyecto primitivo. Por el artículo 6º de aquél, basta que resulte de las circunstancias particulares de la causa *una presunción*, para que desaparezca la de voluntad criminal; por el del proyecto Tejedor se exigía que el acusado estableciera con pruebas bastantes la certidumbre y probabilidad de las causas justificativas. Si bien entre la probabilidad y la simple presunción no hay una diferencia fijamente apreciable, y el arbitrio judicial podría colocarlas en la misma línea, las pruebas bastantes de la *certidumbre* son algo más que las de la probabilidad ó la mera presunción, y, según la naturaleza de los casos, de una infinita variedad imposible de clasificar, el artículo habilitaba para exigir la prueba de la certidumbre ó contentarse con las de la mera probabilidad. Ninguna disposición autoriza hoy á exigir que se establezca con pruebas suficientes la exclusión de imputabilidad, y, bastando la



existencia de una presunción, sería ilegal reclamar una prueba mayor.

35. Considérese ahora que, relacionada directa é indirectamente la disposición del artículo 6º á las del artículo 81 que enumera las causas excluyentes de imputabilidad, no será *legal* pedir prueba completa de la embriaguez total é involuntaria, de la locura, del sonambulismo, etc., debiendo admitírselas en presencia de una presunción que las indique. Con tal aplicación de la ley, recobrarán su libertad verdaderos delincuentes, contra los cuales la sociedad quedará desarmada. Puede recordarse que, en presencia de leyes que autorizaban á exigir que se estableciera con pruebas bastantes la irresponsabilidad, ha sido admitida,—por facilidad en los magistrados para aceptar malos informes periciales,—como locura verdadera una simple ficción. Juan Vivado, asesino de su padre, se finjió loco, paralizando con esto el proceso, hasta que declaró que esa locura era una ficción superior á su habilidad y que renunciaba á continuar desempeñando su papel. Ireneo Gainza, asesino de su mujer, se finge loco, se le declara tal, consigue paralizar por muchos años la tramitación de su causa, durante los cuales vive en calidad de enfermero en el Hospicio de las Mercedes, sin que el director ni subalterno alguno le tuvieran jamás por loco, hasta que fué su voluntad adelantar el proceso, y se descubrió que la locura había sido una superchería grosera (1). ¡ Cuántos otros habrán alcanzado sentencias absolutorias por procedimientos análogos !

(1) *Vistas fiscales* del doctor Cortés, XXIX y XXXI.



36. Una disposición legal que autorizara á los magistrados á exigir la prueba plena de la excepción de falta de voluntad criminal, ó limitarse á admitir la probabilidad según los casos, podría ser criticada sólo por razón de la extensión que daría al arbitrio judicial, que se considera peligroso porque desvirtúa la autoridad de la ley: pero debe recordarse que ésta, y especialmente la penal, debe tener en cuenta la variabilidad infinita de los casos, según las circunstancias en que se producen, y tiene que hacer, como hace, repetidas concesiones á la conciencia de los magistrados. La presunción legal de voluntad criminal no puede ser tachada de constituir un principio desfavorable al reo, pues la norma general de las acciones humanas, punibles ó no punibles, lícitas ó ilícitas, buenas ó malas, es que ellas son el resultado de una *determinación* interior, y no hay fundamento alguno para sostener, en general, que las acciones penadas por la ley constituyan una excepción á la regla. Por otra parte, sería grave y peligroso que, para salvar las excepciones, se llegara á exigir contra la presunción de voluntad criminal, y de una manera absoluta, la prueba que se requiere contra las presunciones del derecho civil. La misma razón que funda la necesidad de consignarse la presunción de voluntad criminal, esto es, la falta común de prueba para establecerla, motivaría la forma de la excepción.

37. A mi juicio, el artículo deja á la conciencia de los magistrados la amplitud suficiente para ser justos, que no siempre es lo mismo que hacer justicia. No es una presunción cualquiera la que puede destruir la de voluntad criminal: debe ser una presunción que resulte de



las circunstancias particulares de la causa. El doctor Bazán, fundando su voto en la Cámara de Apelaciones de la Capital, decía: " Cuando el artículo del Código Penal habla de las circunstancias particulares de una causa, de que resulte que no ha habido intención criminal, ha querido seguramente referirse á hechos que consten en ella y que realmente demuestren la ausencia de dicha intención, pero no á las simples aseveraciones del reo, con que trata de eludir su responsabilidad, inventando una circunstancia ó pretesto cualquiera para dar apariencias de verdad á su dicho. La sola posibilidad de un hecho ó circunstancia, no equivale, ni es lo mismo que su existencia, ni la ley ha podido contentarse con aquella, porque resultaría completamente ilusoria la presunción *juris*, desde que nunca dejaría de alegarse la posibilidad de un hecho cualquiera para constatarla. " (1)

Esta es la aplicación que corresponde al artículo. En la generalidad de los hechos que caen bajo la acción de la justicia, la presunción *juris* del delito no se encuentra aislada: hay á su lado una ó varias presunciones *hominis*, que la acompañan demostrando la intención criminal. Ahora bien, si una sola presunción *hominis* favorable al acusado basta para excluir la presunción *juris* que le es contraria, nada autoriza á creer que aquella sola presunción le cree una situación tan propicia que excluya los demás indicios que le sean desfavorables. La presunción de inocencia se derivará de un hecho, y será posible, por lo tanto, su comprobación y contraprueba por otros hechos constitutivos de indicios que serán es-

(1) *Jurisprudencia Criminal y Comercial*, tomo 3º, página 402.





timados y pesados, los unos con relación á los otros, formando en los magistrados la convicción necesaria.

38. Por el artículo que acabo de estudiar se declara que, en la ejecución de hechos calificados de delitos, se presume la voluntad criminal. Esto basta para decir que el hecho ejecutado dará la medida de la intención criminal.

He aquí ahora la disposición del artículo 4º: “El que después de formar la resolución de cometer un delito, emprenda una acción susceptible de producir uno mayor ó uno menor, será castigado como autor del delito, realmente cometido, y no se le admitirá la excusa de que su intención fué solo cometer el menos grave”.

Este artículo no contiene en su primera parte disposición que difiera de la del artículo 6º. En presencia del hecho realmente cometido, es claro, y no era necesario decirlo, que la presunción de voluntad criminal se referirá á ese hecho y no á otro.

39. Pero el objeto principal de la disposición es, sin duda, la parte final, en que parece sentarse en absoluto que al autor del delito no se le admitirá la *excusa* de que su intención fué sólo cometer el menos grave. La palabra excusa no puede tomarse aquí sinó en su sentido vulgar ó más amplio, que comprende la disculpa completa y la atenuación, pues tratándose de saber si castiga el delito más grave ó el menos grave, no podría ocurrir que no debiera castigarse ninguno de los dos. Si se busca el fundamento que se ha tenido en vista para esta disposición, se encontrará en la transcripción que el doctor Tejedor hacía del comentario oficial al artículo 41 del código de Baviera: “La excusa ordinaria de los



acusados consiste en sostener que no han tenido intención de cometer sinó un crimen menos grave que el realmente cometido. Si ejecutan un homicidio dicen que solo han querido causar una herida. *El presente artículo tiene por objeto no hacer lugar á este medio común de defensa*". Este comentario y el texto del artículo bastarían para no oír á ningún acusado que pretendiera no haber tenido intención de causar todo el mal que produjo; pero la cuestión está de otra manera resuelta por el inciso 3º del artículo 83, para el cual es circunstancia atenuante "no haber tenido el delincuente intención de causar todo el mal que produjo". Ese artículo es, además, incongruente con el artículo 5º en que se declara que: "cuando, por efecto de error ó ignorancia, el autor de un delito no haya conocido el carácter particular de la acción que ha cometido, y este carácter sea de una naturaleza capaz de aumentar la culpabilidad de la acción, de tal modo que el culpable se encuentre haber cometido un delito más grave que el que intentaba, no se le *imputará el hecho como voluntario, sinó en consideración á la intención real que hubiese tenido, atendiendo á las circunstancias de cada caso*".

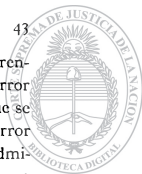
He aquí, pues, un nuevo ejemplo de que no es cierto que no deba admitirse la *excusa* de que se tuvo intención de cometer un hecho menos grave, lo que concluye de demostrar que es también inconveniente y superfluo el artículo 4º.

40. Por el artículo 5º que acabo de transcribir, se admite que se pruebe el error ó ignorancia del carácter particular de una acción, cuando haya tenido por efecto aumentar la gravedad del delito, y se dispone que no se



impute el hecho sinó en consideración á la intención real que se hubiese tenido. Es el artículo 12 del proyecto Tejedor. La nota de éste explica la disposición con un ejemplo: “cuando un hombre comete delito de violación, ignorando que era el padre de la víctima, será culpable de violación, pero no de incesto”. Se ha querido matar á una persona extraña, dice Pacheco, y se ha dado muerte al padre mismo del autor. Se ha querido herir á quien nos ha provocado, y hemos herido á quien nada nos había hecho. Hemos querido tomar el dinero de nuestro padre, y hemos tomado el de otra persona. La acción en todos estos casos ha sido más grave que la *intención*. El acto que ésta se proponía, ó no era culpable, ó infería una responsabilidad más ligera que la del hecho que se consumó”.

**41.** No obstante la importancia que parece tener la disposición del artículo 5º, no la reputo sinó como una consecuencia necesaria de la regla general del artículo 6º, y comprendida enteramente en ella. Véase, aplicando á casos concretos la disposición del artículo 6º: producida la muerte del padre por su hijo, presumiríamos que fué voluntad del hijo matar á sabiendas á su padre; pero una presunción contraria, resultante de las circunstancias particulares de la causa, nos demostraría que sólo fué voluntad del hombre matar al hombre, ignorando que era su padre: la presunción de voluntad criminal en el parricidio desaparecería ante la presunción de voluntad criminal en el simple homicidio. Otro tanto podría decirse con el ejemplo de la violación ó del robo, que trae Pacheco, y no temería que la jurisprudencia diera una aplicación distinta al artículo 6º.



42. En cuanto al error ó ignorancia á que hace referencia el artículo, no puede suponerse que sea sinó el error ó ignorancia de hecho. Nada autoriza á suponer que se haya pensado en admitir la excusa fundada en el error ó ignorancia del derecho. Tal circunstancia no es admitida por el Código ni como atenuante de pena, pues no figura en el capítulo respectivo. En esto, el Código ha reformado el proyecto que precedentemente rigió como ley en algunas Provincias, y que contenía, en el artículo 148, inciso 1º, esta disposición : la acción no está sujeta á pena cuando el agente, por efecto de una ignorancia insuperable y que no puede imputársele, haya creído su acción *licita y no punible*. El único motivo que disculparía una duda al respecto, sería el de considerar que en el artículo 5º del Código se ha hecho una pequeña supresión que parecería modificar el sentido de la disposición ; se decía : cuando por efecto de error ó ignorancia *material*, y esta última palabra ha sido suprimida. La frase era impropia, pero daba á entender una referencia al error de hecho. Entiendo que la supresión sólo obedece á la corrección del language y nó á la extensión del precepto.

43. Cabe hacer respecto del artículo 7º apreciaciones análogas á las apuntadas sobre los artículos 4º y 5º. Es una disposición más tendente á determinar la relación entre el hecho producido y la voluntad criminal : “ Cuando una persona sea convicta de haber cometido con intención un acto que, según las nociones de la experiencia general, acostumbre á producir inmediata y necesariamente un resultado criminal determinado, *se tendrá como cierto* que este resultado entró en las previsiones



del culpable, á no ser que justifique lo contrario con pruebas manifiestas ”.

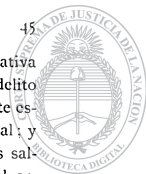
Es, pues, una nueva presunción lo que aquí se declara, ó mejor dicho se repite una presunción declarada.

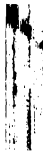
Si se compara el artículo 7º con los anteriores, se tendrá : 1º que hay incongruencia entre el artículo 4º y el artículo 7º, en cuanto el primero presume sin prueba en contrario, que la intención corresponde directamente al delito realmente ejecutado, y el segundo admite lo contrario mediante pruebas manifiestas ; 2º con el artículo 5º tiene de común que, en presencia del hecho ejecutado, permiten demostrar la intención real que se tuvo ; 3º que respecto del artículo 6º es, como el 5º, una consecuencia necesaria, con esta divergencia, que la presunción del artículo 6º cede ante una presunción que resulte de las circunstancias particulares de la causa, mientras la del artículo 7º sólo cede ante pruebas manifiestas. No alcanzo una razón satisfactoria de la distinción de la ley.

**44.** Apuntadas cuales son las observaciones que me sugieren las disposiciones del título primero sobre la relación entre el hecho producido y el elemento intencional que ha mediado en él, debo indicar cuál es la forma que á mi juicio comprende todas las disposiciones en un precepto general: Producido un hecho penado por la ley, se presume que se tuvo la voluntad de ejecutar ese hecho y nó otro, á no ser que las circunstancias particulares de la causa demuestren lo contrario.

Adopto la fórmula “ producido un hecho penado por

la ley ", porque los hechos que constituyen la tentativa ó la culpa no alcanzan á la denominación que el delito correspondiente tiene en la clasificación de la parte especial, y es entónce aquella una forma más general; y agrego las palabras y *nó otro*, porque creo con ellas salvados los temores que movieron al legislador en el artículo 4°.





## CAPITULO VI

### DE LA TENTATIVA

(Artículos 8° al 14)



45. Distinciones generales entre el delito, la tentativa y la culpa. — 46. La ley no puede seguir á la doctrina en todas sus clasificaciones del delito en general. — 47. No todos los grados de voluntad criminal son objeto de represión. — 48. Disposiciones legales al respecto. — 49. Los *actos exteriores* á que se refiere el artículo 8° ¿deben constituir principio de ejecución? — 50. Qué distinción hay entre los actos preparatorios y los exteriores que constituyen la tentativa. — 51. Reglas dadas por Carrara. — 52. Casos juzgados conforme á esas reglas. — 53. Objeciones á la redacción del artículo 8°. — 54. ¿Hay tentativa de delitos cometidos sin reflexión? Caso resuelto por la negativa. — 55. Jurisprudencia en contrario. — 56. Opinión de Haus. — 57. *Idoneidad* de los medios empleados en la tentativa. — 58. No hay referencia á ella en el texto legal. — 59. Distinción que puede hacerse según que el agente conozca ó no la naturaleza del medio empleado. — 60. Caso en que con medios idóneos haya imposibilidad absoluta según las leyes de la naturaleza. — 61. La apreciación de estos casos está librada al criterio judicial. — 62. Desistimiento voluntario. — 63. El artículo 11 carece de objeto. — 64. Penas de la tentativa. — 65. Consideraciones sobre la represión de la tentativa. — 66. Tentativa que constituye por sí misma un delito diferente del tentado. — 67. De los actos preparatorios. — 68. Cómo se legislaban en el proyecto Tejedor. — 69. Juicio sobre la reforma.





45. Estudiadas las declaraciones de la ley respecto de la voluntad criminal, en presencia del hecho producido, se completa el estudio de este punto con el de las disposiciones sobre la tentativa y sobre la culpa.

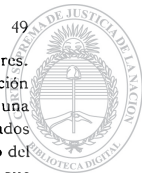
Preséntase con este motivo una de las cuestiones que más ha preocupado á los teorizadores sobre la naturaleza del delito y de sus elementos constitutivos. Examinando lo que constituye una infracción, se distingue, según queda expresado, dos elementos, uno material, el hecho ejecutado, y otro moral, la intención dirigida á la ejecución de ese hecho.

Una dificultad surge en seguida de afirmarse que los dos elementos expresados constituyen el delito: en los delitos por omisión no hay acto ejecutado: no hay hecho material producido, no queda subsistente sinó el elemento moral, la falta de cumplimiento á un deber.

Una nueva dificultad aparece al examinarse la tentativa. Falta parcial ó totalmente el elemento material. El daño, que era lo que parecía justificar el motivo de la pena, puede faltar de una manera absoluta. No queda, en tal caso, sinó puramente el elemento moral, la voluntad criminal, que es lo que determina la sanción penal.

Por otra parte, la ley castiga una serie de hechos ú omisiones á título de culpa ó imprudencia, y, á la inversa de lo que ocurre respecto de la tentativa, es el elemento material el que puede existir completo en todas sus formas y consecuencias, y el elemento moral, la voluntad *criminal*, la intención *dañina*, la que falta absolutamente, distinguiendo en su esencia lo que en el lenguaje técnico se llama el delito y la culpa.

46. Estas distinciones vienen de antiguo consignadas

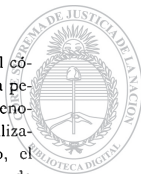


por la doctrina, originando clasificaciones particulares.

Se comprende toda la utilidad que la mera especulación científica ó el lenguaje del foro puedan reportar de una terminología acabada, que distinga los diversos grados ó los múltiples matices del procedimiento interno del ánimo y de sus manifestaciones exteriores, que es lo que constituye en conjunto lo que se llama generación del delito, esto es, la sucesión de momentos que transcurren desde que nace el pensamiento dañino en la mente del criminal, hasta que se opera el último acto que satisfaga su propósito. Es así como puede entenderse la existencia de las frases: actos preparatorios, tentativa, delito frustrado, delito consumado, tentativa próxima, remota, calificada, etc.

La ley penal no puede seguir á la doctrina en esas clasificaciones: su objeto es determinar las penas correspondientes á las acciones que entiendo deber reprimir; no está inventada aún la balanza de precisión que dé el peso de la delincuencia de una acción ó de una intención para aplicarle exactamente la medida proporcionada de pena. La proporcionalidad entre la pena y el delito no será jamás exacta, porque es un mero ideal de los legisladores y de los penalistas. Esa proporcionalidad no puede escribirse en la ley, y no consiste en otra cosa que en un acto de arbitrio judicial, una manifestación de la conciencia individual experta en aplicar una medida, hija de su criterio personal, formado por la comparación del conjunto de casos análogos juzgados.

Se explica así que los códigos retrocedan de su primera presunción de escribir penas fijas para cada delito



y para cada grado de delito, y se comprende que el código ha hecho bien en distinguir para la respectiva penalidad estos únicos términos: el delito, con su denominación especial; su ejecución intentada, sin realización completa. Así, el código castiga el homicidio, el robo, la violación, etc., y castiga también la ejecución de actos dirigidos á tales fines; pero toma á estos últimos en su concepto general, llamándoles *tentativa*, y prescinde de su propia definición del delito frustrado, cuya superfluidad é inconveniencia he indicado ya. La relación entre el delito intentado y el ejecutado, su proximidad á éste, el peligro en que puso á la víctima, la alarma que causó á la sociedad, son apreciados por el magistrado que aplica en los límites fijados la pena que en su criterio individual estima proporcionada.

47. La ejecución intentada de un delito puede tener toda la serie de grados que median entre la concepción del hecho y su realización incompleta más próxima á su perfección. La ley no quiere que todos estos diversos grados de la voluntad criminal puedan tener represión. De aquí que busque formas para distinguir entre los estados más remotos y los menos remotos ó más próximos al delito; y examinando el título de la tentativa, se observa el cuidado puesto en procurar la consignación de reglas para diferenciar los distintos estados.

48. Los artículos 8º, 9º y 14 se dirigen á ese objeto. Según el artículo 8º, hay tentativa cuando la resolución de cometer un delito ha sido manifestada por actos exteriores que tengan relación directa con él. El artículo 9º completa la definición de la tentativa punible, agregando



que la tentativa no está sujeta á pena cuando se desiste voluntariamente del delito. Por el artículo 14 se exime de pena los actos preparatorios cuando no constituyen por sí mismos una contravención.

49. En varios códigos entran como elementos de la definición términos que indican la necesidad de que esos actos constituyan un principio de ejecución. Así lo establecen el artículo 3º del código español, el 2º del código francés, el 31 del código de Prusia, el 6º del portugués, etc. El 61 del nuevo código italiano, dice que comete tentativa el que, con el fin de perpetrar un delito, emprende con actos exteriores é idóneos su ejecución.

Ni el hecho de exigir, para la existencia de la tentativa, que los actos exteriores tengan relación con el delito, ni el consignar que esos actos deban ser principio de ejecución, determinan de una manera clara y precisa cuales son los límites de la tentativa punible y de la que no se castiga no obstante manifestarse por actos exteriores que no pasan de la categoría de actos preparatorios. Hay en esto, como en muchas otras prescripciones de la ley penal, la vaguedad de lo indefinido y de lo imposible de definir. No puede determinarse de antemano las circunstancias en que debe producirse un orden cualquiera de actos humanos, pues que todas las condiciones de tiempo, de persona y de lugar, son contingentes y variables en serie infinita. Todo queda forzosamente librado al criterio racional de los magistrados que podrán decir, en los casos ocurrentes, si tales ó cuales hechos tienen ó nó relación directa ó constituyen principio de ejecución de un delito.



Sin que el principio de ejecución sea, pues, una circunstancia precisa y definida, puede asegurarse que los actos exteriores á que se refiere el artículo 8º, son los mismos á que otros códigos se refieren hablando del principio de ejecución. En el artículo 14 se hace referencia á los actos preparatorios, y se declara exentos de pena cuando no importan por sí mismos una contravención, esto es, cuando no se toma en consideración para el castigo su relación con el delito.

50. Los actos preparatorios serán sin embargo actos exteriores; luego, no todos los actos exteriores que indican la resolución de cometer un delito, constituyen tentativa. La diferencia entre los actos exteriores de la tentativa y los preparatorios, está solamente en su relación directa ó indirecta con el delito.

Pero ¿cuándo dejarán los actos exteriores de estar *indirectamente* relacionados con el delito para entrar en la relación *directa*? Esta relación es el resultado de la comparación entre el hecho producido y aquel á que se refería la intención; y esos hechos futuros no están sujetos á clasificación alguna para determinar de antemano su correspondencia.

51. Carrara, que ha percibido con agudo ingenio todas estas sutilezas de la ciencia penal, ha procurado á la vez establecer las normas en que puede buscarse una solución racional para los casos prácticos, y por mi parte debo declarar que á ellas he ajustado mis decisiones en la magistratura. Es necesario, para que haya tentativa, que el acto sea *inequívocamente* conducente al delito: “Mientras el acto externo sea tal que pueda conducir tanto al delito como á una acción inocente, no tendre-



mos más que un acto preparatorio que no podrá imputarse como conato; pero los actos externos que no constituyen conato punible porque son meramente preparatorios, pueden ser tales de un modo *absoluto* ó de un modo *contingente* ó condicional. Son preparatorios de un modo absoluto los actos en los cuales falta absolutamente el carácter de principio de ejecución, de manera que, aunque las declaraciones del reo demuestren que aquellos fueron dirigidos al delito, no podrían sin injusticia castigarse como tentativa, por un defecto que está en su propia naturaleza: la falta de un principio de peligro actual. Tales son la compra de armas, la adquisición de venenos, las investigaciones para obtener informaciones, el mandato, los acuerdos criminales y otros semejantes. Son en cambio preparatorios de un modo contingente ó condicional, los actos que, respecto de cierta intención del agente, tendrían la índole de un *principio de ejecución del delito*, y ofrecerían un *peligro actual*; pero que frecuentemente se deben considerar como meramente preparatorios, y dejarse impunes, por no tener certeza de que tendieran *inequívocamente al delito*. Cuando es ésta la única razón que se tiene para llamarlos preparatorios, acontece en buena lógica, que cuando los mismos estén acompañados de tales condiciones materiales que manifiesten indudable su dirección á un delito determinado, puedan, sin error, castigarse como conatos porque en su carácter de ejecución existe el peligro actual. Así, el ingreso en casa ajena, si se considera aisladamente, deberá llamarse acto preparatorio, porque no revela la *relación directa* con el delito: será por sí mismo el delito de violación de domicilio y nada



más; pero si se imagina que es mi enemigo mortal, quien, con puñal en mano, se introduce en mi dormitorio durante mi sueño; ó el amante desdeñado que invade por la noche, acompañado por dos malvados, la casa de la doncella; ó ladrones conocidos, provistos de ganzúas, formones y recipientes aptos para el transporte, introducidos en la casa donde se encierra un botín correlativo á aquellos recipientes, podrá juzgarse que en aquella introducción clandestina ó violenta existe respectivamente tentativa de homicidio, tentativa de raptó ó tentativa de robo".(1).

**52.** He juzgado, siguiendo este criterio, que el ademán de sacar armas no tiene relación directa con el delito de homicidio ó de lesiones, pues el acto de echar mano á la cintura, en una disputa, es tan común en muchas gentes, que sin tener armas lo ejecutan con propósito de intimidar, y sería violento que se tuviera por otra cosa que por *amenazas*.

He juzgado también como amenazas el hecho de ir á buscar una persona en su casa y manifestar el agente que la buscaba para matarla. El hecho de buscar á una persona, y aún asegurando que se la busca para darle muerte, no tiene una relación inequívoca con el homicidio, pues aunque la resolución criminal sea confesada, es una simple intención que, por criminal que sea, no es punible. Si esa resolución se conoce por amenazas que haya proferido el presunto delincuente, se habrá cometido realmente un delito que tiene definición espe-

(1) CARRARA, *Programma*, Parte generale, § 358.



cial en la ley, pero no una fracción del delito con que se amenaza (1).

Esta regla de la inequívocidad de los actos exteriores con relación al delito, y que he tenido como la más segura para calificar con acierto los hechos que constituyen tentativa, ha sido también la adoptada por el Tribunal Supremo de España que ha declarado que para la ejecución del delito de homicidio es de rigurosa necesidad que el propósito de privar de la vida á una persona se manifieste por actos que de una manera *inequívoca* tiendan á conseguir aquel resultado por medios adecuados en el principio de la ejecución, siendo de advertir que en el caso se trataba de una lesión inferida en el rostro, profiriendo palabras de muerte (2).

53. Esta interpretación se ajusta perfectamente al propósito de nuestro Código, pero la redacción adoptada por el artículo 8º no es en manera alguna satisfactoria. El término principal de la definición de la tentativa es para ella la resolución de cometer el delito; y debiendo ser ésta manifestada por los actos exteriores, aparece que éstos solamente son una prueba de la existencia del hecho que la ley se interesa en castigar, esto es, de la resolución de cometer el delito.

No es esto, sin embargo, lo que quiere la ley. No son objeto de su preocupación las intenciones dañinas sino los hechos que, aunque no alcancen á producir daño al-

(1) En el código español es considerado *falta* el hecho de amenazar á otro con armas ó sacarlas en riña, como no sea en justa defensa. (Artículo 604, número 2º).

(2) VIADA, *Código penal*, Suplemento 3º, página 26.



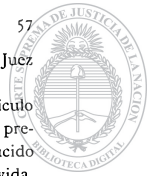


guno material, se estima que pueden producir un daño moral resultante de la alarma ocasionada por el peligro. Era más propia la definición del código Tejedor: “hay tentativa siempre que, con la intención de cometer un crimen, se ejecutan actos exteriores que tienen por objeto la consumación ó preparación de ese crimen”; y si se consideraba que estos últimos términos expresaban una idea distinta de la que se proponían los legisladores, bien pudo sustituirse por los adoptados en el artículo, y completar así la definición: hay tentativa siempre que, con la intención de cometer un delito, se ejecutan actos exteriores que tengan relación directa con ese delito.

54. Una cuestión de la mayor importancia surge de la necesidad de que los actos ejecutados tengan relación directa con un delito determinado, que se tuvo intención de consumir. En los delitos cometidos por ímpetu, sin reflexión ni premeditación, ¿deberá deducirse de los actos exteriores una manifestación indudable de la resolución? Las lesiones corporales, por ejemplo, inferidas en tal estado, ¿deberán considerarse como tentativa de homicidio?

He aquí los fundamentos con que he resuelto en la práctica esta cuestión:

“Cierto es que los tribunales han declarado repetidos casos de tentativa del homicidio simple que definía el artículo 196 del código penal de la Provincia, vigente en la época del delito, deduciendo el *animus occidendi* del hecho de herir reiteradamente á una persona sin defensa, una vez que la falta de premeditación y reflexión no excluye la intención homicida en el momento



del hecho. (Puede verse la sentencia número 47 del Juez Aguirre, confirmada).

“Pero debe observarse, desde luego, que el artículo 106 castigaba la muerte perpetrada sin reflexión ni premeditación, sólo en consideración al *resultado* producido y á la *capacidad* del acto para poner en peligro la vida. El elemento intencional resultaba *explicito* por el hecho cometido y el resultado producido; la voluntad criminal existía por presunción legal.

“Cuando el actor ha resuelto y ejecutado, sin premeditación ni reflexión, un acto capaz de poner en peligro la vida del ofendido, pero sin que se siga la muerte, la intención homicida deja de ser explícita, y como no la confiese el reo, ó el acto excluya la posibilidad de lesiones corporales, como si se arroja un hombre al mar, sería necesario *presumir* que se tuvo intención de cometer otro delito que el realmente cometido, desde que las lesiones corporales constituyen una definición especial del Código Penal.

“Ahora bien, lejos de haber en la ley un precepto que favorezca aquella presunción, ella es incompatible con las disposiciones que declaran punible el delito realmente cometido, cuando intentado uno se produce otro. La presunción deducida de las circunstancias materiales del hecho, y confundiendo el elemento *intencional* del delito con el elemento *material*, es ilegítima desde que tiene en su contra textos legales (arts. 4º y 11 del código penal de la Provincia).

“La reiteración de los golpes ó de las heridas puede probar el estado de furor en que se encuentra el agente, sin que él demuestre necesariamente la intención ho-



micida. El arma usada proporciona un criterio más falso aún, si en los actos impremeditados quisiera deducirse de ella la intención de matar. Es necesario, dice Carrara, estar cierto de que quería matar y no herir, el que de hecho hirió y no mató. A esta explícita voluntad, firmemente dirigida á un fin determinado, no puede sustituirse una vaga previsión, una inseguridad en que oscile el agente acerca del efecto que producirá; no basta, en una palabra, la existencia del *dolo indeterminado*.

“La aptitud, para producir la muerte, del medio usado para causar la herida, induce en un razonamiento vicioso por tres motivos: 1° porque de los medios usados, argumentando al fin propuesto, se supone *un cálculo* en quien obró no por cálculo sinó por subitánea perturbación; 2° porque se olvida la verdad, experimentada por todos, de que el hombre irritado recurre al primer instrumento que le cae á mano, sin reflexionar si su efecto será ó no homicida; 3° porque se olvida la verdad experimental que enseña que en el uso de arma blanca ó de fuego, el resultado más frecuente y ordinario sea la herida, el menos frecuente la muerte.” El mismo autor agrega: “Aunque pudiera *preverse* la posibilidad (de causar la muerte) no puede hacerse responsable de homicidio á quien no mató, porque no ha existido ni el *efecto* ni el *deseo*; nó el *efecto*, porque no se produjo la muerte; nó el *deseo*, porque la *previsión* no es lo mismo que la voluntad.” (*Programma*, Parte general, § 367 y § 368, Parte special, § 1094).” (1)

55. No dejo de reconocer que esta resolución, que

(1) Esta sentencia fué confirmada por la Cámara del Departamento del Centro.

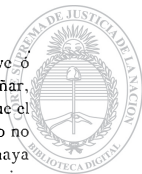


encuentro racional, no ha alcanzado la sanción de la jurisprudencia. Se argumenta que la conciencia de la probabilidad del evento fatal, implica en el agente la intención dirigida al mismo, ó sea, que tratándose de actos cometidos con conocimiento de la probabilidad del suceso, lógicamente no ha podido concluirse otra cosa, sinó que el agente quería precisamente causar el evento previsto como consecuencia de su modo de obrar.

Los tribunales italianos aplican las reglas siguientes: la intención puede probarse tanto con pruebas directas como con pruebas indirectas mediante deducciones, ó más bien con éstas que con aquéllas, por la imposibilidad psicológica de probar por testigos la intención. Los principales elementos que constituyen la prueba de la intención, son el instrumento, el modo cómo fué usado, y especialmente la dirección y la fuerza empleada.

Creo aceptable esta argumentación cuando se trata de probar la intención criminal y hay pruebas concurrentes de la premeditación. Pero, sería desconocer la naturaleza humana, decir que quien en un acceso de irritación se entrega á las vías de hecho, tomando el arma que la ocasión le depara, puede elegir el sitio en que ha de herir á su víctima y medir la impulsión que ha de dar á su brazo.

**56.** La solución que he dado á la cuestión en el caso propuesto, tiene también la autoridad de los fundadores del código penal belga. “ Succede á veces, dice el informe de Haus, sobre todo cuando las violencias son cometidas en un acceso de cólera, que la intención del autor es en sí misma vaga é indeterminada: ataca á la persona de su adversario, no precisamente para darle



muerte ni tampoco para causarle una herida grave, o leve, sinó con una intención indeterminada de dañar, con el designio de vengar un insulto, de modo que el resultado de su acción le es indiferente. En este caso no puede admitirse tentativa alguna, sea que el autor haya herido á su adversario, sea que su acción no tenga ninguna consecuencia agravante, como si ha herido en riña."

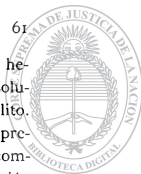
57. Otra cuestión cuya solución no surge de la letra del Código, y que debe buscarse en la doctrina, es la siguiente:

Para declarar la existencia de la tentativa, ¿deben ser *idóneos* para el fin propuesto los medios empleados?

No conozco la solución de esta cuestión en nuestros tribunales; pero pienso que, dada la tendencia general de nuestra jurisprudencia á acogerse fácilmente al precepto aceptado de que en la duda debe resolverse lo favorable al reo, se llegará á la afirmativa. Pienso que la aplicación de ese precepto puede justificarse cuando se está en presencia de una duda sugerida por falta de prueba de los hechos; pero que es de más difícil justificación cuando se trata de aplicar un precepto de la ley que no debe con facilidad suponerse dudoso.

58. No se deduce de los términos del artículo 8º, que exija la *idoneidad* de los medios empleados. El texto indica que lo que se castiga es la *resolución* que ha llegado á manifestarse por actos exteriores que tengan relación directa con el delito; pero queda explicado que el objeto del castigo son los actos relacionados directamente con el delito, con la intención dirigida á él.

59. ¿Puede decirse que un medio absolutamente *inidóneo* tenga *relación directa* con el delito?



\* Si lo que se castigara en la tentativa fuera sólo el hecho material, habría que reconocer que el acto absolutamente inidóneo no tiene relación directa con el delito. Pero si lo que también debe preocuparnos en la represión de la tentativa es la intención dañina que ha acompañado el principio de ejecución de un delito, la relación entre los actos ejecutados y el delito consumado debe ser considerada bajo el punto de vista de la intención que aquellos manifiestan. Si creyendo emplear el arsénico para un envenenamiento, se emplea una sustancia inofensiva, que el cómplice arrepentido ha suministrado, asegurando que era el veneno, la relación directa entre el acto y el delito está en propinar á la víctima la sustancia que se cree venenosa. Si un hombre accecha á su enemigo con manifiesta intención de matarlo, y le dispara una arma de fuego sin lograr herirlo, no se dudará que haya tentativa de homicidio. No hay distinción fundada que hacer entre ese hecho, el error de la dirección del arma y el error de la sustancia empleada para el envenenamiento: ambas circunstancias son absolutamente extrañas á la voluntad del agente, que se ha mantenido invariable en el propósito de consumir el delito (1).

(1) La solución contraria está generalmente aceptada por los autores, pero sin precisarse en qué se distinguen esencialmente ambos errores para dar resultados jurídicos distintos. Mis conclusiones sobre este punto podrán considerarse atrevidas ó infundadas, dentro del criterio general de la escuela clásica del derecho penal. No sucederá así en la escuela positiva.

“La cuestión de la punibilidad de la tentativa inidónea, dice Garofalo, se resuelve fácilmente por todo el que crea, con nosotros, que la temibilidad del delincuente sea el único criterio aceptable de la penalidad, que deba sustituir al criterio del daño, y al de la fuerza de los impulsos. El delito revela al delincuente, y el examen de este revelará la categoría á

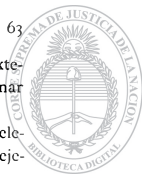


Cuando el medio empleado es absolutamente inidóneo, y el agente conoce su naturaleza sin que sea posible el error sobre su efecto, como si con conocimiento de la sustancia se propinara sal ó azúcar manifestando intención homicida, no podría decirse que la resolución de cometer el delito se demuestre ó resulte de aquellos actos; habría una broma ó una estupidez que no podrían ser castigadas.

**60.** Cuando aun con medios idóneos hubiera una imposibilidad radical y absoluta, según las leyes de la naturaleza, se tendría, como dice Ortolan, un crimen *imposible* á cubierto de toda pena, como si se ha administrado sustancias abortivas con intención de procurar un aborto á una mujer que se creía en cinta, pero que no lo estaba, ó como si se clava un puñal en un cadáver creyéndolo un hombre vivo. En estos casos "no podría decirse que ha habido principio de ejecución ó ejecución ya parcial de un acto absolutamente imposible, ni efecto frustrado de un efecto inconciliable con las leyes de la naturaleza".

**61.** Se ve, pues, que la idoneidad de los actos exteriores ó de los medios empleados, si bien está consignada expresamente en algunos códigos y recomendada por la doctrina, no resulta expresa ni implícitamente consignada por nuestra ley, de modo que queda al arbitrio judicial determinar, interpretando la ley, según el conjunto de circunstancias en que el caso se produzca,

que pertenece. En la tentativa, sean los medios idóneos ó inidóneos, la voluntad criminosa se ha manifestado. Por lo tanto, debe bastar para que por regla general se afirme la punibilidad." (*Criminología*, pág. 270).



si para que exista relación directa entre los actos exteriores y el fin intentado, será ó nó necesario examinar la idoneidad de los actos ó medios empleados.

62. Queda dicho que el artículo 9º consigna otros elementos característicos de la tentativa. Si ésta es la ejecución incompleta de un delito, ó de actos exteriores que tendían á su consumación con un propósito final preconcebido, faltando la intención por un desistimiento voluntario, desaparece el elemento á que quizás atribuye la ley mayor importancia.

Mientras la resolución subsiste y está manifestándose por actos exteriores, existe un peligro para la sociedad que justifica el interés de la represión. Pero ese peligro desaparece si el actor encuentra en su propia voluntad fuerzas morales bastantes para cambiar su resolución; y por el contrario interesa á la sociedad mantener una invitación al desistimiento. "La justicia humana, pregunta Rossi, ¿rechazaría la voz del arrepentimiento cuando se hace oír antes de la consumación del crimen? Este rigor le es innecesario; no tiene derecho de emplearlo. La tentativa seguida de desistimiento voluntario, no solamente no ha producido el mal que el autor había tenido en vista, sinó que no inspira mucha alarma. El hombre cree fácilmente en el arrepentimiento; es un esfuerzo sobre nosotros mismos; todos comprendemos cómo nos es necesario que el arrepentimiento no sea ineficaz" (1).

Las mismas consideraciones abonan la legitimidad de la presunción declarada por el artículo 10, aparte de

(1) *Traité de droit pénal*, liv. II, ch. xxxII.





que siendo las presunciones de derecho soluciones arbitrarias autorizadas por las dificultades de la prueba, sería injusto y despótico aumentar el número de las desfavorables á la inocencia.

63. El artículo 11 dice que el que se detiene en la ejecución de un delito, pero con el propósito de consumarlo en otro tiempo, en otro lugar, sobre otra persona ó de cualquier otro modo, será castigado como si hubiera dejado de cometerlo por circunstancias independientes de su voluntad.

No veo la posibilidad de la aplicación de ese artículo, ni encuentro explicada su consignación en el Código.

Los artículos 9º y 10 eximen de pena y *presumen* voluntario el desistimiento. La tentativa es, pues, punible, con excepción del caso en que hubiera mediado desistimiento voluntario, y para no exigir pruebas, generalmente difíciles de producir en adelante, crea la presunción *juris* del desistimiento voluntario. Creo con esto completa la legislación sobre el punto, é imposible el peligro de que no se castigara al que se detiene en la ejecución de un hecho con propósito de continuarlo en otro tiempo y lugar. Bastaría un sencillísimo raciocinio que no podría escapar á ninguno de los lectores del Código: el que se detiene en la ejecución del delito con propósito de consumarlo después, no ha *desistido de su resolución* de cometerlo, ni dejado, en consecuencia de hallarse en el caso de tentativa punible, siendo para ello, más que necesario, indispensable, tener la prueba de que subsistía la resolución.

El artículo 11, cuyo precedente es el texto del 18 del có-



digo de Tejedor, pertenece á mi juicio al número de los superfluos, cuya supresión haría más preciso el texto de la ley.

**64.** Caracterizada la tentativa, el Código prescribe su represión buscándola en una proporcionalidad entre el grado de proximidad á la ejecución del delito y la pena que correspondería al delito ejecutado. He aquí el texto del artículo 12 :

“ La tentativa será castigada con arreglo á la siguiente escala de penas, según que ella fuese más ó menos próxima :

“ 1º Si fuese de un delito que consumado tuviese pena de muerte, los tribunales pronunciarán la de presidio desde 10 años hasta por tiempo indeterminado ;

“ 2º En los demás casos, la pena que corresponda al delito consumado, se disminuirá desde la cuarta parte á la mitad.

“ En el caso de que al delito consumado correspondiese el mínimun de una clase de pena, se aplicará el máximun de la inferior en grado, que podrá disminuirse hasta en una tercera parte.”

**65.** He manifestado poco há, que la proporcionalidad entre la pena y el delito jamás será exacta y no consistirá en otra cosa que en un mero arbitrio judicial, una manifestación de la conciencia individual experta en aplicar una medida hija de un criterio individual formado por la comparación del conjunto de casos análogos juzgados.

Si esto puede decirse del delito mismo, cuánto más cierto será de la tentativa. En el primer caso, habrá que considerar solamente las circunstancias en qué el agente



ha producido el delito: en el segundo, á la consideración de esas mismas circunstancias, la mayor ó menor proximidad á la consumación del delito y la mayor ó menor importancia de los motivos que impidieron su ejecución.

El sistema del Código atiende suficientemente á estas necesidades; su redacción es precisa, y no creo que haya presentado dificultades.

Se podrá observar que la penalidad de la tentativa conocida por remota, podrá parecer demasiado grave y que inclinará á los magistrados á dejar impunes como actos preparatorios, verdaderos actos que importarian un principio de ejecución. Esta observación fué hecha por Groizard á las penas que imponía el código español al delito frustrado:

“No debemos olvidar que á la impunidad conducen dos caminos opuestos: una excesiva severidad y una censurable lenidad. Cuanto más grande sea el castigo que á un hombre señale el Código, tanto mayores son los requisitos y condiciones que por punto general el juzgador exige para estimarlo probado. Esto no debía ser así: la penalidad de una acción en nada debe influir en la prueba de esa propia acción. Lo que no es bastante para justificar un gran delito, no debe serlo para estimar como probado uno pequeño: lo que es suficiente para considerar demostrado un hecho que castiga la ley con una pena leve, no debe dejar de serlo porque la pena que corresponde imponer á ese mismo hecho sea grave. No debe ser así, repetimos, y sin embargo es. El hombre no vive exclusivamente en la región serena del pensamiento. Con el entendimiento se juzga, nó con el corazón; pero al juzgar con el entendimiento



¡cuán pocos son los jueces que no se dejan, quizás sin apercibirse de ello, influir más ó menos por el sentimiento, al formar sus juicios!... Con estas imperfecciones humanas el legislador ha debido contar." (1)

**66.** Creeríase que el artículo 13 tiende á salvar un peligro remoto de interpretación viciosa: "si la tentativa constituye por sí misma un delito consumado, diferente del tentado y castigado con mayor pena que la señalada para la tentativa, se aplicará la establecida para el delito".

Me he preguntado alguna vez qué duda resuelve este artículo. Lo que declara es muy lógico y muy justo; pero por la misma razón ¿con qué lógica podría sostenerse lo contrario de lo que prescribe? ¿cómo podría prescindirse de un delito consumado y prestar sólo atención al fin buscado y no alcanzado? Si el narcótico propinado con intención de violar á la víctima produce la muerte antes de ejecutarse la violación ¿cómo podría excluirse el título de homicidio?

Efectivamente, el artículo carecería de trascendencia si no sirviera para resolver á su tiempo una cuestión muy importante. Podrá verse más adelante, en el comentario del inciso 8º del artículo 83, cómo puede deducirse de aquel artículo la solución de una dificultad que éste engendrara respecto de la responsabilidad en que se incurre por el delito medio de ejecución de otro, cuando el medio es más grave que el fin.

**67.** El artículo 14 declara la impunidad de los actos preparatorios de un delito, cuando no importan por sí mismos una contravención.

(1) El Código Penal de 1870, tomo 1º, página 108.



Al estudiar la naturaleza de los actos exteriores que constituyen la tentativa, he demostrado que los actos que *no* tienden inequívocamente al delito deben considerarse meramente preparatorios.

La *relación directa* de un acto con el fin intencional no puede deducirse sinó de un hecho *externo*, porque así lo dispone la ley, de modo que, aún conociendo por confesión posterior cuál era el propósito á que se dirigía el acto preparatorio, no se le podrá calificar de tentativa punible. Esta es la interpretación estricta de la ley.

68. Que los actos preparatorios no son punibles, no tenía la ley necesidad de decirlo, si ella no les impone pena. Hay muchas otras cosas que no son punibles y la ley no lo dice, porque su objeto es decir solamente qué es lo que debe castigarse. Pero este artículo reformaba el principio sancionado por el artículo 22 del proyecto, que castigaba los actos preparatorios de la manera siguiente: 1º si el crimen consumado tenía pena de muerte, presidio ó penitenciaria por tiempo indeterminado, con uno ó dos años de presidio ó penitenciaria; 2º si la pena del crimen consumado era presidio ó penitenciaria por tiempo determinado, con seis á doce meses de prisión; 3º si la pena del crimen consumado es prisión, con ocho días á un mes de arresto, ó apercibimiento público, según los casos.

El Código ha borrado estas disposiciones del proyecto, y declara que "sólo son punibles cuando importan una contravención, salvo disposición expresa de este Código".

Las contravenciones, infracciones á reglas de escasa importancia social, no son materia de que trate nues-



tro Código. La salvedad se refiere á los casos en que el acto preparatorio importa por sí mismo un delito definido por el Código: el caso juzgado como delito de amenazas, puede servir de ejemplo.

**69. ¿Es conveniente la reforma?**

Antes de contestar, permítaseme que recuerde que en números anteriores he demostrado cuál es la interpretación que debe darse á la ley, y el criterio con que debe distinguirse (y á que me he ajustado en mis sentencias) el acto meramente preparatorio, del acto que constituye principio de ejecución y entra en la esfera de la tentativa punible. Aquí no me ocupo de la interpretación, sinó de la crítica de la ley.

Ahora bien, la reforma está apoyada por numerosas autoridades, que, indudablemente, habrán inclinado el ánimo de los legisladores. A la importante autoridad científica de Carrara, transcripta en el número 51, puede agregarse las de Chauveau y Hélie (1), Ortolan (2), Rossi (3), Groizard (4), Pacheco (5), Garraud (6), etc. Sostiénese que el acto preparatorio no conduce inequívocamente al delito y carece del carácter de *peligro actual* que pueda dar lugar á la represión; que la justicia humana no tiene acción, por regla general, sobre la persona que ha resuelto ser delincuente; que todo lo que compete á la autoridad es la vigilancia respecto á los que in-

(1) *Théorie du code pénal*, 246.

(2) *Derecho penal*, trad. española, t. 1º, núm. 407.

(3) *Traité de droit pénal*, liv. II, ch. xxvii.

(4) *El código penal de 1870*, t. 1º, pág. 75.

(5) *El código penal*, t. 1º, pág. 92, 5ª ed.

(6) *Précis de droit pénal*, 113.



diquen con sus actos la existencia de pensamientos criminales. La legislación en general ha consignado esta doctrina.

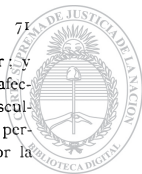
Creo que á estas consecuencias sólo ha podido llegarse por la lógica de la escuela, por razón del concepto fundamental que se tenga del delito y de la pena; pero que no se ajustan completamente á la necesidad social de reprimir el delito y de disminuir sus manifestaciones.

Desde luego, puede reconocerse que es cierto que el acto preparatorio no indica *por si mismo* la voluntad de delinquir, y que bajo este aspecto no es inequívocamente conducente al delito; pero de ésto sólo podría deducirse que con su sola existencia no podría probarse la voluntad criminal, ó que tal acto no podría ser acompañado de la presunción de voluntad criminal; desde que la voluntad constara por otros medios probatorios, estaría razonablemente justificada la intervención represiva de la justicia, con las mismas razones con que se justifica la represión de la tentativa. El error está en juzgar la tentativa con un criterio puramente objetivo. De que un hombre esté con una llave en la mano tratando de introducirla en la cerradura de la puerta ajena, no podría deducirse ciertamente que intentaba un robo ó una violación de domicilio; podría aun resultar que fuera un vecino que equivocara su domicilio. Pero si he tenido denuncia de que un ladrón (el robo es, por lo general, profesional) vendría á robarme munido de una llave falsa, y lo sorprendo delante de la puerta de mi casa, con la llave falsa en la mano, y se le encuentra en el bolsillo instrucciones dadas por un cómplice respecto del

sitio en que se encuentra el dinero que debía robar, y ha sido condenado diez veces por robo ; habrá que afectar una candidez inexplicable y ridícula, y pedir disculpa al ladrón por haberlo molestado en su actitud perfectamente lícita, desde que no es reprimida por la ley ?

Puede concebirse que la ley cree presunciones que definen situaciones dudosas ó difíciles de establecer por los medios ordinarios de prueba ; pero no puede concebirse que se cree una presunción de candidez semejante á la que resultaría del artículo 14 del Código.

Sin estudiar, por carecer ya de objeto, la graduación de la penalidad de los actos preparatorios, creo preferible el proyecto al Código en esta materia, é inconveniente, en consecuencia, la reforma.







## CAPÍTULO VII

### DE LA CULPA Ó IMPRUDENCIA

(Artículos 15 al 20).



70. La culpa ó imprudencia no se define por la ley. — 71. Diversos sistemas para legislar la culpa. — 72. La culpa puede ser incluida entre las circunstancias atenuantes. — 73. Causa de las dificultades para legislar la culpa. — 74. La responsabilidad por la culpa no debe subordinarse á la naturaleza del mal causado. — 75. Condiciones de imputabilidad de la culpa. — 76. 1ª condición: daño producido. — 77. 2ª condición: falta de voluntad criminal. — 78. La falta de voluntad criminal no caracteriza por sí sola la culpa imputable. — 79. Distinciones entre el delito perfecto, la culpa y el mero accidente. — 80. ¿Debe castigarse como culpa el accidente, si el hecho que lo produjo estaba prohibido? — 81. Exámen de la 3ª condición: falta de debida diligencia en evitar el daño. — 82. Exámen de la división doctrinaria de la culpa en *lata*, *leve* y *levísima*. — 83. No hay tentativa de culpa. — 84. No hay complicidad en la culpa. — 85. Examen del artículo 15. — 86. Distinción legal de la culpa en grave y leve. Exposición de esta distinción. — 87. Penalidad de la culpa ó imprudencia. — 88. ¿Debe graduarse la pena conforme á las reglas de los artículos 52 y 53? — 89. Responsabilidad de los médicos, por culpa ó imprudencia. — 90. Ejercicio ilegal de la medicina.

70. El Código ha omitido la definición de la culpa ó imprudencia. Ha hecho bien. Si difícil y escabrosa es



en sí misma la materia, fueran quizás mayores las dificultades si el legislador hubiera arriesgado una definición. Por esto se ha limitado á decir: “son punibles las contravenciones á la ley, cometidas por culpa ó imprudencia”.

**71.** La culpa ó imprudencia, en el lenguaje común ó en los actos ordinarios de la vida, es algo más ó menos susceptible de apreciación por toda conciencia. Pero descendiendo á lo concreto del derecho penal, en más de una ocasión es imposible que haya un acuerdo general sobre si un hecho debe considerarse como un delito completo ó perfecto, como una culpa ó imprudencia, ó como un mero accidente.

Tanto escapa esta materia á una determinación precisa, que hay la mayor divergencia en la legislación positiva, no ya respecto de los límites de la punibilidad de la culpa ó imprudencia, sinó también respecto de su propia naturaleza. El código penal francés, y otros que le han seguido, estiman que la culpa ó imprudencia sólo puede ser motivo de pena cuando tiene relación á determinados delitos, y así, no hablan de la culpa en general, sinó del homicidio culpable, de las lesiones por imprudencia, etc.; las antiguas leyes españolas, que nos rigieron hasta la adopción del código Tejedor, referían también la culpa á hechos determinados; el código español hace de la *imprudencia temeraria* un título del libro *de los delitos*; esto es, el delito existe, tiene vida como tal en la imprudencia misma, y si por la disposición se hace referencia á los delitos, es para ajustar la gravedad de la imprudencia al criterio de la gravedad del daño producido.



Entre estos dos sistemas, el nuevo código italiano se atuvo al primero, y su eminente autor explicaba así la opción: "No está aun establecido con la seguridad de un criterio científico, en qué consiste la *culpa* en el derecho penal, de manera que pueda darse una solución satisfactoria aplicable á cada caso. El concepto de la *previ-sibilidad* del evento, antes admitido pacíficamente en la doctrina, es hoy removido por nuevas investigaciones, y se le juzga empírico y falaz." (1)

Nuestro Código, siguiendo al proyecto Tejedor, adoptó una tercera solución: colocó el título de la *culpa* entre las disposiciones generales, de modo que cualquier delito de los enumerados en la parte especial, no pierde su calificación de tal, por no haberse tenido intención de cometerlo, sinó que la falta de intención produce sólo una distinta medida de la responsabilidad.

72. Bajo este aspecto, no encuentro justificable que la culpa se sustraiga al título de las circunstancias atenuantes. Se creará una novedad caprichosa la inclusión de la culpa en el número de las causas de atenuación; pero creo que sería perfectamente lógica, y que á ella se hubiera llegado, sin el prejuizgamiento de que la culpa debía tener una naturaleza especial, y ocupar, en consecuencia, un título aparte. Si juzgamos la culpa por la ausencia de intención criminal debía también recordarse que la falta parcial de la intención criminal es por sí misma una de las causas de atenuación expresadas por la ley. Por otra parte, si puede servir para distinguir la culpa del mero accidente, de que habla el inciso

(1) ZANARDELLI, *Relazione ministeriale*, CXLVII.



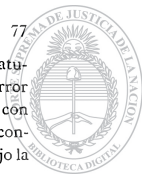
6º del artículo 81, la falta de *debida diligencia*, se ve que el mero accidente y la culpa son de idéntica naturaleza, distinguiéndose solamente por el grado de diligencia que se hubiese puesto.

Por esto, me parece arriesgada la solución que adopta el Código, como tímida ó excesivamente prudente la del código italiano, que no ha osado formar de la culpa ó imprudencia título especial, ni como causa general de responsabilidad, ni como parte del libro de los delitos.

73. Las dificultades para la solución de este punto pueden tener por origen la clasificación objetiva de los delitos. Formándose la escala de clasificación en vista del daño causado, del hecho material producido, no atinamos á saber qué debe hacerse de la culpa. Si las clasificaciones tuvieran una base subjetiva, que tomara á los delincuentes según sus predisposiciones á tales ó cuales delitos, haríamos un título *de los imprudentes ó temerarios*, y así como se legislaría la defensa contra los homicidas ó los rateros, la sociedad se defendería de los atolondrados.

Creo que en este sentido, el método del código español, con respecto á la culpa, importa un progreso. Si se le hace formar título en la escala de los delitos, es porque se percibe que los temerarios pueden llegar á figurar en la serie de los delincuentes.

74. El que causa un mal por imprudencia, va dicho que no ha tenido *intención* de causarlo; por la misma razón paréceme que no se puede subordinar su responsabilidad á la naturaleza del mal causado. El imprudente mata ó causa un incendio; pero lo que puede ser más ajeno á su índole es precisamente el homicidio y el in-



endio. La imputabilidad no puede fundarse en la naturaleza particular de estos delitos, que causarían horror al mismo imputado; ella debe buscarse en el sujeto, con independencia del hecho producido, pues en la conciencia de todos estará que el hecho suyo que produjo la muerte ó el incendio, tiene con el hecho producido una relación exclusivamente material, en tanto que el mal, sin *determinación alguna*, que se cause, tiene su fuente en un estado moral del agente, distinto de la voluntad.

75. Los resultados efectivos de la represión de la culpa ó imprudencia son generalmente los mismos con uno ú otro sistema; pero, faltando una explicación fundamental, las dificultades podrán surgir con mayor intensidad. La culpa ó imprudencia como disposición especial en determinados artículos, como título particular de penalidad, ó como circunstancia general de la responsabilidad, no cambia los caracteres que concretamente la distinguen, sea del delito en general, sea del delito especial á que la ley la refiera.

Para que sea posible la imputación de la culpa ó imprudencia es ante todo menester que haya *daño producido*. Es, asimismo, necesario que haya habido *ausencia absoluta de voluntad criminal*. Es, también, indispensable que el daño se haya producido por *falta de debida diligencia*.

76. Estos son los datos que proporciona la ley positiva para caracterizar la culpa. En la opinión común y en el lenguaje ordinario calificamos de imprudencia todo hecho cometido con reflexión ó sin ella, en cuanto al hecho mismo, pero sin reflexión ó sin suficiente reflexión en cuanto al resultado, sea que se produzca ó no



el daño. Ciertamente es que un texto expreso de la ley no restringe la responsabilidad por la culpa á los casos de daño producido, pero esta solución es aconsejada por la doctrina y adoptada por los tribunales, porque para ello median razones de consideración. Primeramente, la lógica del sistema que, tomando al delito como entidad jurídica constante de dos elementos, uno material, el daño producido; y otro moral, la intención, reprime el delito perfecto cuando concurren ambos elementos, y la tentativa cuando concurre uno de ellos, la intención, no tendría qué castigar cuando faltaran aquellos dos elementos. En segundo término, la imprudencia, en el concepto ordinario, que no ha causado daño, es punto que por su escasa importancia corresponde á la clasificación de las faltas, que en nuestra legislación no están comprendidas en el Código Penal.

**77.** Es otro de los caracteres de la culpa ó imprudencia la ausencia total de voluntad criminal. Si hubo voluntad criminal en la causa, aunque el efecto deseado fuera distinto, faltará la intención en todo lo que el hecho producido supere al hecho propuesto. Del texto del inciso 3º del artículo 83 resulta claramente que, cuando el hecho supera á la intención, se computará esta circunstancia como atenuante del hecho producido; luego, es este el objeto de la represión, y no puede serlo el hecho intentado.

**78.** Si bien queda definida por la falta de voluntad criminal la distinción entre la culpa y el delito, no resulta que esta circunstancia pueda caracterizar por sí misma la culpa ó imprudencia. No todos los hechos del derecho criminal son calificados de imprudencia puni-



ble cuando no aparece la voluntad criminal. La ley reconoce otro caso de voluntad criminal que declara exento de pena: está exento de pena, dice el artículo 81 inciso 6°, el que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por *mero accidente*.

79. El delito perfecto, la culpa ó imprudencia y el mero accidente, tienen este carácter común: producción de un daño. La culpa y el accidente este otro: ausencia de voluntad criminal.

Deslindando la culpa del mero accidente, según los términos del inciso 6° del artículo 81, puede distinguirse que en la culpa ó imprudencia hay falta de “debida diligencia”.

80. Las primeras palabras del inciso inducen también al argumento de que, tratándose de la ejecución de un acto ilícito, se incurre en responsabilidad por culpa, aun cuando no pudiera imputarse falta de este tipo de cuidados que la ley llama *debida diligencia*: esto es, que es punible el accidente, bajo título de imprudencia, cuando el hecho que lo produjo estaba ya prohibido.

El artículo 319 del código francés castiga como homicidio involuntario el que se haya causado por inobservancia de reglamentos; el artículo 581 inciso 2° del código español toma en cuenta la infracción de los reglamentos para determinar un grado de imputabilidad de delito cometido por simple imprudencia ó negligencia; los mismos términos *inobservancia de reglamentos*, usados por el artículo 319 francés, son empleados por el 371 del nuevo código italiano, y entran en las disposiciones de nuestro Código como una circunstancia que caracteriza





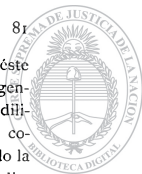
la culpa grave. Que la sola circunstancia de haber infringido un reglamento, aun cuando se haya puesto suficiente diligencia, baste para constituir á título de culpa la responsabilidad de un homicidio, parece á Carrara cosa totalmente inaceptable. "El código penal francés de 1810, dice, convirtió en una regla general y absoluta lo que la ciencia admite sólo en casos excepcionales y condiciones limitadísimas. El código draconiano dispone que deba castigarse *siempre* como culpable el homicidio de que fué causante quien se encontraba en estado de contravención á los reglamentos policiales. Tal exorbitancia no fué reproducida por el Código toscano, que *castigó*, pero no *definió* el homicidio culpable, dejando su noción á los dictados de la ciencia" (1).

No se ve en este horror del eminente criminalista á aceptar las doctrinas de los citados códigos sinó una consecuencia de la lógica inflexible con que desenvuelve sus principios; pero, la disposición, en sí misma, ni parece inútil ni parece injusta.

**81.** Acabo de enunciar que es un elemento característico de la culpa y distintivo del accidente, la falta de la debida diligencia en evitar el daño. La ley no define, ni puede, ni debe definir en qué consiste la falta de diligencia. Esta resultará de la apreciación de los hechos sometidos á los magistrados.

Habría que observar, sin embargo, que, tomando en un sentido estricto el inciso 6º del artículo 81, difícilmente se llegaría á declarar la existencia del mero accidente. El caso fortuito no es obra del hombre. Cuando se haya

(1) *Programma*, Parte speciale, § 1095.



ejecutado un acto con diligencia no habrá daño. Si éste se produce, será siempre posible que con mayor diligencia se hubiera evitado. Pero la ley habla de debida diligencia, y por tal debe entenderse la que emplea el común de los hombres de juicio y reflexión, ó tomando la frase del derecho romano y del civil, cuando han mediado los cuidados de un *buen padre de familia*.

82. El daño producido, habiendo mediado estos cuidados, importaría una culpa *levísima*. La división de la culpa en *lata*, *leve* y *levísima*, procedente del derecho civil, ha sido admitida en el derecho penal é introducida en algunos códigos, que han establecido penas para la culpa en los tres grados. La penalidad de la última ha sido seriamente combatida, y nuestro código sólo castiga la culpa *grave* y la *leve*. De esta circunstancia, del silencio guardado sobre la culpa *levísima* y de la imposibilidad de que el caso fortuito exista en los hechos puramente humanos, puede deducirse, con seguridad, que la culpa *levísima* está comprendida en lo que el Código llama mero accidente.

Carrara ha tratado de dar una regla para determinar qué diligencia es aquella cuya omisión caracteriza la culpa: “ Cuando el hombre que ejecutó un hecho, dice, del cual fué consecuencia la transgresión á la ley, no quiso ni previó el antecedente, no habrá dolo respecto á la consecuencia. Si la consecuencia no prevista ni descada era previsible, habrá culpa; si no era ni siquiera previsible por el agente, habrá mero accidente ” (1). No *haber previsto* la consecuencia ofensiva, deslinda la

(1) *Programma*, Parte generale, § 78.



*culpa del dolo. No haber podido preverla*, deslinda el *accidente* de la *culpa* (1).

83. De los principios ya enunciados, y especialmente de la ausencia de voluntad en la consecuencia del hecho ejecutado, se sigue que no es posible relacionar el concepto de la tentativa al de la culpa ó imprudencia, esto es, que no existe tentativa de culpa. En la tentativa puede no existir daño material, ó sólo un daño de distinta calidad del *propuesto*; para la existencia de la culpa ó imprudencia es siempre indispensable que el agente no se haya *propuesto* daño alguno, y que éste se haya realizado. La tentativa supone una resolución criminal; la culpa ó imprudencia, una falta de resolución criminal, absoluta. Con razón, pues, el mismo Carrara ha dicho que la tentativa de culpa era un contrasentido jurídico. Recuerdo haber leído una sentencia de nuestros tribunales en que se declaraba al procesado autor de *tentativa de culpa, sin intención criminal* !

84. Necesitase investigar también si en la culpa puede presentarse la forma de la complicidad.

Chauveau y Hélie se deciden por la afirmativa: “Parece á primera vista, dicen, que es necesario responder negativamente: ¿Cómo hacerse cómplice por los medios indicados por la ley, de una inatención, de una negligencia? La complicidad, ¿no supone una especie de connivencia que implica la voluntad?”

“Si un homicidio involuntario puede tener varios coautores, no parece contradictorio que sea ocasionado por un autor y cómplice. Sin embargo, examinando más

(1) Ibidem, § 84.



de cerca la materia, se percibe que esta disposición no es inadmisble. Nada se opondrá, en efecto, á que una imprudencia tenga cómplices. Un cochero, por ejemplo, lleva sus caballos al galope en medio de la multitud, y los impulsa por órden é instrucciones de su patrón, cuyo carruaje gobierna; el homicidio causado por ésta imprudencia tendrá evidentemente por autor al cochero y por cómplice al dueño del carruaje. En otro caso, un niño dispara un fusil en un sitio público con ayuda de su padre, y mata ó hiere á una persona. Aquí es fácil todavía reconocer al autor y al cómplice del homicidio involuntario. Las reglas de la complicidad no admiten, pues, excepciones en los casos de los artículos 319 y 320; pues, por una parte, estas reglas son generales, y por otra, su aplicación no ofrece obstáculo real. Así, la Corte de Casación ha podido declarar, en un fallo brevemente fundado, que no hay contradicción en declarar á un acusado cómplice por promesas, amenazas, instrucciones, ayuda ó asistencia, de la imprudencia ó de la negligencia que ocasiona un homicidio involuntario (1) ”.

Nypels contesta estos argumentos : “ El error de los autores proviene de que confunden el hecho *voluntario* que por sí mismo no constituye crimen ni delito, con el mal *involuntario* que este hecho ha producido, y que constituye delito. Puede haber en algunos casos de homicidio ó heridas involuntarias, *coautores*, en este sentido, que el homicidio ó las heridas pueden ser el resultado de un hecho de imprudencia ó de impericia, al cual coo-

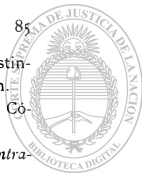
(1) *Théorie du Code Pénal*, número 1425; en el mismo sentido, Azcúrra, *Ley penal*, página 290.



peren dos individuos *materialmente*, en el momento mismo del accidente. Por ejemplo, dos albañiles arrojan de lo alto de un andamio un tablón que vá á herir á un transeunte, á quien no han visto. Pero, en esta hipótesis, no puede haber complicidad propiamente dicha. La palabra *cómplice* supone que se ha participado consciente y voluntariamente en un delito. El que hubiera dado orden de arrojar el tablón ó hubiera provocado á los albañiles á arrojarlo, no sería cómplice, porque el hecho solo de arrojarlo no es delito. El delito es aquí el resultado perjudicial imprevisto, accidental; resultado que la ley castiga *excepcionalmente*, y que no puede castigar sinó en la persona del autor del acto material que ha traído éste resultado ". (1)

La solución que imputa la culpa sólo al autor del acto material, me parece inaceptable. No es por la sola razón del hecho material que debe originarse la responsabilidad; no por haberse sido el instrumento ciego de la fatalidad, que cae el peso de la ley sobre el autor de un daño; sinó por no haberse tenido los cuidados necesarios, por ser "deber de todo hombre en sociedad, como decía el código Tejedor, abstenerse de los actos peligrosos, y proceder, en todo lo que emprenda, con la atención y la reflexión necesarias para no causar perjuicio involuntariamente á los derechos de los demás ni á las leyes del Estado". Es innegable que un hecho que produce resultados involuntarios puede ser consecuente del error ó imprudencia de varias personas, y del efecto perjudicial nacerá la responsabilidad para todos los que

(1) NYPELS, *Code Pénal interprété*, tomo 2º, página 439.



voluntariamente contribuyeron á la *causa*, en los distintos grados de la respectiva importancia de su acción.

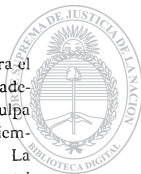
85. Es tiempo de examinar las disposiciones del Código sobre la culpa ó imprudencia.

El artículo 15 declara que son “punibles las *contravenciones á la ley*, cometidas por culpa”. Parece á primera vista que el artículo nada dispone, puesto que las culpas y las penas respectivas están enumeradas en los artículos siguientes. No obstante ser susceptible de crítica la redacción que habla de *contravenciones*, no habiendo en la ley penal órdenes, sinó penas por transgresión á reglas que supone fijadas por la naturaleza de la sociedad humana, hay en el artículo una declaración de importancia. Bastará para reconocerlo, fijar el sentido de la primera parte.

¿Qué debe entenderse por la frase “son punibles las *contravenciones á la ley*”? El término *contravención* indica desobediencia á un mandato; y, lo repito, la ley penal no prescribe acciones, impone castigos: pero, es evidente que los términos “*contravenciones á la ley*” se refieren exclusivamente á las acciones reprimidas como delitos en el Código. No siempre que aparezca un *daño* causado por culpa ó imprudencia, se tendrá una culpa ó imprudencia punible: habrá en todo caso lugar á indemnizar los daños y perjuicios del derecho civil. Antes de investigar si es imputable criminalmente la culpa ó imprudencia, hay que ver si el hecho podría ser calificado de delito habiendo concurso de voluntad criminal.

86. El Código distingue la culpa en *grave* y *leve*.

Quizás hubiera bastado en esta materia que la ley fijara los caracteres generales de la culpa ó imprudencia,



y el máximun y mínimun de pena que comprendiera el castigo de los casos punibles, desde que no es verdaderamente posible fijar los caracteres distintivos de la culpa grave y de la leve; ya que una y otra dependerán siempre de las múltiples circunstancias de cada caso. La forma que indico es la consignada en el artículo 581 del código español.

Si bien la distinción de la culpa en grave ó leve, es más propia de la doctrina ó del derecho civil que del penal, el Código intenta distinguirlas enumerándolas en los artículos 16 y 17.

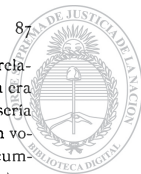
Según el inciso 1º del 16, “la culpa es grave cuando el autor del daño ha podido prever el peligro de su acción, y sin embargo no se abstiene de ella por *pasión, irreflexión ó ligereza*”. Aparecen en estos términos elementos que se creeria característicos de toda culpa: 1º daño producido; 2º posibilidad de preverlo; 3º falta de diligencia ó de cuidado en evitarlo (que puede ser por pasión, irreflexión ó ligereza).

Los incisos siguientes agregan otras reglas que pueden tenerse como desarrollo de la anterior: á la mayor evidencia del peligro basta la menor atención para preverlo (1); la concurrencia de los conocimientos personales del agente ó de las circunstancias en que se encuentre, darán la medida de la reflexión que podía exigirse (2);

(1) “2º Cuando el hecho encierra en sí mismo tal grado de peligro que basta la menor atención para prever que el hecho podía producir el resultado ilícito.”

(2) “3º Cuando por razón de sus conocimientos personales ó de las circunstancias en que se encuentra, el delincuente fuese capaz de prever el peligro de su acción ó sus consecuencias.”

“Artículo 17. — ... 2º Cuando por efecto físico ó afección moral no se



la culpa es mayor ó menor en razón directa de la relación del hecho con el resultado (1); si el hecho ya era ilícito ó prohibido por otros motivos, la culpa sería mayor por contenerse en ella una parte de infracción voluntaria (2) y, al contrario, si el acto se verificaba en cumplimiento de deberes oficiales y por exceso de celo (3).

Con excepción de las dos últimas, las disposiciones precedentes no alcanzan á prescribir reglas precisas y distintivas de los grados de culpa. Todo queda sujeto á la apreciación de las circunstancias en que se ha encontrado el culpable; y por eso, repitiendo las palabras de Pacheco, que no vé otra regla que la prudencia en lo que es tan variable por sí mismo y tan sujeto á accidentales circunstancias, creo que, para despojar al Código de sutilezas, bastaría establecer el máximum y el mínimum de pena en que se ejercería el criterio judicial.

**87.** Los artículos 18, 19 y 20 prescriben la pena que debe imponerse por la culpa ó imprudencia:

“Art. 18. El reo de culpa grave será castigado:

“1º Con prisión de uno á tres años, si la acción culpable, acompañada de voluntad criminal, hubiese constituido un delito cuya pena exceda de seis años de presidio ó penitenciaria.

encuentre el individuo en las condiciones generales para conocer las consecuencias del acto.

“3º Cuando el agente se ha visto obligado, por circunstancias urgentes que no pueden imputársele, á tomar una resolución súbita.”

(1) Artículo 17.—La culpa es leve: “1º Cuando la acción cometida por imprudencia no tiene sinó una relación lejana con el resultado.”

(2) Artículo 16.—La culpa es grave: “4º Cuando el hecho ejecutado por imprudencia era ya ilícito ó prohibido por otros motivos.”

(3) Artículo 17.—La culpa es leve: “4º Cuando el acto se ha verificado en cumplimiento de deberes oficiales y por exceso de celo.”





“2° En los demás casos de culpa grave, la pena será de un mes á un año.

“Art. 19. El reo de culpa leve será castigado, en la hipótesis del primer inciso del artículo anterior, con la pena de arresto de tres á nueve meses.

“En los demás casos, la pena será de arresto hasta dos meses.

“Art. 20. Cuando la pena fuese pecuniaria, la culpa grave será castigada con la quinta parte de la pena del delito, y la leve con la décima parte.”

De la comparación del inciso 2° del artículo 18, con el inciso 2° del artículo 19, resulta la posibilidad de castigar una culpa leve con pena mayor que una culpa grave! Después de esto, no sé qué objeto, que no sea puramente teórico, tenga la distinción de la culpa en grave y leve.

**88.** Determinado el máximo y minimum de las penas de la culpa, ¿deberá graduarse la pena con arreglo á lo prescripto en los artículos 52 y 53?

El artículo 581 del código español dispone que en la aplicación de las penas [procederán los tribunales sin sujetarse á las reglas prescriptas por el artículo 82, esto es, sin graduar la pena con arreglo á las circunstancias agravantes y atenuantes. A este respecto dice Pacheco que el artículo ha estimado que es necesario dejar una libertad más absoluta. Esto no quiere decir que no haya de regularse tal arbitrio por ninguna consideración, sinó que no se puede señalar otra que la prudencia en lo que es tan variable por sí mismo y tan sujeto á accidentales circunstancias (1).

(1) PACHECO. *El Código Penal*, etc., tomo 3°, página 429.



Nuestro Código no contiene una disposición expresa, pero deben regir también en su aplicación reglas análogas á las del código español. En primer lugar, las penas señaladas para la culpa están subordinadas á las penas que corresponderían á los mismos hechos cuando debieran calificarse de delito, y no se sabría si las circunstancias atenuantes ó agravantes debían graduar la pena del delito ó la de la culpa que se refería á él, por guardarse silencio á este respecto. En segundo término, las circunstancias que modifican la responsabilidad en razón de la mayor ó menor perversidad de la intención revelada por el autor del delito, no tienen cabida, por ser la intención criminal inconciliable con la culpa. Por último, las que se fundan en cierto estado físico ó afección moral, están ya tomadas en cuenta para caracterizar los grados de la culpa.

**89.** La aplicación de las disposiciones legales sobre la culpa ó imprudencia da lugar á algunas cuestiones que despiertan interés.

El artículo 25, inciso 7º del código Tejedor, prescribía que hay culpa “cuando en el ejercicio de un arte, ciencia ó profesión, con autorización ó comisión del Estado, se causa, no obstante, daño proveniente de falta de conocimientos ó talentos manuales exigidos por la ciencia, arte ó profesión”. Esta misma disposición está comprendida en los incisos 3º y 5º del artículo 16 del Código.

Ahora bien, ¿será ella igualmente aplicable al ejercicio de la medicina, que al de las demás ciencias ó profesiones en general?

Para resolver la negativa bastará recordar que la medicina se encuentra aún en estado de experimentación ;



que aun no le ha sido dado descubrir el secreto de la vida, y que no puede exigírsele que triunfe del cumplimiento fatal de las leyes naturales, y evite la descomposición del organismo, cuyo proceso comienza con la enfermedad y continúa despues de la vida. No pasa otro tanto con las ciencias ó profesiones que derivan su exactitud precisamente del cumplimiento de leyes fijas, y que obedecen á principios matemáticos. Puede exigirse de todo ingeniero la construcción de un sólido edificio; no puede exigirse de un médico la salvación de todo enfermo.

La suficiencia de los conocimientos médicos está acreditada por la autorización conferida por el Estado para la práctica de la medicina. Si las corporaciones científicas en que el Estado reconoce competencia para acordar títulos profesionales, han declarado ya que existen en un individuo los conocimientos ó talentos manuales exigidos por la ciencia, arte ó profesión, no corresponde á los tribunales de justicia revocar el título de suficiencia y declarar que ha habido daño proveniente de falta de conocimientos. Razón ha tenido, pues, el Código en no aceptar la disposición del de Tejedor.

Pero, ni la ausencia de principios exactos en la práctica médica, ni la presunción creada por el título, autorizarían á declarar irresponsable á todo autor de daño causado en el ejercicio de la medicina. Si el médico ha procedido con irreflexión ó ligereza, si no ha mediado observación detenida de diagnóstico, ó si, hallado éste, ha adoptado un tratamiento evidentemente contraindicado, ó si ha prescripto medicamentos que necesariamente debían producir el resultado perjudicial á que se



llegó, no podría pretenderse la irresponsabilidad y la impunidad del médico. No hay que probar la falta de conocimientos para llegar á este estado : al contrario, la presunción de competencia creada por el título es un motivo para esperar del médico mayor previsión y diligencia, y la condenación procede siempre que puede formarse la convicción de que el resultado perjudicial es exclusivamente debido á la imprevisión ó ligereza del médico, lo que dependerá de la apreciación de las circunstancias del caso con la conveniente ilustración que suministrarán los peritos (1).

90. El artículo 1º de la ley de la Provincia de Buenos Aires de 18 de Julio de 1877, prohíbe el ejercicio de ramo alguno del arte de curar, sin título espedido por la Facultad de Ciencias, y el artículo 41 determina la penalidad en que incurrén los infractores á esta disposición.

Mientras el proyecto de Código regía como ley en la Provincia, por no estar dictado el Código Penal de la Nación, no fué posible que se suscitara cuestión alguna sobre la subsistencia de leyes penales impuestas por el mismo soberano. Pero dictado el Código Penal de la Nación con sujeción al mandato constitucional, ha podido argumentarse de esta manera : la imposición de penas corresponde fundamentalmente á leyes dictadas por el Congreso ; es así que está ya dictado el Código Penal de la Nación, luego, son insubsistentes las leyes penales de la provincia.

(1) Véase en el *Apéndice A* el caso que he resuelto con sujeción á estos principios.



Con esta argumentación, ó cualquiera análoga, ha podido resolverse que el ejercicio de la medicina por quien no tiene título, no es punible, y que sólo lo es el daño causado en aquel ejercicio.

Esta resolución es errónea. Ya he demostrado que las *faltas* pueden ser materia de legislación provincial; y el ejercicio de la medicina sin título legal es una *falta*, lo que es esencialmente distinto de una *culpa*.

El solo ejercicio sin título legal del arte de curar, es una *falta* que debe ser reprimida por ley especial; el daño causado por ese ejercicio es una *culpa* que cae bajo la definición del artículo 16, inciso 6°.

El capítulo 7° de la ley de 1878, al establecer las sanciones penales de sus disposiciones, salva expresamente de ellas los hechos que caen bajo el Código Penal: "sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que pueden incurrir los que infringieren las disposiciones de la presente ley, etc."

Respecto de la ley de 1878, lo único que puede observarse, conforme á lo expuesto sobre la facultad de las Provincias para penar las faltas, es que la pena, *en razón de su medida*, no puede ser ya aplicada porque excede á la que pueden imponer las Provincias.

## CAPÍTULO VIII

### DE LAS CAUSAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD

(Artículos 81 y 82)



91. Consideraciones sobre la designación de *causas que eximen de pena*, hecha por el Código. — 92. Fundamento de la designación que adopto.

§ 1. *Causas de exclusión de imputabilidad procedentes de falta de discernimiento en el agente.* — 93. *Locura.* — 94. La ley debe autorizar medidas de acción respecto del loco delincuente. — 95. De la locura según el lenguaje científico y el legal. — 96. Las leyes penales procuran establecer la fórmula que indique con precisión el estado de irresponsabilidad. — 97. Caracteres científicos de la locura. — 98. Objeto que tenga en la ley la distinción entre la imbecilidad y la locura. — 99. *SONAMBULISMO.* — 100. Caso de responsabilidad del sonámbulo. — 101. *BEODEZ COMPLETA É INVOLUNTARIA.* Es la excepción más frecuentemente aducida en los juicios criminales. — 102. Legislación comparada respecto de la excepción de embriaguez. — 103. Dudas respecto de la perturbación total de la inteligencia por causa de embriaguez. — 104. Opiniones en sentido negativo. — 105. Opinión más general en sentido afirmativo. — 106. El Código legisla un hecho *posible.* — 107. La prueba de la embriaguez debe referirse á las cualidades de *completa é involuntaria.* — 108. Consideraciones sobre estas cualidades. — 109. Casos en que pueda considerarse ó nó involuntaria la embriaguez. — 110. Casos de embriaguez culpable. — 111. *EDAD. EX-*



- posición del Código y del proyecto Tejedor. — 112. Período de irresponsabilidad absoluta. — 113. Irresponsabilidad de los mayores de diez años y menores de quince. — 114. Debe resolverse previamente si el menor es capaz de obrar con discernimiento.
- § 2. *Causas procedentes de la falta de voluntad criminal.* — 115. FUERZA IRRESISTIBLE. — 116. Fuerza irresistible *interna*. — 117. La fuerza irresistible, como estado morbozo, no está comprendida en el inciso 1° del artículo 81. — 118. Los casos de fuerza irresistible interna han sido considerados como casos de locura. — 119. Pueden comprenderse en la disposición del inciso 5° del artículo 81. — 120. FUERZA MAYOR. — 121. *Producción de un daño por mero accidente.*
- § 3. *Causas procedentes del cumplimiento de un deber ó del ejercicio de un derecho.* — 122. Consideración general. — 123. Analogía entre los incisos 7° al 15 del artículo 81. — 124. CUMPLIMIENTO DEL DEBER Ó EJERCICIO DEL DERECHO. — 125. *Obediencia debida.* — 126. LEGÍTIMA DEFENSA. — Consideraciones generales. — 127. Disposiciones que se refieren á este derecho. — 128. Circunstancias que deben concurrir para que exista. — 129. *Agresión ilegítima.* — 130. *Necesidad racional del medio empleado para impedirla ó repelerla.* Jurisprudencia en la Provincia de Buenos Aires. — 131. *Falta de provocación suficiente en el que se defiende.* — 132. Defensa de parientes. Error en las ediciones del Código. — 133. La excepción debe estenderse á la *defensa* de un extraño. — 134. *Defensa del domicilio.* — 135. Caso del ladrón sorprendido *infraganti*. Divergencia de la doctrina. — 136. Legislación comparada sobre aquel caso. — 137. Crítica de la solución en nuestro Código. — 138. Defensa de la mujer contra el que intenta violarla ó robarla. — 139. Marido que sorprende á la mujer en adulterio. — 140. Obligación de denuncia impuesta por el artículo 82.

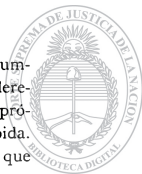
91. El epígrafe *Causas que eximen de pena*, puesto al título del Código, se presta á algunas consideraciones. Cuando en el artículo primero se definía el delito, se consideraba tal toda acción ú omisión penada por la ley. Luego, el artículo sexto declaraba que, en la ejecución



de hechos clasificados de delitos, se presumía la *voluntad criminal*, y el séptimo agregaba que, al cometerse *con intención* un acto que según las nociones de la experiencia general acostumbra producir inmediata y necesariamente un resultado criminal determinado, se tendrá como cierto que el resultado entró en las previsiones del culpable. El uso de los términos *actos ó hechos* clasificados de delitos, *voluntad criminal, intención, previsión*, daban para la noción precisa del delito estos elementos: ejecución voluntaria y con discernimiento de un acto criminal. Si falta la voluntad, si falta el discernimiento, no hay delito, por la misma razón que no lo hay cuando no ha habido ejecución ni principio de ejecución de acto alguno. Lo que el epígrafe ha debido expresar no es que en tales casos no deba haber pena, sino que en tales casos no hay imputabilidad, no hay delito. Así, el código español titula el respectivo capítulo "de las causas que eximen de responsabilidad criminal"; el código belga le llama "de las causas de justificación y de excusa"; el nuevo código italiano lo intitula: "de la imputabilidad y de las causas que la excluyen ó disminuyen".

92. Estudiando, ahora, en general, el artículo 81, puede verse que están incluidos en su enumeración, y en consecuencia excluidos de pena, para usar el lenguaje de la ley, así los actos que no son el resultado de una determinación voluntaria, inteligente y libre, como los que, según la doctrina fundamental del Código respecto de la voluntad criminal, son resultado de una determinación voluntaria, inteligente y libre. Así, están comprendidos en la misma enumeración los actos ejecutados en estado de locura, imbecilidad, beodez, sonambulismo, menor





edad, fuerza irresistible, etc., que la ejecución en cumplimiento de un deber, en legítimo ejercicio de un derecho, autoridad ó cargo, en defensa propia ó de los próximos, en defensa del honor, ó por obediencia debida. No debe, pues, hablarse de exención de pena por lo que es el ejercicio de un derecho. No hay acción ilícita, no hay imputabilidad, no hay delito; y la idea de pena, que dice relación con la de acto ilícito, no tiene por qué enunciarse cuando se habla de ejercicio del derechos.

§ 1. *Causas de exclusión de imputabilidad procedentes de falta de discernimiento en el agente*

**93. LOCURA.** — El inciso 1º del artículo 81 declara exento de pena al que ha cometido el hecho en estado de locura, etc., y generalmente, siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación cualquiera de los sentidos ó de la inteligencia, no imputable al agente, y durante el cual éste no haya tenido conciencia de dicho acto ó de su criminalidad.

**94.** La falta de juicio es, en absoluto, la primera causa de exclusión de imputabilidad. El que se halla en tan tristes condiciones, dice Pacheco, no practica actos humanos; no es la voluntad quien inspira sus hechos; ni sus acciones ni sus omisiones pueden ser moralmente punibles.

Si no se entiende por pena otra cosa que el castigo que la ley impone por las acciones que ella enuncia, no puede ocurrir que se piense en el *castigo* del loco. Pero si se entiende la pena por una defensa



opuesta al que causa daño á la sociedad, con ó sin discernimiento, puede adoptarse así respecto del loco como del cuerdo delincuente, las medidas preventivas de nuevos delitos, que sean necesarias. Anticipo, quizás, esta enunciación, que en orden riguroso debiera ir después, porque tengo á la vista el artículo que declara exento de pena al loco, pero no autoriza medida alguna en previsión de nuevos hechos perjudiciales. No ocurre lo mismo en el código español y en el código italiano, que autorizan á tomar providencias de seguridad, encerrando al loco en un manicomio hasta que la autoridad disponga su libertad, si se trata de delitos graves, ó entregándolo á la familia, dice el español, si ella diese suficiente fianza de custodia (1). Fundada la ley penal en el principio de que la justicia sólo puede castigar al delincuente, y en que no es tal el que no procedió con discernimiento y conciencia de sus actos, calla respecto del criminal demente, ó se contenta con eximirlo de pena, y al juez no incumbe otra cosa que entregarlo á la familia ó pasarlo al manicomio, concluyendo en el acto toda jurisdicción sobre él. Recordaré de mi práctica el caso siguiente: el 12 de Setiembre de 1886, Eulalio Sosa hirió con arma de fuego á Bailón Ramirez, Asencio Fernandez y Benita Blanco, que falleció pocas horas después. Eulalio Sosa se encontraba de paso en el lugar del suceso y no había mediado motivo alguno de disgusto con las personas agredidas. Un primer informe médico sobre el estado mental de Sosa

(1) Esta disposición ha sido reproducida en el artículo 17, inciso 1º, del reciente Código de la Republica del Uruguay.



indicaba en términos poco asertivos que se trataba de un epiléptico ó de un perseguido, é informes médicos posteriores lo daban por completamente sano de sus facultades mentales, declarando el último que era imposible precisar qué clase de perturbación hubiera podido sufrir antes. No siendo posible llegar por la prueba pericial á conocer el verdadero estado mental de Sosa, en la época del hecho referido, diversas circunstancias que constaban en el proceso autorizaban la declaración de la irresponsabilidad, y la negativa á todo procedimiento ulterior contra el reo por la causa expresada, rechazando el dictamen fiscal que pedía sobre él la sujeción á la vigilancia de la autoridad, lo que hice en estos términos: “La ley penal no ha tenido en cuenta la *temibilidad* del autor de un hecho que pueda considerarse delito, y sólo autoriza limitadamente á sujetar á la vigilancia de la autoridad por tiempo determinado al penado de presidio ó penitenciaria. Declarando que no es delito la acción ú omisión que no está penada por la ley (artículos 1º y 46 del Código Penal) y estableciendo que no tiene pena el que obra en estado de locura, dedúcese necesariamente, que no es delito el acto del loco, y que, debiendo absolversele de culpa y cargo, no puede imponérsele una accesorio del presidio ó penitenciaria, como es la sujeción á la vigilancia de la autoridad”.

95. alguna discusión podría también originarse del hecho de usar el texto legal la palabra *locura* como término genérico de toda afección mental, cuando sólo indica una de sus formas, la manía con delirio. Pero esta discrepancia entre el lenguaje científico y el legal se funda indudablemente en la acepción que el uso



común da á los términos *loco*, *locura*. A este propósito dice un comentarista español : “La locura es y ha sido siempre la privación del juicio y uso de razón en su más lata, y, por lo tanto, en su más genérica acepción. Cervantes llama repetidas veces loco á D. Quijote, sin embargo que su dolencia era sólo, según la expresión de un escritor, un modelo inmortal de monomanía. No todos los locos son furiosos, sinó sólo una clase de ellos, *los locos de atar*. La furia es un grado de exacerbación de la enfermedad cuyo género es la locura. Afirmar, pues, que el loco de que la ley, antes de la última reforma, hablaba, era el furioso, es una cosa puramente arbitraria que no se compadece bien con el sentido *propio*, *usual* y *corriente* de aquella palabra en el idioma”... “El legislador quiso hablar y habló el lenguaje popular : quiso esquivar toda nomenclatura científica á fin de no dar entrada en el derecho positivo á controversias de escuela ; quiso alejar del solio de la justicia las nebulosidades metafísicas que rodean á todos los sistemas que han pretendido explicar los fenómenos de la razón sana y enferma, y dijo *el loco ó el demente*, quizás con un descuido estudiado, con una vacilación meditada, creyendo ser de todos comprendido y debiendo serlo en efecto, pues que loco y demente expresan una misma idea para el vulgo de las gentes, que designan indistintamente así al que carece de juicio y al que ha perdido la razón y no tiene conciencia propia de sus actos.” (1)

96. Los textos legales procuran buscar en esta materia la expresión genérica más extensa que pueda dar idea

(1) GROIZARD. *El Código Penal de 1870*, tomo 1º, pág. 173.



de que se excluye de imputabilidad al que no tuvo conciencia de sus propios actos. Así, las Partidas decían que se puede excusar de recibir la pena al que fué loco “de tal locura que non sabe lo que se face”; el código francés dice: “no hay crimen ni delito cuando el autor se hallaba en estado de *demencia* en el momento de la acción”; el austriaco: “cuando el autor se hallaba totalmente privado de razón”; el de Baviera enumera “los furiosos, los locos, y en general los que hubieran perdido completamente el uso de su inteligencia por hipocondría ú otra enfermedad mental grave; los imbéciles, y los que han perdido el uso de la inteligencia por debilitamiento senil”; el brasilero, dice: “los locos de cualquier género”; el prusiano: “el agente que se encuentra atacado de enagenación mental, ó imbécil”; el suco: “en estado de demencia, ó, por enfermedad ó decrepitud, privado del uso de razón”; y por último, el código italiano, dice: “no es punible el que en el momento en que cometió el hecho se hallaba en tal estado de deficiencia ó morbosa alteración mental que le privara de la conciencia de sus propios actos y de la posibilidad de obrar de otro modo”.

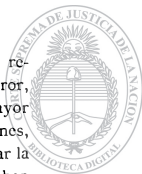
Se trata, pues, de buscar la fórmula que indique con exacta precisión cuál sea el estado de irresponsabilidad; pero, á mi juicio, la dificultad no está en la fórmula sinó en el estado; nó en la palabra, sinó en la cosa. Hay indudablemente una línea donde cesa el estado de juicio y comienza el de privación, pero ni esta línea está claramente demarcada en la naturaleza, por operarse la transición con la suavidad de una curva regular, ni podría asegurarse que allí donde empieza la locura comenzara también la irresponsabilidad, y que estuvieran ambas su-



jetas á idéntica delimitación. Esto es lo que lleva á algunos códigos á hablar de la *completa* pérdida de la razón, para tener por excusado al autor de un hecho criminoso, y á nuestro mismo Código á requerir, para tal caso, que la imbecilidad sea *absoluta*.

97. Las últimas palabras del inciso que estudio aclararán en todo caso el sentido de las anteriores, pues en ellas está consignado que la perturbación de los sentidos ó de la inteligencia debe ser tal que el agente no haya tenido conciencia del acto ejecutado ó de su criminalidad.

La conclusión á este respecto, en un caso concreto, debe ser proporcionada por los informes periciales, y basta este sólo motivo para considerarse ajeno al método de este libro, como lo es á mi competencia personal, todo juicio sobre los caracteres científicos de la locura, que corresponde al dominio del alienista, y nó al del jurista. Así, para ofrecer algunas nociones científicas me refiriré á las que dan Briand y Chaudé en su *Manuel complet de médecine légale*: “Siempre han distinguido los filósofos en el organismo humano dos órdenes de facultades: las facultades intelectuales (el principio inteligente, la *mens*, de los latinos), cuyo ejercicio produce el fenómeno del pensamiento, y del que es órgano el cerebro; y las facultades afectivas ó morales (*animus*) que son el principio de la voluntad y de la actividad humana, pero que no tienen un centro fijo y constante como es para la inteligencia el foco cerebral. Es la ausencia, la abolición ó la lesión general ó parcial de estas facultades, lo que constituye la enagenación mental, la locura. Sería tener una idea falsa de la locura imaginarse á los locos como seres continuamente en delirio, no ejecutan-



do sinó actos extravagantes ó actos más ó menos reprensibles, presas sin cesar de la agitación y del furor, ó sumidos en profunda y terrible melancolía. La mayor parte de los locos, al contrario, tienen ideas, pasiones, determinaciones voluntarias; pueden experimentar la alegría, la pena, la vergüenza, la cólera, el terror; saben observar en muchas ocasiones todas las consideraciones y todos los usos sociales. Casi todos los alienados conservan el recuerdo de las cosas pasadas, y hacen de ellas el objeto de conversaciones razonables cuando se les pone en camino. Muchos conservan el recuerdo de las cosas presentes; y después de su curación asombran frecuentemente por las observaciones que hicieron en los momentos mismos en que parecían más completamente privados de razón. Sus acciones más extravagantes están casi siempre fundadas sobre algunos motivos poco razonables, es cierto, pero razonables á sus ojos, de que dan ordinariamente explicación cuando vuelven en salud. Casi todos tienen la firme convicción de que todo lo que sienten y lo que piensan es verdadero, justo y conforme á la razón, y las pruebas más positivas no les harían cambiar de opinión. Algunos sienten, sin embargo el desórden de sus ideas y de sus afectaciones, y se aflijen de no tener una voluntad bastante fuerte para reprimirlas. Están sujetos á paroxismos más ó menos frecuentes, caracterizados por la agitación, el arrebato y el furor; y, á menudo, estos paroxismos son causados por alucinaciones, es decir, por errores de los sentidos, que determinan errores de juicio. Creen oír voces que les hablan; creen ver fantasmas, espíritus, etc.; gritan, rompen, matan, y pasado el paroxismo caen en



el abatimiento. En otros, la alteración de los sentimientos es de tal naturaleza que parece tener la más grande analogía con la perversidad, tales son la locura erótica, la locura incendiaria: se les acusa de ceder á tendencias viciosas; de dejarse arrastrar al mal por pasiones culpables; se cree estar en presencia de un criminal que castigar, y sólo se tiene un loco que contener". (1)

98. Trás este cuadro general de la locura procedería considerar sus diversas especies, y así lo hacen los autores citados. Pero, ni las clasificaciones son de interés para la ley, ni tienen importancia para su aplicación, ni, por otra parte, los alienistas han podido llegar á un acuerdo sobre las clasificaciones de la locura, siendo muy numerosas las que de ellas se han hecho. El Código habla, como de cosas manifestamente distintas, de la imbecilidad y de la locura, y bien que lo son estrictamente en el terreno científico, conviene averiguar si esta doble enumeración de afecciones mentales tiene objeto en la redacción de la ley.

La imbecilidad se halla científicamente clasificada entre las diversas especies de enagenación mental. En el capítulo "de la enagenación mental ó de la locura propiamente dicha", en la obra citada, ocupa el primer término de la clasificación, la imbecilidad. He aquí cómo al respecto se expresan los autores: Esquirol ha distinguido dos categorías de imbéciles: "los *idiotas*, los *cretinos*, todos los seres que nacen privados de la principal dote de la especie humana; y los *imbéciles* propiamente dichos, es decir, todos los desgraciados en quienes se

(1) Página 546 de la 8ª edición.





alcanza á descubrir, aunque en muy débil grado, algunas ideas incompletas, algunos detalles de sentido moral”.

La distinción entre la locura y la imbecilidad, comprendiendo en aquella toda alteración mental que no sea la segunda, es también aceptada como una división fundamental de las afecciones mentales. Así, Maudsley en una clasificación suya, parte de la consideración de que “debe distinguirse los casos de ausencia ó debilidad de espíritu, de los casos de desarreglo de espíritu, correspondiendo á los primeros las acepciones de *idiotismo* ó *imbecilidad*; á los segundos, la locura propiamente dicha”.

Comentando igual distinción del código español dice Groizard: “Esta nomenclatura (*locura*, *imbecilidad*) es más conforme con los principios racionales y las doctrinas de las escuelas médicas que la usada por el código primitivo, á saber, locura y demencia. La inexistencia] del criterio moral, las enfermedades mentales, provienen de uno de estos dos órdenes generales de causas. Es resultado de una alteración, de una depresión, de un trastorno, de un desorden, de una perturbación de las facultades que constituyen el entendimiento; ó de una depresión, de una progresiva debilidad, de un acabamiento, de una verdadera extinción de esas mismas facultades. Cuando la razón falta por una de aquellas causas, se dice que una persona está loca: cuando la falta es motivada por una de las últimas, se califica de imbecil”. (1)

Dedúcese de estas consideraciones que hay un motivo fundado para la adopción de los dos términos *locura*

(1) Op. cit., tomo 1º, página 172.



é *imbecilidad*, y sólo sería susceptible de crítica, bien que de escasa importancia, el hecho de aparecer en la redacción del inciso, separados por el término *sonambulismo*, que corresponde á un orden de afecciones ciertamente distinto del de aquellas.

**99. SONAMBULISMO.**—El estado de sonambulismo excluye necesariamente la imputabilidad. Ninguna voluntad consciente, ningún discernimiento de que la acción corresponda á una voluntad no guiada por la razón, tiene el desgraciado que realiza un mal en estado de sueño. “ Si los sentidos del sonámbulo están cerrados á la mayor parte de las impresiones ; si todas sus facultades están paralizadas por el sueño, con excepción de la que se encuentra actualmente en ejercicio, no se puede decir que el sonámbulo obre con la misma reflexión y el mismo discernimiento que en el estado de vigilia ordinario. La turbación que experimenta, los accidentes á que está expuesto si llega á ser despertado bruscamente, prueban que no obedecía antes sinó á una impulsión maquinal, que no tiene realmente conciencia de sus acciones (Hoffbauer).

**100.** El único caso de responsabilidad del sonámbulo á que hacen mención los tratadistas de derecho penal es el de la imputabilidad del sonámbulo que conoce los peligros de su sueño, y no pone en evitarlo la diligencia necesaria ; pero en tal caso la imputación es por culpa ó imprudencia.

**101. BEODEZ COMPLETA É INVOLUNTARIA.** — A falta del dato estadístico que puede informar respecto de la excepción que con mayor frecuencia se aduce por los procesados, puedo asegurar con el testimonio de mi propia



práctica que ninguna lo es tanto como la de ebriedad. La embriaguez, el vicio funesto, fuente de tantas desgracias y causa de tantos delitos, está fuertemente desarrollada en el país, y con todas probabilidades de aumento, por diversas causas que no es del momento estudiar. Las estadísticas de la Provincia de Buenos Aires, que tengo á la vista, presentan estas proporciones :

Año	Nº total de entradas policiales	Por ebriedad
1884.....	17.390	6162
1885.....	17.054	6271
1886.....	17.403	6429
1887.....	24.883	8821

Lo que indica esta progresión :  $35 \frac{1}{2}$ ,  $36 \frac{2}{3}$ ,  $37 \frac{2}{3}$ , por ciento, aunque en 1887 desciende á  $35 \frac{1}{3}$  por ciento.

En la Capital Federal, tuvieron entrada por ebriedad en el sólo mes de Febrero de 1888, 3837 individuos en las comisarias, y 320 remitidos al Departamento.

Bastarán estas consideraciones para recomendar la importancia que tiene el estudio de las disposiciones del Código Penal sobre la embriaguez.

**102.** La embriaguez, según las disposiciones del Código, puede eximir de toda pena, ó ser una circunstancia atenuante. Lo primero, por la disposición del artículo 81 : está exento de pena el que ha cometido el hecho en estado de beodez completa é involuntaria ; lo segundo, por los términos del inciso primero del artículo 83 : son circunstancias atenuantes “ las expresadas en el título anterior, cuando no concurren todos los requi-



sitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos”.

El código Tejedor no consignaba expresamente la embriaguez como causa de exención de pena ó como circunstancia de atenuación, si bien podía considerarse que el caso estuviera comprendido, en cuanto á la exención de pena, en estos términos generales del inciso 2° del artículo 147: “los furiosos, los locos, y en general los que hayan perdido completamente el uso de su inteligencia y cometan un crimen en este estado; y en cuanto á la atenuación, el inciso 5° del artículo 188 que decía así: “Cuando ha obrado arrebatado por una pasión, ó en un momento de perturbación intelectual, sobrevenida casualmente, y sin que de su parte haya culpa, á menos que la ley expresamente haya tenido en cuenta estas circunstancias para la fijación de la pena”.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García no contenía otra disposición expresa que la del inciso 18 del artículo 97 que decía: “es circunstancia agravante la de embriagarse para cometer el hecho ilícito”.

Si se examina las legislaciones extranjeras, se encontrará la mayor discrepancia en la manera de considerar la embriaguez. Para unas, la embriaguez exime de toda responsabilidad por los actos cometidos durante ella; para otras, no es siquiera circunstancia atenuante; algunas eximen de pena por el delito cometido y la imponen por la embriaguez, y en otras la embriaguez es considerada como circunstancia agravante, tal como la presentaba el precitado proyecto. Por este motivo dice Rossi, que tan diversas opiniones demuestran que no se ha hecho un análisis muy exacto del hecho de que se trata.



**103.** La primera cuestión que se presenta desde luego en el examen de esta materia es la de saber si la embriaguez puede producir un estado tal que ocasione una total perturbación de inteligencia, de modo que no se tenga conciencia alguna del acto que se ejecuta ni de su criminalidad. Los términos en que estaba redactado el código Tejedor no resolvían terminantemente la cuestión, pues quedaba siempre por resolver en cada caso si podría comprendérsele en los términos generales. El texto actual de la ley dá por resuelta la cuestión en sentido afirmativo. Voluntaria ó involuntaria, hay para él una embriaguez *completa*.

**104.** No faltan sin embargo criminalistas que vacilan en admitir la embriaguez como excusa, concediéndole sólo la eficacia de circunstancia atenuante. Lambert (1) no admite que la embriaguez pueda llegar jamás al estado de completa enagenación mental, y quiere equipararla siempre en sus efectos á la pasión, la cual, aun cuando turba la inteligencia, según él, no la aniquila nunca.

Entre los comentaristas españoles, Groizard niega con la mayor energía la posibilidad de la embriaguez completa, y no habiéndose pronunciado expresamente sobre este punto el código español, sostiene, contra Pacheco, que pueda en ningún caso eximirse de pena por causa de embriaguez : “Los desgraciados que perdieron la razón, dice, pueden ser objeto de largo estudio, de plan médico; donde no se alcanza en un día puede llegarse, aunque muy raramente, en más largo tiempo.

(1) Citado por Carrara.



Pero, en este punto, ¿qué puede hacerse con el que se embriague? ¿volverle á embriagar para estudiar los efectos que producen en él el vino ó los licores? Ante ningun género de consideraciones permitiría este ultraje la dignidad humana; y no haciéndolo, la enfermedad quedará curada casi siempre pronto y sin necesidad de remedio, y frecuentemente la mejoría será notable á cada minuto. La prueba, pues, acerca de que el ebrio carece de todas las facultades intelectuales es imposible; y así debe decirse clara y resueltamente, y por eso en el fondo de un embriagado no puede leerse la exención de responsabilidad" (1).

**105.** La embriaguez completa es admitida por gran mayoría de autores; y fundan en ella la exención de responsabilidad, Rossi, Haus, Chauveau y Hélie, Carrara, Briand y Chaudé, Garraud, Nicolini, Nypels, Pacheco, Ortolan, etc. Los efectos de la embriaguez sobre la voluntad, dice Carrara (2), siendo siempre proporcionales á sus efectos sobre el organismo corporeo, el criterio de la graduación de esta excusa, para tenerlo con exactitud, debe ser deducido de las condiciones fisiológicas.

**106.** Aunque no pueda decirse solucionada la cuestión de si existe ó nó una embriaguez completa que prive totalmente del discernimiento sobre la criminalidad de las acciones, es lo cierto que, tratándose de un *hecho posible*, la ley ha procedido bien en legislarlo, quedando á los tribunales el resolver, llegado el caso, si en el hecho concreto ha habido ó nó la embriaguez completa que priva absolutamente de la inteligencia.

(1) *El código penal de 1870*, tomo 1º, página 334.

(2) *Programma*, tomo 1º, página 263.



**107.** Debe tenerse presente para el caso lo dicho sobre la aplicación del artículo 6°. Hay una presunción de voluntad criminal declarada por la ley. Esta presunción subsiste mientras no surja otra, de las circunstancias particulares de la causa. El solo hecho de probarse la embriaguez no prueba que sea completa é involuntaria. La prueba ó presunción que destruya la presunción legal debe referirse precisamente á las cualidades de completa é involuntaria, atribuidas á la embriaguez para que produzca exención de pena.

**108.** Se trata en el artículo de una embriaguez *completa*. El calificativo lo dice todo: lo que no es absolutamente completo, no es completo. De la misma manera debe considerarse lo involuntario. El hombre que no tiene hábito de beber en demasia ó que bebe con continencia, y por una causa independiente de su voluntad, sin apartarse de sus costumbres normales, cae en estado de embriaguez, es quien tiene derecho indiscutible de que se reconozca que su embriaguez es involuntaria.

Puede repetirse: lo que no es absolutamente involuntario, no es involuntario. Cuando el caso se presenta en esta forma la solución no ofrece dificultad: se está dentro del texto preciso de la ley.

**109.** Mayor dificultad puede presentar este otro: quien se apartó de sus hábitos normales y bebió sin continencia, confiando empero en una resistencia á los efectos de la bebida que en realidad no tenía; en una palabra, quien se embriagó por imprudencia, quien quiso la causa, sin desear el efecto. Ha habido la voluntad de beber y ha podido pensarse en las consecuencias previsibles de ese hecho. En este caso quizás se argumentará así:



si no se ha bebido con el propósito determinado de embriagarse, no ha habido embriaguez voluntaria, y procede la exención de pena. Sería esta la interpretación más directa del texto legal, que tendría además en su apoyo el hecho de ser la más favorable al reo. Creo que no se ha tenido intención de dar tan estricta extensión al vocablo *involuntaria*. En la culpa ó imprudencia hay un defecto de voluntad que funda la responsabilidad : no se ha querido, como es deber de todo hombre, tener todos los cuidados necesarios para no causar un daño. No basta no haber descuido la embriaguez por si misma : es necesario haber cuidado de no incurrir en ella. De otra manera, resultaría que el ebrio habitual, que bebe, no con el propósito de emborracharse, sino por el placer de beber, y no obstante todas las molestias de la embriaguez, que él prevé, estaría exento de pena, siempre que esa embriaguez por imprudencia ó temeridad fuera completa. Resultaría también así, que quedarían colocados en la misma condición legal, el que bebió por prescripción médica, por ejemplo, y con el mayor cuidado de no incurrir en embriaguez, y esto no obstante cayó en ella, y el que se embriagó por culpa ó imprudencia. Entre tanto, la culpa ó imprudencia no exime de responsabilidad, como el acaso, sino que es al contrario una causa de responsabilidad.

**110.** Algunos autores indican otra solución : “ Cuando la embriaguez es el resultado de la imprudencia, del abandono, de la intemperancia del agente, es necesaria una distinción. Si ha sido parcial la infracción cometida en este estado, constituye un delito intencional ó no intencional, según que el agente haya querido el mal





que es resultado de su acción, ó que lo haya causado por falta de previsión ó de precaución "... " Si la embriaguez es completa, no puede imputarse al agente una resolución criminal, pues no existiendo esta resolución antes de que hubiera caído en ese estado, no podría surgir durante la embriaguez, pues que ésta había suprimido enteramente el ejercicio de las facultades intelectuales y morales. El autor no es culpable sinó de una negligencia, de una imprudencia, de una falta más ó menos grave " (1). Admitida la existencia de una embriaguez completa, durante la cual no se tiene conciencia del acto que se ejecuta ni de su criminalidad ; y que la imputabilidad nace del hecho de tener conciencia de lo que se ejecuta, lógicamente hay que admitir que la única responsabilidad que existe por actos resueltos y ejecutados durante una embriaguez culpable, es la de culpa ó imprudencia, que no obstante la letra del inciso 1º del artículo 83, cabe también dentro de la definición del inciso 2º, artículo 16.

Adviértase que he dicho *resueltos y ejecutados*, primero, porque así lo consigna expresamente el texto del inciso 1º del artículo 81 ; segundo, porque la incapacidad para resolver, en que se encuentra el agente, es el fundamento primordial de la resolución indicada.

Tampoco obsta á esta solución la frase *no imputable al agente*, que se encuentra en los términos generales del final del inciso. Ella sólo importa el principio de que no queda exento de responsabilidad el que ejecutó el hecho habiéndose embriagado por falta de prudencia.

(1) HAUS, 685; ROSSI, liv. 2º, chap. XX; CARRARA, § 342.



**111. EDAD.** — Los incisos 2° y 3° del artículo 81 establecen la exclusión de imputabilidad por razón de la edad, y comprenden á los menores de diez años y á los mayores de diez y menores de quince, á no ser que estos últimos hayan obrado con discernimiento.

El proyecto de Tejedor contenía este otro inciso: “Las personas que hayan perdido el uso de su inteligencia por efecto de senectud”. Se comprende fácilmente la razón de tal supresión: no es por razón de la edad que es excluida la imputabilidad en tales casos, sinó por razón de la pérdida de la inteligencia, y entonces la disposición está ya comprendida en la del inciso 2° del mismo artículo, como lo está en el inciso 1° del artículo que comento.

**112.** Observando las dos disposiciones referidas, se nota que la ley ha declarado que en un período de la vida es imposible la ejecución del delito. “Están exentos de pena”, dice el artículo 81, esto es, no hay responsabilidad, no hay delito, cuando el autor de un hecho es menor de diez años de edad. Será así imposible siempre ocuparse de la criminalidad de un menor de diez años.

Cualesquiera que sean las observaciones que se haya recogido sobre la criminalidad en los niños, cualesquiera que sean los ejemplos de perversidad precoz que pueda recordarse, es lo cierto que la infancia inspira la reflexión de su inesperienza, y que su no puede afirmarse si un acto dañino ejecutado en tal edad es hijo de la maldad ó de la falta de discernimiento. De todas maneras, no se encontraría sinó la obra del instinto: es más el animal que el hombre el que vive en la primera edad, y no pudiendo suponerse en el niño el conocimiento de las



restricciones que al instinto impone la fuerza social, no podría castigársele por haberlas violado. Es, además, la educación el único medio de reforma que puede emplearse en el niño, y fuera absurdo buscar otro en la pena.

**113.** Pero si, respecto de una edad, la ley declara sin vacilación la irresponsabilidad, respecto de otra es necesario dejar á la conciencia de los magistrados esa declaración. Entra, para la aplicación del inciso 3º, el poder discrecional del Juez. El inciso declara irresponsables á los mayores de diez años y menores de quince, á no ser que hayan obrado con discernimiento. ¿Qué es el discernimiento de que habla la ley? ¿Cómo puede comprobarse? Tener discernimiento de una acción, es conocer claramente lo que se ejecuta y hallarse en estado de apreciar las consecuencias del hecho. El discernimiento es un grado del juicio que resiste á toda comprobación directa, especialmente tratándose de hechos ya ejecutados. La declaración de haberse obrado con discernimiento, debe ser resultante de la apreciación de un conjunto de circunstancias, que no puedan ser determinadas de antemano, porque varían de un caso á otro.

Quedan así brevemente fundadas las razones de la ley para establecer una irresponsabilidad absoluta, contra la cual no hay prueba alguna, para un período; y para otro, una presunción de irresponsabilidad, que admite una demostración en contrario. Hecha esta demostración, la responsabilidad se encontraría todavía atenuada por la regla establecida en el inciso 2º del artículo 83.

**114.** La averiguación del discernimiento con que haya podido obrar el mayor de diez años y el menor de quince ¿es una cuestión previa á la discusión del proceso?



Todas las cuestiones referentes á la capacidad jurídica son cuestiones previas en todos los juicios; y así como se comenzaría por establecer la prueba de la edad, ó de la demencia, en caso de aparecer indicios de estas causas de irresponsabilidad, debe establecerse si el acusado de que se trata ha obrado ó nó con discernimiento, pues, en el último caso, no habría delito de qué tratar.

§ 2. *Causas procedentes de falta de voluntad criminal*

**115. FUERZA IRRESISTIBLE.** Los incisos 4º y 5º del artículo 81 “eximen de pena al que causa un mal por evitar otro mayor inminente, á que ha sido extraño, y al que obra violentado por fuerza irresistible, física ó moral”.

Para las observaciones que me corresponde hacer respecto de estas disposiciones, conviene que las agrupe, como queda hecho.

Ante todo me es necesario fijar el sentido de las palabras *fuerza irresistible, física ó moral*.

La disposición que exime de responsabilidad hállase consignada en todos los códigos casi con las mismas palabras: no hay crimen ni delito, dice el código francés, cuando el presunto reo ha sido impulsado por fuerza irresistible; ninguna acción ú omisión constituye delito cuando el hecho es la consecuencia de una fuerza insuperable, dice el austriaco; no serán criminales, dice el brasileiro, los que cometan crímenes impulsados por una fuerza irresistible; no hay crimen ni delito cuando el agente, á consecuencia de violencias, no ha podido disponer libremente de su voluntad (el prusiano); no



hay infracción cuando el procesado ha sido violentado por una fuerza á la cual no pudo resistir (el belga). Nótese, de paso, que todos estos códigos dicen con propiedad que la acción que se ejecuta bajo el imperio de la fuerza irresistible no es delito, en lugar de decir, como nuestra ley, que no tiene pena, lo que es simplemente la consecuencia de que la acción no es delito.

La fuerza irresistible da idea de un poder que obra sobre el cuerpo ó sobre la voluntad, trabando la acción del uno y las determinaciones de la otra. La fuerza irresistible física da idea de una coacción externa, que en lugar de hacer agente del hecho al que lo ejecuta directamente, lo hace instrumento de la acción de otro. No aparece que el caso presente dificultades: la mujer casada, víctima de una violación, no comete adulterio.

La fuerza irresistible *moral*, presenta á mi juicio las mayores dificultades. La generalidad de los autores que comentan esta disposición común de los códigos, la refieren á la coacción externa, por ejemplo á la amenaza de un mal grave é inminente, á que el agente, ó mejor dicho el paciente, no puede sustraerse sinó mediante la ejecución del hecho. Bajo este punto de vista, solo hay una apreciación de circunstancias que habilitará, en cada caso, al magistrado para declarar si ha existido ó nó la fuerza irresistible moral. La edad, el sexo, las circunstancias particulares en que el caso se produce, determinarán la existencia de esta causa de irresponsabilidad.

**116.** Pero la fuerza irresistible moral puede no sólo ser externa, esto es, proceder del hecho de otro, sinó también interna, proceder del mismo actor. Un autor



la define: una perturbación morbosa de la mente, que dejando al hombre, la mayor parte de las veces, el discernimiento del bien y del mal, la lucidez del raciocinio y la conciencia del propio estado, da tanta impulsividad á algunas de sus ideas y percepciones afectivas, que obliga á ejecutarlas automáticamente (1).

Ese estado se distinguiría, según la glosa de esa definición, en cuanto era *perturbación morbosa*, de otras formas que no son psicopatías, como el sueño, el sonambulismo, y las pasiones comunes al estado de cretismo fisiológico, no patológico; y se distingue de la monomanía en que se verifica sin actual desorden de la inteligencia, conservando el discernimiento, y faltando la resistencia á las propias inclinaciones. La existencia de este estado, revelado por muchísimos ejemplos, es fácil de concebir, en un instante de examen interno. Como la mala yerba, que con tanto vigor tiende constantemente á brotar en la tierra, así nos vemos asediados con frecuencia por tendencias á lo impropio, á lo malo, á la rebeldía contra las reglas morales y sociales que nos contienen. Pero, el hombre normal, con perfecto equilibrio de facultades, opone desde luego la resistencia de un juicio claro y de una voluntad firme contra las malas tendencias, y desarraiga la mala yerba. Concíbase ahora las diferencias de grado: mayor poder de las tendencias, menor poder de la voluntad, y no obstante el discernimiento de lo bueno y de lo malo, no obstante el conocimiento de la inmoralidad de la acción, se comprende cómo puede ésta ejecutarse.

(1) SETTI. *La forza irresistibile*, página 14.



**117.** Reconocida la existencia de ese estado, establecido cómo puede el hombre cometer el delito por una fuerza irresistible interna; sentado, por otra parte, que la base fundamental de la responsabilidad que la ley impone, es la existencia de la voluntad criminal, acompañada del discernimiento de lo lícito y lo ilícito, queda por resolver esta cuestión: la fuerza irresistible física ó moral, de que habla el inciso 5º del artículo 81, ¿puede ser también el estado de perturbación morbosa que acabo de describir?

Hay que resolver previamente si tal estado puede ser comprendido en los términos generales de la segunda parte del inciso 1º, “siempre que el acto haya sido resuelto en una perturbación cualquiera de los sentidos ó de la inteligencia, no imputable al agente, y durante el cual éste no ha tenido conciencia de dicho acto ó de su criminalidad”.

Se trata en esta disposición de perturbación de los sentidos: y, en el caso en cuestión, los sentidos conservan la integridad de sus funciones: se habla de perturbación de la inteligencia: y, en el caso propuesto, la inteligencia conserva su vigor. Por otra parte, para la irresponsabilidad en tales casos, el inciso exige, además, que durante el acto no se haya tenido conciencia de él ó de su criminalidad.

Luego, puede afirmarse que tal estado no está comprendido en la disposición general del referido inciso.

**118.** Si se examina los antecedentes de la ley, se hallará el inciso 2º del artículo 148 del código Tejedor: “Cuando por una violencia irresistible y física, ó por amenazas acompañadas de un peligro de muerte actual



é inevitable, una persona se ve forzada á un acto criminal".

Esta disposición no podía sujerir la duda que origina el texto actual: los dos casos que prevenía resultan claramente de su texto.

Ahora bien ; la reforma, ¿ se ha limitado á sostituir con una palabra la parte final del inciso del proyecto, sin alterar el fondo de la disposición, ó ha extendido ésta á casos que no resultaban comprendidos en el texto primitivo ?

El estado moral de que se trata existe y no ha podido ser desconocido ; y si bien la generalidad de los comentadores comprende en la fuerza irresistible moral sólo la que procede de amenazas, es posible que la reforma haya dado á esos términos otro alcance, ó considerado aquel estado como una forma de locura. Muchos casos han sido clasificados de locura transitoria ó de locura parcial. He aquí algunos que refieren Briand y Chaudé (1). "¿No encontramos en la sociedad, decía Marc, hombres razonables y de irreprochable moralidad, que confiesan haber sido por lo menos una vez en la vida sorprendidos por un acceso de extravagancia ó aún de atrocidad ? El mismo Marc, esencialmente suave y bondadoso, no temía confesar que, pasando un día por un puente, vió á un jóven albañil sentado sobre el parapeto y se sintió tan vivamente poseído del deseo de empujarlo y precipitarlo al río, que se apresuró á alejarse. El célebre trágico Talma había experimentado un efecto análogo. Pariset y Marc citan á un literato distinguido

(1) *Manuel complet de médecine légale*, página 349.





que, contemplando uno de los hermosos cuadros de Gerard, se sintió de tal manera poscido del deseo de agujerear la tela, que se retiró apresuradamente del taller en que estaba expuesta la obra maestra. La voluntad triunfó de estas bruscas impulsiones; pero, ¿quién puede afirmar que hubiera triunfado largo tiempo y que en casos análogos triunfará siempre? ¿Qué distancia hay de ahí á los actos cuyos autores son llevados ante la justicia? Sólo un grado más de aberración!... ¡Cuántos actos, que no se sabe cómo calificar, se han cumplido bajo esos extravíos inexplicables"!... En un caso de *exhibicionismo* referido en los *Archivos de Antropología Criminal*, decía el informe médico: "Seguramente el interrogatorio no denota en él que lo ha sufrido ningún signo de alteración mental. Todas las respuestas son inmediatas, precisas y marcadas por la más completa lucidez. El acusado confiesa sus malos hechos buscando atenuarlos; no constatamos en él ni alucinaciones ni concepciones delirantes: en una palabra, no presenta actualmente á nuestra observación ningún signo evidente de locura. Sin embargo, no podemos dejar de considerar como singularmente extrañas las acciones de que Viard se ha hecho culpable. ¿Cómo es que un hombre casado, padre de familia, feliz en su hogar, de una conducta hasta entonces irreprochable, iba á descubrirse así, delante de niñas que creía honestas, y exponerse para satisfacer una impulsión pasional, absurda, á una condenación infamante?... En resumen, de las consideraciones que preceden creemos poder concluir que el llamado Viard, *aunque no presente actualmente ningún signo de enagenación mental, ha debido cometer los actos*



*de que está acusado bajo la influencia de impulsiones enfermizas que su voluntad no ha podido contener* (1).

**119.** En presencia de este informe, y en el caso de aplicar nuestro Código Penal, creo que podría invocarse con todo fundamento la disposición del inciso 5°, aun cuando buscando el espíritu de la ley en el propósito que movió á sus redactores, pudiera demostrarse que no fué su intención referirse en las palabras “fuerza irresistible moral” al estado patológico de que he dado cuenta.

**120. FUERZA MAYOR.** — He unido, al estudio de la disposición sobre la fuerza irresistible el del inciso 4° del mismo artículo: “está exento de pena el que causa un mal por evitar otro mayor inminente á que ha sido extraño”. y procedido en su exposición en orden inverso al de su colocación en el Código. No es arbitrario este método. Parece que la disposición sobre la fuerza irresistible física ó moral es de un sentido tan amplio que en él se contendría la solución del caso á que se refiere el inciso 4°, de modo que á éste sólo cabría el carácter de disposición explicativa.

Se encuentra á mi juicio en un caso de fuerza moral el que se vé en la necesidad suprema de causar un mal por evitar otro mayor inminente.

En el lenguaje prolijo de las Partidas, la ley preveía el caso de incendio en las ciudades, villas y otros lugares, que no pudiera ser extinguido á menos de destruir las casas que están cerca del incendio.

El código español estendió la disposición á todos los

(1) *Archives de l'anthropologie criminelle*, tomo 3°, página 256.



daños que se causaran á la propiedad ajena en el caso de evitar un mal.

Se refería también á la propiedad ajena el proyecto de Tejedor. No es responsable “el que en la propiedad ajena causa un mal por evitar otro mayor, siempre que éste sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos perjudicial”.

La disposición así extendida de un caso particular á una especie, ha sido aún generalizada por el texto del inciso cuarto que queda transcripto.

No conozco ningún caso práctico á que haya sido de aplicar esta disposición, fuera de lo que pueda referirse al mal causado en la propiedad ajena; pero esta extensión de términos no puede considerarse perjudicial, por singular que aparezca, por el hecho de no tener concordantes en la legislación moderna. En efecto, aparte de la precitada disposición del código español, no se encuentra en ninguno de los códigos modernos una disposición análoga; y la única que existe en aquella ley ha sido criticada como superflua por uno de los comentaristas (1). Y en efecto desde que la disposición del artículo 6º quita el carácter de delito al hecho que ha sido ejecutado sin voluntad criminal, la imputabilidad desaparece cuando se trata de una acción que, aunque produzca un mal inmediato, tiene por objeto evitar otro mayor.

El conjunto de circunstancias en que el hecho se produzca, demostrará la existencia de la necesidad que fuerza é impone el ejercicio de la acción perjudicial; y, bajo este punto de vista, es que el caso tiene la más in-

(1) GROIZARD. *El Código Penal*, tomo 1º, página 238.



tima analogía con el de una violencia moral, pues es todo el poder de la necesidad el que determina la decisión de una voluntad extraña á todo propósito criminal.

**121.** Incluyo en este mismo párrafo la disposición del inciso 6º: “El que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente”.

El acaso, lo imprevisto queda fuera de la voluntad, está por encima de ella y en contra de ella. Luego, ésta disposición tiene de común con las precedentemente estudiadas, que en ellas la ausencia de voluntad criminal excluye del hecho la calificación de delito.

Ya se ha visto cómo este inciso ha servido para determinar la extensión de la culpa, hecho en que la voluntad criminal falta, y no obstante la ley castiga. Basta tomar los mismos términos del inciso para deslindar este caso de irresponsabilidad del de responsabilidad por culpa.

Para que el mal causado por mero accidente no origine responsabilidad penal, es necesario que concurren estas dos circunstancias: 1ª que se trate de la ejecución de un acto lícito; 2ª que se haya observado la debida diligencia. Por acto lícito no debe entenderse sólo el que no está prohibido expresamente por la ley, sino también todo aquel que resulte reprobado por la conciencia ó por alguna costumbre social: la debida diligencia es el cuidado necesario, ó mejor dicho el mayor cuidado que podía exigirse de la generalidad de los hombres. Claro está que observando una absoluta diligencia jamás ocurriría un accidente, que es siempre el resultado de una falta de diligencia. Pero, creo que la ley



ha podido referirse á una diligencia ordinaria ó común cuando habla de *debida* diligencia.

En mi práctica he resuelto el caso siguiente: Juan Castro y Luis Melinao estaban *visteando* (1), y éste hirió á aquél, sin voluntad de hacerlo. La defensa sostuvo la irresponsabilidad en razón de lo dispuesto por el inciso 6°: “Se pretende por la defensa, dije, excusar totalmente el hecho demostrándose la ausencia de voluntad criminal. Pero de la ausencia de voluntad criminal no se sigue necesariamente la impunidad del hecho, que puede ser castigado por motivos diferentes: la culpa excluye siempre la voluntad criminal; y en el caso actual debe declararse que hubo culpa grave por parte de Melinao en la muerte de Castro. La excusa de haber causado un mal por mero accidente sólo procede cuando se ha ejecutado el acto lícito con la debida diligencia. Esa debida diligencia no puede decirse que se haya puesto en el acto de *vistar*, que es la esgrima campesina, cuando se ejecutó con cuchillos afilados. Estudiando idéntica disposición á la de nuestro inciso en el código español, Pacheco (t. 1°, pág. 167), pone entre otros ejemplos uno análogo al caso de Melinao: “el que vá á manejar armas con otro, no lo debe empezar sin asegurarse antes de que los botones están fijos en el florete”; y agrega: “estos preceptos que inspira la razón, estas precauciones racionales que toman los hombres prudentes, es lo que la ley llama debida diligencia”. La frecuencia del hecho en las mismas condiciones no es tampoco una causa eximente de pena: la costumbre no

(1) Llámase así en el campo la esgrima del cuchillo.



puede prevalecer contra la ley ; y al contrario, la ley ha podido tener en cuenta las costumbres y proponerse su reforma."

§ 3. *Causas procedentes del cumplimiento de un deber  
ó del ejercicio de un derecho.*

**122.** Si se necesitara un argumento más para justificar la crítica á los términos con que se inicia el artículo 81 y á su colocación en el título *De las penas*, bastaría considerar la impropiedad que resulta de declarar que se exime de pena el cumplimiento del deber y el ejercicio del derecho. Pues es claro que el objeto de la ley es garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes, y se impone inmediatamente á la razón, sin que la ley lo especifique, que no es delito el ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber.

Los incisos 7° al 15 del artículo 81 están destinados á declarar en diversos casos la exención de pena por tratarse del deber cumplido ó del derecho usado. No son sin embargo superfluas las definiciones, cuando están destinadas á legislar casos en que podría producirse la duda de saber si se trataba ó nó del ejercicio de un derecho ó de un deber.

**123.** Encuentro en las disposiciones de los incisos 7° y 15 suficiente analogía para que se imponga la necesidad de estudiarlas conjuntamente. Dispone el primero que está exento de pena "el que obra en cumplimiento de un deber ó en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad ó cargo"; y el segundo, "el que obra en virtud de obediencia *debida*". Si es *debida* la obediencia



cia, el acto es ejecutado en cumplimiento de un deber.

**124. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.**—“El soldado que fusila, el alguacil que prende, el médico que amputa, no son objeto de la ley criminal. Y es tan claro este punto, que muchas legislaciones no han hecho ninguna mención de él por no conceptuarla necesaria” (Pacheco). Por mi parte creo que la crítica precedente alcanza á los términos generales de este artículo, y que las disposiciones sobre esta materia debían limitarse á resolver los casos que no tendrían una solución fija en la doctrina.

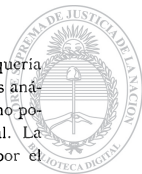
**125. Obediencia debida.**—El calificativo no dice mucho: no basta la simple obediencia: es necesario que el acto se haya ejecutado en virtud de obediencia *debida*. Pero ¿cuándo existirá esta? Lo cierto es que la ley no ha podido decir más. No es caso del legislador resolver cuándo es debida la obediencia, sino del juez. Esta es una de tantas concesiones que forzosamente debe hacer la ley al criterio del que la aplica.

No es, sin embargo, absolutamente imposible determinar por la doctrina algunas reglas para la aplicación de estas disposiciones. Glosando el texto del artículo 70 del código belga “no hay crimen ni delito cuando el hecho estaba ordenado por la ley y decretado por la autoridad”, Haus distingue con mucho acierto estas circunstancias: 1ª el acto es ordenado por la ley y decretado por la autoridad: hay exclusión completa de responsabilidad; 2ª el acto es ordenado por la ley y no decretado por la autoridad: es posible la exclusión de responsabilidad cuando se detiene sin orden de autoridad competente al que es sorprendido en flagrante delito; 3ª el acto es ordenado por la autoridad y contrario á la



ley. Es aquí donde ocurren las mayores dificultades. Puede tratarse de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y en el fondo contraria á la ley. La ejecución no podría ser eludida sin desacato. La obediencia se impone con exclusión de toda responsabilidad. Puede tratarse de un acto discrecional, ordenado por una autoridad superior á otra que le debe obediencia gerárquica. El jefe de policía, sin orden de juez competente, ordena á un comisario un allanamiento de domicilio, un secuestro, etc. fuera de las atribuciones propias de su jurisdicción. La cuestión se resolvería en estos términos: "el inferior que conoce la ilegalidad de la orden dada, y que sin embargo se determina á ejecutarla, es culpable aún á los ojos de la justicia humana; pues la culpabilidad consiste en saber que el hecho es contrario á la ley, y querer sin embargo ejecutarlo. En vano se invocaría para justificar su acción el deber de la obediencia gerárquica; ésta no es absolutamente ciega y pasiva, y no exime al subordinado de hacer uso de su razón y de obedecer á la ley antes que á la orden de su superior, si es *abiertamente* ilegal". Un punto esencial es también el de examinar la competencia de la autoridad que dicta la orden. Un caso reciente puede recordarse como ejemplo: el Juez eclesiástico de la diócesis libró al Gefe de policía de la Provincia de Buenos Aires orden de captura contra una mujer, en juicio de divorcio. El Gefe de policía consideró que careciendo de imperio el Juez eclesiástico, no podía librar directamente ordenes de prisión, sinó que debía dirigirse para ello á la autoridad civil. El caso fué llevado á la Suprema Corte de Justicia; pero como al hacerlo declarara expresamente el Provi-





sor que no insistía en la orden dada, sinó que quería establecer los deberes del Gefe de policía en casos análogos que pudieran ocurrir, la Corte declaró que no podía hacer un pronunciamiento de carácter general. La conducta del Gefe de policía me parece inspirada por el conocimiento de sus deberes. Es necesario sin embargo, para que tales procederes no importen una desobediencia que rompa el orden de gerarquía, que la orden sea manifestamente contraria á la ley, ó proceda de autoridad manifestamente incompetente (como en el caso citado el Provisor), para que sea justificada la resistencia, pues en la duda la obediencia se impone; 4° el acto autorizado por la ley y exijido por la necesidad, última distinción de Haus, es el del inciso 4° antes expuesto (1).

**126. LEGÍTIMA DEFENSA.** — Se trata aquí de un derecho fundamental, reconocido por todas las legislaciones. Nunca ha podido dudarse de que fuera lícito oponer la fuerza á la fuerza. Sin embargo, la determinación de los límites de este derecho es una de las materias más discutidas en la doctrina y uno de los casos que con más frecuencia reclaman la decisión de los tribunales. Conviene, pues, exponer la legislación comparada y las disquisiciones de la doctrina, para sentar luego la interpretación de nuestro Código, respecto de cada inciso.

**127.** Los incisos 8°, 9° y 11 del artículo 81 establecen las reglas según las cuales la defensa de la persona y de los derechos exime de responsabilidad. Los incisos 12, 13 y 14 excusan también el acto del que procede en

1) Véase Haus, *Principes généraux du droit pénal blge*, desde el número 605.



defensa del honor ultrajado. Los términos “defensa de la persona y de los derechos”, del inciso 8°, parece que debieran comprender la defensa del honor, cuya conservación es un derecho tan precioso como el de la existencia.

**128.** Para que la defensa propia ó de los derechos exima de responsabilidad, es necesaria la concurrencia de estas tres circunstancias: 1ª agresión ilegítima: 2ª necesidad racional del medio empleado para impedirle ó repelerla; 3ª falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. .

Este inciso es transcripción textual del inciso respectivo del código español.

Los códigos francés, prusiano, belga, portugués, y el nuevo italiano, encierran la disposición en términos generales sin especificación de circunstancias, tomando por criterio la necesidad de rechazar de sí ó de otro una violencia actual ó injusta.

El Código Tejedor, adoptando los artículos 125 y siguientes del código de Baviera, traía estas extensas disposiciones:

“Artículo 152. — Toda persona está autorizada para hacer uso de su fuerza personal con el fin de desviar de sí mismo ó de los demás las violencias ilícitas y los ataques criminales contra las personas y los bienes, cuando es imposible solicitar el auxilio de la autoridad contra tales actos, ó cuando la intervención de la autoridad es impotente para reprimirlos. La violencia ejercida contra el agresor, el daño que pueda causársele, y la muerte misma que pueda dársele en caso de legítima defensa no están sujetos á pena alguna, siempre que



no se traspasen los límites fijados por este Código.

“Artículo 153.—Toda persona está igualmente autorizada para prestar ayuda de hecho á los que se encuentren en estado de legítima defensa, gozando el tercero, en tal caso, respecto de sí mismo y de la persona atacada, de todos los derechos de legítima defensa y comprendiéndole las mismas obligaciones correspondientes como si fuese la misma persona atacada.

“Artículo 154.—El empleo de la defensa privada no se considera legítimo cuando la persona atacada haya tenido tiempo de recurrir á otros medios conocidos de ella para sustraerse sin peligro al ataque, resguardar su propiedad ó burlar de cualquier otro modo los proyectos del agresor.

“Artículo 155.—Si es necesario recurrir á la violencia, el ejercicio de la defensa privada y el empleo de medios peligrosos no podrán llevarse más allá que lo que sea necesario para desviar el peligro.

“En consecuencia, el empleo de medios de defensa que puedan ser mortales, será punible siempre que hubiere bastado una simple coerción para contener ó dominar al agresor.

“Lo será igualmente si, pudiendo garantizarse del ataque por una defensa negativa, se dirigen medios ofensivos contra la vida ó el cuerpo de su adversario, ó si pudiendo inferir á su agresor una herida no peligrosa se le hiere mortalmente ó se le mata.

“Artículo 157.—Cuando se ultrapasen los límites de la legítima defensa, si resulta de las circunstancias del lugar, del tiempo, de las personas, de la clase del ataque, etc., que el individuo atacado no se excedió sino bajo



la impresión súbita de la turbación causada por un espanto irresistible, esta imprudencia excusable no podrá dar motivo á la aplicación de la pena.

“Lo mismo será si defendiéndose la parte atacada emplea un medio de defensa lícito en sí mismo y proporcionado á la agresión, aunque resulte en perjuicio del agresor un daño que no era necesario para contener un ataque, y más grande que el que tuvo voluntad de inferir la persona forzada á defenderse.

“Toca, por lo demás, á los tribunales decidir, según las circunstancias de cada caso, si la transgresión de los límites de la legítima defensa ha tenido lugar solamente por imprudencia ó ha sido el resultado de una intención criminal.”

129. *Agresión ilegítima*.—Esta circunstancia es uno de los elementos racionalmente esenciales para autorizar la defensa, y en las precedentes citas de legislación comparada puede verse que está indicado como elemento legal: necesidad de rechazar una agresión *injusta*, dicen en general los códigos; *violencias ilícitas y ataques criminales*, dice el código Tejedor. La agresión ilegítima, la violencia ilícita, el ataque criminal se refieren á vías de hecho actuales ó *inminentes*, deduciéndose esta última circunstancia de los términos del sub-inciso siguiente: “*impedirla ó repelerla*”. La agresión debe ser ilegítima; porque, si ella fuera el uso de un derecho, no cabría excepción, porque no hay derecho contra derecho. La autoridad que detiene al que presume culpable, cumple un deber y ejercita un derecho. La dificultad empieza cuando por ejemplo la misma autoridad se excede en sus facultades, y entra en el abuso. Discútese á este respec-



to, por algunos autores, si puede considerarse que en tales casos existe agresión ilegítima que autorice el uso de medios para repelerla, ó si debe buscarse en los recursos legales la reparación necesaria. Para mí, la solución de esta cuestión dependerá en cada caso de las circunstancias en que se produzca, y especialmente de esta regla: si la autoridad ejercita un acto que es ordinariamente de su competencia, no puede autorizarse la resistencia; y lo contrario, cuando no es de su competencia el acto que ejecuta. Así, si un juez, sin proceso que lo autorice, sin motivo que lo justifique, ordena el allanamiento de mi domicilio, debo obedecer y buscar en los recursos legales la reparación del abuso; si es, en cambio, un agente policial sin orden de autoridad competente que pretende violar mi domicilio, me parece indiscutible que hay manifiestamente una agresión ilegítima que autoriza toda resistencia. Con mayor razón, el derecho de defensa es indiscutible cuando el abuso de la autoridad amenaza la existencia misma. A este respecto dice un comentarista: "En la autoridad del funcionario público hay dos calidades: el funcionario público y el particular. Separar estos dos caracteres para exigir, según cada uno de ellos, distinta responsabilidad á los actos de una misma persona, según domina en ellos el uno ó el otro es sumamente difícil, y es peligroso en derecho penal. Decir como regla general que el funcionario público se entiende siempre que obre como funcionario público; que la autoridad se entiende siempre ofendida en el hombre, no es desatar el nudo sinó cortarlo, sacrificando ciegamente ante el principio de autoridad los derechos de los particulares. ¿De qué nos



aprovecharían los castigos que tiene reservados el Estado contra los funcionarios que abusan de la fuerza pública que ejercen, si nos viéramos por uno de ellos, sin razón, sin motivo, amenazados en nuestra vida y privados contra ellos del derecho legítimo de la defensa. El hombre tiene un derecho perfecto á defender su existencia, cuando esa existencia es ilegítimamente, atacada. Esa agresión ilegítima es difícil, ciertamente, que provenga de una persona que ejerza autoridad; pero puede admitirse el caso, y esto basta para que no se cierre la puerta á la defensa de tal modo que se venga á colocar á una persona en la alternativa dolorosa de ser necesariamente una de estas dos cosas, ó víctima ó delincuente. No predicamos la resistencia á la autoridad y á sus agentes. La admitimos sólo en un caso extremo, en el caso de que las pasiones del hombre se sobrepongan en el funcionario de tal modo á los deberes de su cargo que, no dejen en él nada de lo que deben encontrar y tienen derecho de encontrar ~~los~~ particulares aunque sean delincuentes" (1). Estas conclusiones son exactas, y sin resolver todos los casos posibles, pueden servir ciertamente de auxilio.

**130.** *Necesidad racional del medio empleado para impedir-la ó repelerla.*—El artículo 155 del código Tejedor decía: "el ejercicio de la defensa privada y el empleo de medios peligrosos no podrán llevarse más allá de lo que sea necesario para desviar el peligro". Este es el principio moral que puede decirse admitido por todas las legislaciones con formas más ó menos variadas. La palabra *nece-*

*Carre*

(1) GROIZARD, *op. cit.*, tomo 1, página 224.



alidad entra en casi todas las prescripciones referentes á la defensa legítima en los diversos códigos que he citado. La fórmula empleada por el Dr. Tejedor, y los dos párrafos explicativos que la seguían, parecían establecer de una manera absoluta que el medio empleado para la defensa no podría llevarse más allá de lo que fuera necesario para desviar el peligro, previniendo á continuación que sería punible el empleo de medios ofensivos de defensa cuando podía "garantirse del ataque por una defensa negativa".-

Así, aplicando el código Tejedor, decía en su sentencia un Juez de la Capital Federal: si bien es verdad que el hombre tiene un derecho indiscutible para conservar su cuerpo y con más razón su vida, también lo es que sobre todo pesa sobre él la obligación de no poner en peligro la vida de los demás, sinó cuando es *absolutamente* necesario para conservar la suya propia (1).

Los términos adoptados por el código Tejedor en el artículo 155, tenían que estar sujetos á numerosas restricciones y explicaciones, en que entraba en los artículos siguientes, teniendo en consideración el exceso en la defensa, cuando obedecía á un espanto irresistible, etc., concluyendo por lo que tenía que concluirse en esta materia: por dejar á la *decisión* de los tribunales resolver, según las circunstancias del caso, si la transgresión de los límites de la legítima defensa tuvo lugar solamente por imprudencia, ó si ha sido el resultado de una intención criminal.

(1) *Fallos de la Excelentísima Cámara de Apelaciones*, tomo 6º, página 81.



La doctrina ha sido cambiada con la adopción del texto del código español: no es necesario hallarse en un caso extremo en que sea de *absoluta* necesidad el uso del medio de defensa, ni se manda recurrir á la fuga, ni se disculpa sólo al que obra por espanto irresistible. Existiendo una agresión ilegítima, actual ó inminente, á la persona ó los derechos, el agredido puede usar los medios *racionalmente* necesarios para impedir la ó repelerla. Esto puede verse en el siguiente caso de mi práctica, y su discusión en segunda instancia y en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia.

“Las circunstancias con que ocurrió el hecho demuestran que Tomasini se halló en estado de legítima defensa de la agresión de Belén. Los testigos corroboran la confesión de Tomasini, de que Belén le agredió con el rebenque doblado, y después de recibir dos rebencazos, Tomasini le pegó una puñalada. Comprobada la agresión ilegítima de Belén, sin que mediara provocación por parte de Tomasini, quedaría sólo por examinar si hubo necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión.

“El medio empleado por Tomasini era legítimo, desde que la ley no exige que exista una necesidad *absoluta* del medio que se emplea, sinó una necesidad *racional*. Pacheco, explicando el sentido de estos términos, pone el ejemplo del que agredido por otro armado de bastón hiere con su espada, y encuentra en el caso legítima defensa. Por otra parte, agrega, no es *racional* pedir á un hombre acometido tal serenidad y tal dominio sobre sus acciones, que deje de dirigir su espada contra el pecho del que le acomete para dirigirla sólo contra su brazo;





tal perfección y maestría pueden descarse, pero nó racionalmente exigirse". (*Cód. Penal Concordado etc.*, t. 1º, pág. 153)."

Esta resolución fué revocada por la Cámara de Apelaciones del Departamento del Centro. El voto del vocal que fundó la revocación no dá á los términos *necesidad racional* aplicándolos al caso, otra extensión que la que podría darse á los términos *necesidad absoluta*.

He aquí los fundamentos de la revocación : " Para que la defensa pueda considerarse legítima, se requiere la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, como lo reconoce el inferior en su sentencia. Mi opinión es que esa necesidad no ha existido. El mismo reo confiesa que en el lugar donde ocurrió el hecho se encontraban varias personas presentes, á las que pudo pedir eficaz auxilio sin necesidad de ocurrir al medio extremo de esgrimir un arma mortífera, quitando la vida á su adversario. Verdad es que Tomasini asegura que al ser agredido por Belén, éste le dirigió serias amenazas de muerte; pero aparte de que la prueba rendida sobre el particular ha dado un resultado contraproducente, como lo observa el Fiscal en su vista, *no se ha probado tampoco que la víctima tuviese arma alguna mortífera de la que pudiera servirse para llevar á cabo su propósito, no pudiendo considerarse como tal un simple rebenque, á no ser de fierro, y que se haga uso de él, tomándole de la lonja, lo que no ha sucedido en el caso sub judice* ".

He aquí ahora los fundamentos con que fué revocada la sentencia de la Cámara, y confirmada por la Corte la de primera instancia.

"¿Existe inaplicabilidad de ley ó de doctrina en la



sentencia de la Cámara *a quo*? El doctor Capdevila dijo: La sentencia de la Cámara del Centro, admite como exactos los hechos que sirvieron al Juez de lo Criminal para declarar que el detenido Pascual Tomasini, ha ejercido el derecho de propia defensa al dar muerte á Belén.

“Apreciándolos, sin embargo, con diverso criterio, la Cámara resuelve que esos hechos, si bien importan provocación, no justifican el medio empleado por Tomasini para repelerla, porque de ellos no nace la necesidad racional á que la ley subordina el ejercicio de tal derecho. El camarista que vota en primer término, y á cuya opinión adhieren los demás, dice, fundando la calificación de homicidio provocado, que él hace del hecho, que los dos únicos testigos presenciales, Monserrat y Goyeneche, están contextes en asegurar que la lucha, que terminó con la muerte de Belén, fué provocada por éste mismo, agrediendo con rebenque á Tomasini, y dándole según los testigos citados, dos golpes con el rebenque doblado, como lo declara también el procesado.

“Las dos sentencias están igualmente acordes, en que esa agresión ilegítima de Belén, no fué precedida de provocación alguna por parte de Tomasini.

“La divergencia única estriba en la apreciación diversa del medio empleado para repeler esa agresión, si hubo ó nó para el detenido *necesidad racional* de herir á Belén con el cuchillo que llevaba á uso de campo.

“Para el Juez de Primera Instancia esa *necesidad* calificada por la ley, ha concurrido en el acto. Para la Cámara nó, porque el agredido debió requerir según ella,



la ayuda de las personas que se hallaban en el lugar del suceso para reprimir al agresor antes de emplear una arma mortífera, y, además, porque “no se ha probado que la víctima tuviese arma alguna mortífera de la que pudiera servirse para llevar á cabo su propósito”, no pudiendo considerarse como tal un simple rebenque, “*á no ser de fierro*, y que se haga uso de él *tomándolo de la lonja*, lo que no ha sucedido en el caso *sub judice*”, según se expresa en el voto del camarista preopinante.

“Al afirmar lo primero se confunde á mi juicio, la *carrera* que dió origen al suceso, y que presenciaban los testigos citados, con el teatro mismo de la lucha que sobrevino después, y que pudo estar á mayor ó menor distancia del lugar en que aquellos se encontraban. Esa distancia no se ha precisado por persona alguna de las que deponen en autos, á pesar de su importancia, ni se ha hecho investigaciones por los jueces de la causa.

“No puede, pues, afirmarse que el procesado estuviera en aptitud de requerir el auxilio de los testigos del ataque que llevara Belén, pues no consta absolutamente, si todos estaban reunidos en el mismo lugar, si aquellos presenciaban la carrera desde el punto de partida ó desde otro cualquiera, y si la cuestión con Belén tuvo origen en el mismo sitio de la caída de éste del caballo que montaba, lo que se efectuó á seis cuabras de la raya, según el testigo Rosales, ó más adelante, en el trayecto de veinte cuabras fijado á la carrera según el mismo Rosales.

“La otra consideración que hace la Cámara, para demostrar que no hubo necesidad racional del medio



empleado para repeler el ataque, es también en mi opinión, legalmente inaceptable.

“Si un individuo injustamente agredido por otro armado de rebenque, sólo pudiera, en uso del derecho de propia conservación, repeler con armas ese ataque después de cerciorarse que el cabo de tal *rebenque* fuera de fierro, y que además su contendor lo tenía asido de la *lonja*, forzoso es convenir que tal caso ideal de defensa sería de realización imposible, pues seguramente el atacado no tendría ni la oportunidad ni la tranquilidad de espíritu necesarias para darse cuenta de esas particularidades.

“Fuera lo mismo que exigir á aquel que, súbitamente asaltado en despoblado, viera abocada á su pecho una pistola, averiguara previamente, antes de usar sus armas para salvar su vida amenazada, si esa pistola estaba ó no cargada.

“Esto en el supuesto de que el peligro á la vida del acometido en el caso *sub judice*, sólo existiera siendo de fierro el cabo del rebenque, aun cuando la experiencia nos enseña que el mismo peligro entraña el de madera.

“Para mí, igual derecho existe en ambos casos, pues el legislador lejos de exigir que el medio empleado por el agredido sea *absolutamente* necesario, prescribe simplemente que *racionalmente* lo sea. El alcance del concepto legal, es el que ya de antiguo le daba la ley 2ª, título 8º, Partida 7ª, cuando exime de pena al que matare *viniendo el otro contra él trayendo en la mano cuchillo sacado ó piedra ó palo ú otra arma cualquiera con que lo pudiera matar, é non ha de esperar que el otro lo fiera primeramente, porque podría acaescer que por el primer golpe*



*que le dicesse podría morir el que fuesse acometido é después non se podría amparar.*

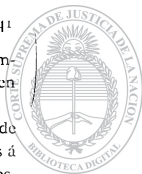
“Pacheco, comentando el artículo 8º, inciso 4º del código penal español (reformado en 1870), del que ha sido literalmente tomado el 81, inciso 8º del nuestro, fija igual interpretación á estas palabras de la ley: lo que está muy lejos de ser absolutamente necesario, lo que no es todavía ni aún puramente necesario, puede ser, dice *racionalmente* necesario.

“*Necesidad racional* hubo sin duda para el detenido, en herir con el cuchillo que llevaba consigo, al que lo acometía y lo golpeaba con un instrumento, que en las frecuentes reyertas de pulpería en la campaña, la experiencia nos presenta como mortífero en la generalidad de los casos.

“Apoyo en estas consideraciones mi voto por la afirmativa en la cuestión propuesta.”

Este voto fué aceptado por la mayoría.

**131. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.** El fundamento de esta circunstancia se percibe fácilmente. Si una agresión ilegítima autoriza el uso de los medios racionalmente necesarios para impedir la ó repelerla, forzoso es que el que se defiende no haya sido el provocador de la agresión. Si ésta se produjo, no fué entonces sino hija de la provocación del agredido, su propia obra, su propia culpa. Pero es claro también que la provocación debe ser *suficiente* para determinar la agresión. Es preciso que según el orden en que común y naturalmente se producen estos hechos, la provocación deba ordinariamente determinar una agresión. Tratándose de una provocación sin importancia,



según las circunstancias de persona, de lugar y de tiempo, no se juzgaría que pudo justificar la agresión y en ese caso la defensa estaría justificada.

**132.** El inciso 9º del artículo 81 extiende la exención de responsabilidad por defensa propia ó de los derechos á la defensa de la persona ó derechos de los ascendientes, descendientes, cónyuges ó hermanos, de los afines en los mismos grados y de los consanguíneos hasta el cuarto civil, “ siempre que concurran la primera y segunda circunstancias expresadas en el inciso anterior y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviera participación en ella el *ofensor* ”.

Ante todo, y para establecer el sentido de la parte final de esta disposición, conviene observar que se ha transmitido de la publicación del proyecto de la Comisión de la Cámara de Diputados á las ediciones del Código (la oficial, la de Lajouane y la anotada del Dr. Aguirre), un error de impresión: donde dice *ofensor*, léase *defensor*, como en el texto del código español de que ha sido transcripto el artículo. Aun fuera más correcto decir *del que interviene*.

El inciso siguiente agrega: “ el que obra en defensa de la persona ó derechos de un extraño en momentos de una agresión grave y concurriendo las circunstancias detalladas en el inciso 8º ”.

De la comparación de estos dos incisos con el 8º resulta: 1º que para la defensa propia es necesaria la concurrencia de las tres circunstancias enumeradas en ese inciso; 2º que para la defensa de los parientes ó afines dentro del cuarto grado civil, basta la concurrencia de las



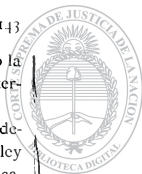
dos primeras circunstancias del inciso 8° y la de no haber participado en la provocación ; 3° que para la defensa de un extraño es necesaria esta otra circunstancia, además de las tres precitadas : que la agresión sea *grave*.

Una primera consecuencia que se deduce del inciso 9° en esta comparación es la de que el pariente tiene derecho de repeler la agresión de que el pariente sea víctima, aún cuando éste la hubiere provocado suficientemente ; esto es, que la defensa del agredido no sería justificada, pero lo sería la del que interviniera sin ser agredido él mismo. La situación que resultaría es ésta : que A, autor de la provocación, no tendría por este motivo, derecho de repeler la agresión de B, motivada por la provocación, pero estaría justificada la defensa que C hiciera de la persona ó de los derechos de A, por ser su pariente. Lo que parece anómalo en esta conclusión, es el que otro tenga mayor derecho de defender nuestra persona ó nuestros derechos, cuando hemos provocado una agresión, que nosotros mismos.

Tal conclusión parece injusta con relación á los derechos del autor de la agresión provocada, para quien la provocación es una circunstancia atenuante de su acción. Supóngase que A profiere una injuria atroz contra B, y que éste levanta la mano para aplicar una bofetada al injuriante ; si en esa actitud de B, A le dá un golpe con un bastón y le hiere en el brazo, esta lesión no será justificada ; pero si lo será, si quien aplica el golpe á B, es C, su pariente ó afín dentro del cuarto grado civil.

Este caso estaría comprendido estrictamente en los términos del inciso 9°.

**133.** Entretanto, si vemos en grave peligro á un extra-



no tenemos derecho de defenderle si él provocó la agresión de que era víctima. Menos aun podríamos intervenir si la agresión no era grave.

¿Por qué estas distinciones tan marcadas entre la defensa del pariente y la del extraño? Si por un lado la ley justifica al que acude en defensa del pariente provocador ¿por qué priva de todo socorro al extraño, provocador también, pero víctima al fin de una grave agresión?

El inciso que critico ha sido justamente observado por algunos comentaristas españoles. Hé aquí la crítica de Groizárd: “Pedir más para la defensa ajena que para la defensa propia, más para la defensa del extraño que para la del pariente, es un error, y puede llegar á ser una inconveniencia.

“Extender en favor de los parientes de la persona acometida el derecho de defensa á casos que no alcanzen á los extraños es echar del lado de los agresores y en contra de los ofendidos el interés de la no intervención, es un llamamiento á las pasiones egoístas, es desconocer que hay lazos entre los hombres, como los de amistad y agradecimiento, más poderosos á veces que los de la sangre.—

“La doctrina de la defensa familiar tiene además otro inconveniente: la imposibilidad de fijar con justicia el limite dónde el ejercicio del derecho debe llegar, dónde el interés de origen concluye. Según nuestra ley alcanza al cónyuge, á los descendientes, á los ascendientes, á los hermanos legítimos y á los consanguíneos hasta el cuarto grado civil. ¿Por qué no más? ¿Por qué no menos? ¿Por qué exigir más requisitos al defensor que está en quinto grado de parentesco con la persona acometi-





da, colocándolo en la situación del extraño á la familia, que al que sólo está en el cuarto? Si la razón es por la mayor proximidad al tronco ¿cómo se equipara al que sale á la defensa de su madre, con el que sale á la defensa de su pariente en cuarto grado? La legitimidad de exención de responsabilidad que surge de la defensa no depende de los vínculos de familia ni de ninguna clase de sentimientos afectivos. La exención nace de la justicia y del derecho de la acción constitutiva de la defensa. El hombre tiene un derecho perfecto de detener, de inutilizar, de destruir, de rechazar toda agresión injusta contra sí, contra los parientes, contra los extraños. Lo que el poder público tiene obligación de hacer en frente del particular que acomete, eso mismo tiene derecho de ejecutar todo ciudadano en favor del que inerme es acometido injustamente. Nadie tiene derecho de hacerse la justicia por su mano. Ante el espectáculo brutal de la fuerza que acomete, es legítimo, es hermoso, es consolador el espectáculo de la fuerza que protege" (1).

Estas observaciones son, á mi juicio, fundadas y dignas de la mayor atención cuando se trate de reformar la ley penal. Es el vínculo de solidaridad que mantiene unidos y asociados á los hombres, formando esta entidad llamada *humanidad*, lo que engendra el deber de reciproco auxilio, y no el mero afecto, del cual no es causa necesaria, sinó accidente común, el parentesco.

Tampoco debiera limitarse el derecho de intervenir, tratándose de extraños, sólo en el caso de *agresión grave*; una agresión que no lo sea puede tener las conse-

(1) *El código penal de 1870*, tomo 1º, página 236.



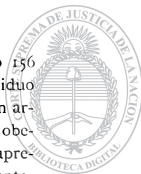
cuencias más funestas. A este respecto nuestro Código crea una circunstancia que no está consignada en el español, del que están tomadas estas disposiciones: ni tampoco se hacía en el código Tejedor las distinciones de que acabo de ocuparme.

Pienso, pues, por todo lo expuesto, que los incisos 9° y 10 debieran formar esta sola disposición: “Exime de responsabilidad la defensa ajena, mediando las dos primeras circunstancias del inciso 8°, y la de no haber participado de la provocación que hiciera el agredido y ser *racionalmente necesaria* la intervención que se tome”.

No encuentro á mano autoridades en qué apoyar éste texto: pero me parece fundado en la razón y una consecuencia necesaria de lo que llevo dicho, y del sistema adoptado por el Código de dejar á la conciencia de los magistrados la apreciación del hecho á que la ley ha querido referirse.

**134.** El inciso 11 agrega: “El que hiere ó mata al que pretende penetrar en su domicilio por escalamiento, fractura ó fuerza, ó al que encontrase dentro de su hogar, siempre que haya resistencia”.

El código español no trae esta disposición, pero no quiere decir esto que el caso no esté previsto. Los términos generales, “defensa propia ó de los derechos”, bastan para amparar la defensa de la propiedad, la violación del domicilio y cualquier otro derecho en que nos viéramos atacados. Los términos “*necesidad racional* del medio empleado para impedir la ó repelerla”, bastan para que los tribunales puedan juzgar en cada caso si hubo ó no derecho de matar ó herir al autor del ataque á la propiedad.



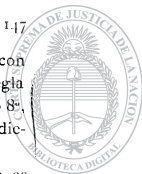
El código Tejedor legislaba el caso en el artículo 156 inciso 2°: la defensa es permitida “contra el individuo que tomado en flagrante delito de hurto, resista con armas, ó *huya* con el robo en actitud *amenazante*, sin obedecer las intimaciones del robado y sin podersele aprehender de otro modo”. La fuga en actitud amenazante, preciso es convenirlo, es una situación imaginaria. Pero, aparte de esto, se ve que el código Tejedor autorizaba á herir al que huía con el robo, cuando no se le podía aprehender de otro modo. ¿Qué resuelve al respecto el Código actual? El inciso 11 autoriza la defensa de la propiedad sólo en casos determinados de escalamiento, fractura ó fuerza, contra el que se encuentra en el hogar y resiste. Pero si, al llegar á mi casa, veo salir al ladrón cargado con el hurto, que supongo de valor, le hago intimaciones, le alcanzo y pretendo quitarle lo robado y resiste, ó no le alcanzo, no hay ya caso de escalamiento, fractura ó fuerza ni está el ofensor de mi derecho dentro de mi hogar. ¿Séé excusado si para recuperar mi propiedad hiero al ladrón? Si el inciso 11 legisla especialmente las agresiones al derecho de propiedad, el caso no está comprendido en sus términos, y soy responsable de la herida que cause: pero, si al mismo tiempo puede ser juzgado que según las circunstancias en que el hecho se produce, fué racional el medio empleado para contener la agresión á mi derecho de propiedad, parecería justa la aplicación del inciso 8°, y entonces carecería de objeto el inciso 11 que no hace más que especificar un caso que está ya comprendido en una disposición general. Interpretando estrictamente el Código creo que la solución verdadera sería la de que estando

especialmente legislada la defensa de la propiedad con ataque á la persona del agresor, en el inciso 11, la regla especial deroga la general, y no es aplicable el inciso 8º, por justa ó racional que en un caso determinado pudiera parecer su aplicación.

**135.** La cuestión de si puede herirse ó nó al ladrón es de muy antiguo discutida y objeto de soluciones contradictorias en la doctrina y en la legislación.

La negativa se ha apoyado generalmente en "que siendo la vida y miembros de nuestro cuerpo, como decía Puffendorff, cosas irreparables, no es extraño que la necesidad de la defensa dé tan grandes privilegios. Pero, cuando se trata solamente de la pérdida de los bienes, capaces por su naturaleza de ser reparados y de los cuales algunos no parecen absolutamente necesarios para la vida, hay motivos para dudar si puede llevarse la defensa hasta quitar la vida al que quiere arrebatarlos ó nos despoja actualmente de ellos". La pérdida de los bienes, dice Mouyart de Vouglans, no es como la de la vida y la del honor, absolutamente irreparable, y no hay entonces proporción alguna entre los bienes y la vida que se quitaría para conservarlos. No hay ni puede haber otro derecho; dicen Chauveau y Hélie, que derive de la propiedad misma que el de velar por la conservación de la cosa; puede, pues, rechazarse ó detenerse á los que nos amenazan despojarnos de ella; pero hay mucha distancia de esta resistencia al homicidio.

"Si Mouyart de Vouglans, dice Nypels, enseñaba que el derecho de defensa no existe para la protección de los bienes, Jousse y Rousseau de Lacombe sostenían la





opinión contraria. Bajo el código penal actual, Carnot y Chauveau y Hélie, reproducen la doctrina de Mouyart de Vouglans: pero, Rauter, Bertauld, Trebutien, Ortolan y Lesellyer admiten un derecho de defensa para los bienes”.

En la exposición de motivos del código penal belga, Haus llega á poner este ejemplo: “Un ladrón ha sustraído la cartera que contiene la mayor parte de la fortuna de un negociante. La ruina de este último es completa, y su quiebra inevitable si no llega á recobrarla; persigue al ladrón, á quien no ha conocido y que se le oculta en la oscuridad: hace fuego y lo mata. Ese negociante ¿será culpable de homicidio voluntario? Lo es indudablemente”.

“Cuando el delito es flagrante, agrega, cada uno tiene el derecho y aún el deber de detener y entregar á la justicia al delincuente. Si este último opone resistencia, se puede emplear la fuerza para vencer esa resistencia. Pero golpearlo ó herirlo, no para detenerlo sinó para hacerle restituir la cosa sustraída, hacer fuego sobre él cuando huye llevándose el objeto robado, es cometer un crimen ó un delito”.

Esta solución hace exclamar á Nypels: “Cómo! un ciudadano, negociante ó nó, no podrá recurrir á la violencia para recobrar los bienes que se le quita en esos momentos, bajo pretexto de que estando los ladrones en posesión de esos bienes, el derecho de defensa ha desaparecido con el peligro que podría correr la persona del propietario en el momento del robo? Ese propietario ¿deberá asistir estoicamente, con los brazos cruzados, á su ruina, porque la pérdida que sufre no es ab-



solutamente irreparable, y podrá tal vez, con su trabajo y sus ahorros llegar á reparar esa pérdida? Si tal fuera el sentido de la ley, esa ley sería inicua, pues haría prevalecer la fuerza sobre el derecho, la conciencia universal la reprobaría, y jamás se encontraría un jurado que consintiera en aplicarla" (1).

**136.** La misma diversidad de solución presenta la legislación comparada: las Partidas excusaban la muerte del ladrón que se hallase de noche en la casa, y queriéndosele 'prender para darlo á la justicia, resistiera con armas, ó cuando se apoderara por fuerza de las cosas: la Novísima Recopilación decía "todo home que matase a otro a sabiendas, muera por ello, salvo si matare ladron que hallare de noche en su casa hurtando o foradándola o si se le hallase hurtándole lo suyo y no lo quisiere dejar"; el código español de 1822 excusaba al que mataba al ladrón que trataba de robar, aunque fuera de día, siempre que no hubiera otro medio de impedirlo; el código francés excusa el homicidio cometido rechazando el escalamiento ó efracción de puertas, entradas, etc., el código austriaco, se refiere á la defensa de la vida, los bienes ó la libertad propia ó de otro; el código bávaro, extiende el derecho de defensa "contra el individuo cogido infraganti delito de robo"; el código belga, habla del caso de rechazar durante la noche, el escalamiento ó rompimiento de paredes, etc.

**137.** Nuestro Código ha intentado por una parte poner una solución á esta antigua cuestión y lo ha hecho con el inciso 11. Esto es lo que censuro. Si cuando

(1) NYPELS, *Code pénal belge*, tomo 2º, página 409.



está comprometida la vida ó cualquier otro derecho, deja á la conciencia de los magistrados resolver si hubo necesidad racional de emplear tal ó cual medio para impedir ó contener la agresión al derecho ¿por qué se aparta de este sabio sistema del código español, cuyo artículo copia, para fijar un criterio determinado respecto á los ataques á la propiedad? ¿Creyó que sólo podía ser racional el uso de armas contra el ladrón que se encontraba dentro de la casa? Pero el uso de armas contra el ladrón puede, según las circunstancias, ser no sólo irracional, sino inicuo. Puedo saber que el tal ladrón es un niño ó un imbécil. En cambio podría serme de suprema necesidad herir al ladrón que huye por la calle llevándose toda mi fortuna.

Por otra parte, los términos en que está concebido el inciso son ambiguos. Los términos "siempre que haya resistencia" ¿se refieren á los casos de escalamiento, fractura ó fuerza? La resistencia ¿se refiere sólo al que se encuentra dentro del hogar? Lo último es lo que parece lógico. El que pretende penetrar por escalamiento, fractura ó fuerza, se encuentra en una actitud agresiva. La resistencia es una actitud de defensa contra una intimación ó agresión ilegítima. Pero ¿qué grado de resistencia autorizará el uso de armas? La ley no lo dice porque esto queda librado al criterio de los magistrados, lo que acaba de demostrar que bien pudo dejar á los mismos, pesando las circunstancias de cada caso, la solución de la cuestión que intentó resolver en absoluto. (1)

(1) Véase sobre estas cuestiones el apéndice B.



**138.** El inciso 14 exime de pena á la mujer que hiere ó mata al que intenta violarla ó robarla.

Me parece que si esto no estuviera dicho en este inciso se entendería totalmente comprendido en la disposición general del inciso 8°. ¿Podría dudarse que el ataque al honor de una mujer no constituyera una agresión ilegítima? ¿Podría dudarse que fuera racional en determinadas circunstancias que una mujer víctima de una tentativa de violación, repeliese ó contuviese el ataque causando una herida ó la muerte del agresor? Si esto es así ¿por qué consignar un precepto, que no es una excepción á la regla ya establecida sinó un caso perfectamente comprendido en ella? Se creará que no hay aquí sinó una repetición superflua, pero yo creo que en la redacción de la ley debe tenerse tanto cuidado en evitar lo superfluo como en decir lo necesario, pues que de otra manera se incurre en oscuridades y se extravía la aplicación de la ley.

**139.** La mujer que hiere ó mata al que intenta violarla ejerce un perfecto derecho de repeler una agresión contra su persona. ¿Ejerce también un derecho el cónyuge que, sorprendiendo á su consorte en flagrante adulterio, hiere ó mata á los culpables ó á alguno de ellos? ¿Lo ejerce el padre ó el hermano que hiere ó mata al que encuentra yaciendo con su hija ó hermana menor de quince años? Si en ambos casos se ejercita un derecho no hay por qué tener en cuenta la premeditación que puede haber mediado en el hecho. Si se trata en cambio de disculpar un movimiento pasional, habría que examinar si dadas las circunstancias, había existido ó nó ese impulso. La premeditación á que hago referencia no es





la que mediaría entre la sorpresa y el castigo, sinó la que se podría tener antes de la sorpresa. Un marido sabe que en tal sitio y á tal hora su mujer concurrirá á una cita con el amante: acude allí con la resolución de dar la muerte y provisto con los medios necesarios, y mata. Esa premeditación ¿excluye la exención de responsabilidad? En primer lugar, la ley no distingue, y sería arbitrario hacer distinciones; en segundo, la existencia de la premeditación no deriva exclusivamente del tiempo que media entre la resolución y la ejecución, sinó que su criterio se forma asimismo en la existencia del ánimo reposado y tranquilo, y la ley presume que no lo tiene el padre ni el marido en las circunstancias expresadas.

**140.** El artículo 82 trae esta disposición: todo aquel que en estado de legítima defensa hiriere ó matare á alguno, está obligado á dar aviso del suceso, tan pronto como le sea posible, á la autoridad más inmediata. Si no cumple con esta obligación ó trata de ocultar el hecho, se presumirá que ha habido exceso en los límites de la defensa, aunque después demuestre que hubo ataque peligroso dirigido contra él. Si el proceso destruye esta presunción, el acusado será absuelto por lo que hace á la herida ó la muerte, pero será condenado por haber ocultado el hecho ó por haber omitido declararlo á la autoridad, con arresto de uno á tres meses.

La razón aconseja desde luego á todo el que tenga una causa de justificación absoluta contra la presunción de criminalidad de un hecho por él cometido, lo que en la primera parte de este artículo la ley impone como obligación. Parecería, por esto, innecesario que la ley



mande lo que ante todo conviene al mismo obligado, ya que debe dejarse á cada uno la elección de lo que le conviene. La ley no necesitaba en este punto crear un delito especial é imponerle una doble sanción: la creación de una presunción desfavorable y la pena de arresto. El hecho de presentarse espontáneamente á la justicia, ó esquivar su acción, sería ya una circunstancia de la causa que el juez tendría presente para su declaración sobre la existencia de la voluntad criminal. ¿No es acaso sobre presunciones que se funda la culpabilidad ó inculpabilidad, según se deduce del artículo 6º? ¿Qué motiva, entonces, la necesidad de declarar expresamente una de esas presunciones é imponer una obligación cuya omisión constituye delito? Sería preferible dejar al juez en amplia libertad para que, apreciando en conjunto todas las circunstancias del hecho y de la conducta de su autor, pudiera estimar si es explicable ó nó que esquivé la justicia ó niegue el hecho. Algunos casos de mi práctica me han demostrado que es muy explicable la ocultación ó la no revelación inmediata á la autoridad. Por mucho que el que obró en legítima defensa esté convencido de la inocencia de su acción, tendrá dos motivos poderosos que le harán vacilar en la denuncia: las contingencias del juicio en el cual no sabe si podrá ó nó justificar su inocencia; la prisión preventiva que trae aparejada el hecho, y que dura lo que el proceso. En un caso de muerte dada en legítima defensa, excepción declarada por mi Juzgado y confirmada por la Cámara, el procesado, con varias otras personas, habían sido detenidos por la policía en uso de esas facultades discrecionales con que procede en ciertos casos y especial-



mente en la campaña. Negó en los primeros momentos toda participación en el hecho, y fué sólo en vista de que las detenciones se multiplicaban que declaró que no quería hacer sufrir á otros por su culpa, confesóse autor del hecho, y dijo haber negado antes por temor de la duración del proceso: la detención preventiva duró cuatro meses... y creo que esta tramitación fué relativamente rápida. En otro caso también resuelto por mí, el matador se ocultó en el primer momento, supo luego que la policía lo buscaba afanosamente, que el hecho era llamado asesinato, que la opinión común le era desfavorable, que los testigos eran afectos del muerto, y se ocultó temiendo ser tratado en el primer momento como un gran criminal, desconfiando del éxito de la causa. Más tarde, esquivando la policía, llegó hasta la sala del Juzgado y confesó circunstanciadamente el hecho porque se instruía el proceso, manifestando que aquellas circunstancias habían retardado su presentación. ¿Debía en estos casos aplicar la disposición del artículo 82? Así lo disponía la ley; pero debo confesar que contra la presunción legal se levantaba la presunción *hominis*, que quería tomar la omisión de la denuncia en su valor justo y racional.

## CAPÍTULO IX

### DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

(Artículo 83)



141. Carácter común de las circunstancias agravantes y atenuantes. Disposición de la ley de Partidas. — 142. Sistema del proyecto Tejedor. — 143 y 144. Sistema del Código Penal. — 145. Examen del inciso 1º del artículo 83. — 146. La *edad* como circunstancia atenuante. — 147. Circunstancia de no haber tenido intención de causar todo el mal producido. — 148. Circunstancia de haber procedido por provocación, amenaza ú ofensa. — 149. De las ofensas inferidas al cónyuge ó parientes próximos. — 150. Celo en reparar el mal causado ó impedir su consumación. — 151. Estado de irritación ó furor sin culpa del autor del delito. — 152. Circunstancias análogas á las anteriores. — 153. Circunstancias atenuantes no enumeradas. — 154. Circunstancias posteriores al delito. — 155. Transcurso de la mitad del tiempo de la prescripción.

**141.** No podría compararse dos delitos de la misma especie sin encontrar en ellos diversos caracteres que fundan diferencias tan notables que nos convencen inmediatamente de la imposibilidad de sujetarlos á la mis-



ma pena. Sea que se considere el elemento material, sea que se mire el elemento moral, una serie de circunstancias de tiempo, de persona, de lugar, etc. que originan forzosamente grados diversos de responsabilidad, forman una fuente de datos propios para la individualización de la pena. Y esto, que aparece así tan racional y justo, y que sin embargo ha sido mirado con tanta desconfianza por algunos legisladores, no es una novedad en nuestra legislación. La ley de Partida (8ª, título 31, Partida 7ª), que regía con anterioridad al código Tejedor, recomendaba á los jueces que cuidaran “al dar juicio de escarmiento contra alguno, qué persona era aquel contra quien lo daban, si era siervo ó libre, ó hidalgo ó hombre de villa ó de aldea ó si era mozo ó mancebo ó viejo, pues más cruelmente debía escarmentarse al siervo que al libre, al hombre vil que al hidalgo, al mancebo que al mozo y al viejo que al mancebo. Porque el hidalgo ú otro hombre que fuera honrado por su ciencia ó por otra bondad que hubiera en él, si tuviese que morir no lo debían matar tan vilmente como á otros, así como arrastrándolo, *ahorcándolo* (1), ó quemándolo ó echándolo á las bestias bravas.” La misma ley fijaba la menor edad de diez y siete años como causa de atenuación y determinaba varias otras circunstancias que importaban una atenuación ó agravación de la pena.

(1) Que hay oprobio en la pena de horca, y que según los sentimientos de nuestro pueblo la horca constituiría una verdadera agravación de la pena de muerte, no había duda alguna, aunque no lo dijera expresamente un texto legal, que aun rige en el procedimiento penal. Se explica así cómo pudo tacharse de ilegal y llamarla “refinamiento de crueldad” la pena de horca á que en primera instancia se condenaba poco ha á un sacerdote, en causa célebre por demás.

**142.** El código Tejedor distinguió la agravación y atenuación *legal* de la pena, de la agravación y atenuación *prudencial*.

Constituían causas de atenuación legal: la edad mayor de diez años y menor de catorce, cuando podía reconocerse la imputabilidad; la edad mayor de catorce y menor de 18; la edad avanzada del culpable, á efecto de conmutarle la pena de muerte en penitenciaria por el tiempo de vida que le faltaba; la detención preventiva: el hecho de ser inciertos ó incompletos algunos elementos del delito.

La agravación legal tenía lugar en los casos de reiteración y reincidencia.

La atenuación y agravación *prudencial* de la pena imponía al juez el derecho y el deber de proporcionarla, según las circunstancias particulares de *cada* especie, tomando en cuenta por una parte la naturaleza de la acción, la gravedad de la infracción y peligro causado ó á causarse, la extensión del daño, y el número y calidad de las personas ofendidas: y por otra parte, tomando en cuenta la intención, y agravando la criminalidad, según que eran más numerosos é importantes los motivos de observar la ley ó más imperiosos los deberes violados, y más capaz el culpable de conocer esos motivos y esos deberes, ó según se necesitara mayor audacia y coraje, más inteligencia y malicia ó más fuerza corporal para preparar la acción ó para consumarla; ó cuando las acciones exteriores y accidentales que han impulsado al culpable, eran menores, ó éste estaba más desmoralizado y empeñado en la carrera de los crímenes por la práctica constante de malas acciones, ó cuando

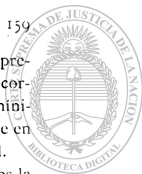




eran más perversos y peligrosos los deseos y pasiones que le hacían obrar.

La criminalidad disminuía cuando, por efecto de falta de instrucción, ó por una debilidad natural de la inteligencia, el culpable no había comprendido toda la gravedad del peligro ni la extensión de la prohibición ó pena infligida á su acción; cuando se había determinado á cometer el crimen por persuación, promesas artificiosas, orden ó amenaza, en los casos que estas circunstancias no eximen de toda pena; cuando ha sido impedido por una miseria apremiante ó cualquiera otra necesidad urgente; cuando excitados sus deseos por una ocasión imprevista, había sido arrastrado instantáneamente á la ejecución del crimen; cuando obró en un arrebato de pasión ó un momento de perturbación intelectual, ó constaba que el delincuente no estaba desmoralizado.

**143.** El Código ha abandonado este sistema de la distinción entre la atenuación *legal* y la *prudencial*, cuyas denominaciones, aunque con alguna incorrección, no dejaban de responder fijamente á la naturaleza de las cosas. Hay circunstancias atenuantes que pueden ser fijadas precisamente por la ley, como la que deriva de la edad del delincuente, de la embriaguez, etc.; hay otras que tienen que dejarse á la prudencia de los magistrados. En lo que el código Tejedor no era lógico, era en abusar de las penas fijas, después de haber admitido y sentado toda una teoría de las circunstancias atenuantes, que modificando el grado de responsabilidad, debían modificar, consecuentemente, la medida de la pena.



En el Código, á las reglas determinadas para la apreciación del grado de responsabilidad de un delito, corresponde la determinación de un máximun y un mínimun de pena, dentro del cual el juez elige la que en conciencia corresponde al grado de responsabilidad.

El artículo deja á la prudencia de los tribunales la determinación de la pena, dentro de los límites fijados, teniendo en cuenta no sólo las circunstancias atenuantes que el caso presente, sinó también las agravantes que concurran. Es que hay una íntima analogía entre las circunstancias atenuantes y las agravantes, ó mejor dicho, unas y otras constituyen una sola serie de grados de responsabilidad que podrían distinguirse con los signos *menos* ó *más*.

Se salva en parte, con este sistema, un grave defecto imputado por la crítica científica á la codificación penal: la fijación de escalas paralelas de delitos y penas que se correspondan recíprocamente, de donde resulta con frecuencia la arbitrariedad é ineficacia de los castigos. Cada delito, por mucho que tenga analogías genéricas con otros hechos comprendidos en la misma calificación, es una entidad diversa de sus congéneres, como cada delincuente, aunque sea un hombre como los demás, es un hombre distinto de los otros.

**144.** Si las circunstancias atenuantes y las agravantes constituyen una sola serie de modalidades de un hecho, podrían, al parecer, colocarse en un solo título, suprimirse los calificativos que las distinguen, y convertirse en simples reglas que observarían los jueces para la fijación de las penas. Pero la ley no ha llegado á estas consecuencias que parecen absolutamente lógicas, por-





que no siempre puede realizarse la lógica, si hay motivos para temer del ejecutor. La dificultad estaba en la determinación de esas circunstancias. O la ley las dejaba en absoluto al criterio de los tribunales, ó intentaba comprenderlas en una definición general, ó procuraba fijar una enumeración. Entregarlas al criterio de los tribunales era poner en estos y no en la ley la fuente de la justicia; sentar una definición general, presentaba el peligro de decir mucho ó poco; enumerar, presentaba el de la omisión ó el de inclusión indebida. El Código adopta un temperamento prudente y quizás temeroso, siguiendo textualmente al código español, en ajustarse á un sistema, pero con prudentes reservas ó amplitudes. Relaciona en primer término las circunstancias atenuantes á las causas eximentes, *cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en los respectivos casos*; enumera algunas circunstancias atenuantes y agrega *que lo es cualquiera otra análoga á las anteriores*. Si bien esto se aproxima mucho á dejar la apreciación sobre la existencia de circunstancias atenuantes al criterio absoluto de los tribunales, puede reconocerse que no la deja del todo, y que en una materia tan difícil, ésta es quizás la mejor solución que debe dar la ley. La enumeración de las circunstancias agravantes es, en cambio, más completa y de aplicación restrictiva. Domina aquí el principio de que debe aplicarse lo favorable y restringirse lo adverso. Pero, aun así, al enumerar las circunstancias agravantes, previene el código que debe “tomárselas en cuenta teniendo en consideración la naturaleza y accidentes del delito”, disposición cuya importancia estudiaré en oportunidad.



**145.** El inciso 1º del artículo 83, dice: “Son circunstancias atenuantes las expresadas en el título anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos.” Es textualmente el inciso 1º del artículo 9 del código español.

Pacheco, comentando este número del código español, observa que si la ley se refiere á la *no* concurrencia de *todos* los requisitos necesarios, ha tenido presente aquellas causas de exención que son tales no por un solo requisito, sinó por la concurrencia de varios: ejemplo: la legítima defensa. En estos casos no hay duda para la aplicación del texto: “ Cuando las circunstancias que eximen de responsabilidad, y cuya lista hemos visto en el capítulo anterior, son circunstancias compuestas de diversidad de hechos; cuando cada uno de estos influye por su parte en aquel resultado, y la reunión de todos es la que lo obtiene, claro y natural es que, faltando alguno de los que deben hallarse, no puede haber completa justificación, pero que sin embargo tampoco queda el delito íntegro y cabal, como existiría sin aquellas circunstancias modificantes ” (1).

Pero, si por una parte es fácil esta interpretación cuando se trata de causas eximentes constituidas por varios requisitos, la solución no es igualmente fácil cuando los varios requisitos no constan expresamente en la ley. Bien examinados, sólo el inciso 2º enuncia una causa eximente que se determina por un requisito que consta de un solo hecho: no haber cumplido diez años. El in-

(1) *El código penal comentado*, etc., tomo 1º, página 187.



ciso 1º declara exento de responsabilidad al que obra en estado de *locura*. He aquí, pues, un requisito único: se declara que no existe: luego no hay atenuación. Pero es que quizás no pueda afirmarse que un hombre es loco ó es cuerdo, como se puede que tiene más ó menos de diez años, y que no pueda hallarse en un estado intermedio, en un principio de desorden intelectual. Si interpretamos estrictamente el texto legal ¿debemos imputar al *medio loco* toda la responsabilidad, y aplicar la misma pena que al cuerdo? El que obra violentado por fuerza irresistible está exento de pena. La fuerza irresistible es requisito único de esta exención. Si se establece que no hubo fuerza *irresistible* ¿aplicaremos toda la pena? El que obra en cumplimiento de un deber está también exento de responsabilidad. El cumplimiento del deber es requisito único. Pero, ¿no estamos acostumbrados á pensar que hay situaciones en que es *casi un deber* la ejecución de un hecho? Si se reconoce que no hay en absoluto el cumplimiento de un deber, ¿aplicaremos toda la pena? Hé aquí cómo resuelve Pacheco estas cuestiones: “ Todos estos casos, volvemos á decir, son simples: en todos ellos es una sola la condición pedida por la ley, alegada por el presunto culpable. Mas esa condición única en sí, puede resultar de multitud de actos: esa condición puede aparecer justificada hasta cierto punto, y no completamente justificada. El ánimo del juez, la conciencia de los que hayan oído y examinado las pruebas, pueden haberse convencido de que si no todo se justifica, tampoco es todo invención, tampoco carece de fundamento todo lo que se expone en defensa del procesado.



“No resulta á la verdad una **locura completa**, pero resulta, sí, un desarreglo intelectual que á la **locura** se aproxima: esto se halla perfectamente justificado. No resulta la violencia ó el miedo que cae en varón constante; pero resulta que hubo amenazas, en que se practicó la intimidación: esto también aparece sin ninguna duda...” “¿Será ésta la voluntad, será la verdadera inteligencia de la ley? Para nosotros no cabe duda en que lo es. Las razones para estimar separadamente los elementos de una condición, son las mismas que para dividir de hecho las distintas circunstancias que pueden componerla. En un caso hay sólo trabajo material: en el otro moral, y más difícil; pero uno y otro son del mismo género y del mismo carácter. Por lo menos uno y otro nos dan los propios resultados. La inculpabilidad procede en un caso de la suma de datos materiales: en otros, de la suma de datos morales. La atenuación del delito, en vez de la inculpabilidad, procede, en el primero, de la substracción de alguno de los componentes de aquella suma ¿por qué no ha de proceder y verificarse en el segundo, cuando también se puede realizar una substracción análoga en la suma respectiva?” (1).

Hasta aquí el comentarista español; y he transcripto su texto y me remito á lo demás que pertinentemente dice, porque creo que expresa la verdadera doctrina. Pero pienso al mismo tiempo que, conocidas por los redactores del Código las dudas ocasionadas por la redacción del texto que copiaban, pudieron hallar fácilmente la fórmula que las evitara.

(1) PACHECO, ib., página 190.



**146.** El inciso 2° consigna como circunstancia atenuante la de “ser menor de diez y ocho años y mayor de setenta”. La menor edad es una circunstancia reconocida por la generalidad de los códigos. Se impone el convencimiento de que las facultades del hombre que le auxilian en el discernimiento del mérito de sus acciones, no pueden llegar á un completo desarrollo hasta cierta época de la vida. En lo que los códigos no están de acuerdo es en la determinación de esa edad, y no habría por qué preocuparse en buscar ese acuerdo, desde que se trata de una determinación que sería siempre arbitraria, pues que es de individuo á individuo que varían las condiciones de desarrollo moral é intelectual. Algunos proponen, y esto es bajo ciertos aspectos conveniente, que la edad de la completa responsabilidad penal se ajuste á la de la capacidad civil. Tratándose de fijaciones arbitrarias, que no tienen más norma que la de procurarse una resultante media de las observaciones sobre el discernimiento de la generalidad de los individuos, puede decirse que no habría verdaderamente dificultad para ello: pero no por esto puede criticarse la ley, pues es también claro que si el discernimiento completo para los actos civiles no se alcanza hasta cierta edad, debe obtenerse mucho antes el sentido moral que nos aleja del delito, ó no alcanzarse jamás.

**147.** El inciso 3° agrega: “no haber tenido el delincuente intención de causar todo el mal que produjo”.

Ya he hecho notar la incongruencia entre este inciso y el artículo cuarto, según el cual no se admitirá la excusa de que la intención fué cometer un delito menos grave. Alguien quiere herir, pero mata. He aquí la in-



tención de causar un mal menor que el producido ó de no causar todo el mal producido. La calificación del delito intentado sería de lesiones; la del realmente cometido es de homicidio. Esta última es la que debe prevalecer, porque juzgamos tomando sólo como elemento del juicio las intenciones. Pero es también evidente que no puede colocarse en la misma línea al homicidio con intención de matar, que al que lo fué con intención de herir.

**148.** El inciso 4.º dice: “haber precedido provocación, amenaza ú ofensa por parte del ofendido”.

Esta disposición de la parte general tiene un término de comparación en la parte especial: la pena del homicidio será de tres años de prisión, dice el artículo 97, “si la víctima misma provocó el acto homicida con ofensas ó injurias ilícitas y graves”. Aquí los actos que constituyen la provocación están especificados por los términos *ofensas ó injurias*, y ambas calificadas de *ilícitas y graves*. El inciso 4.º habla sólo de provocación ú ofensas sin calificación especial. La importancia práctica de estas distinciones se encuentra fácilmente: si la provocación ú ofensa es tomada como simple circunstancia atenuante, la pena del homicidio sería de tres á seis años de presidio: si la provocación procediera de ofensa ó injurias ilícitas y graves, sería de tres años de prisión.

Nuestro Código, que en toda la materia de las causas eximentes, atenuantes y agravantes se ajusta al código español, no ha copiado en este punto textualmente el modelo. El código español de 1850, que parece ser el que la Comisión tuvo á la vista, traía estas disposiciones: “Son circunstancias atenuantes:.... 4.º La de haber pre-



cedido *inmediatamente* provocación ó amenaza de parte del ofendido : 5º La de haberse ejecutado el hecho en *vindicación* próxima de una *ofensa grave* causada al autor, sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos ó afines en los mismos grados.

El código de 1870 agregó que la provocación ó amenaza debía ser *adecuada*.

El texto de nuestro inciso comprende las disposiciones de los incisos 4º y 5º del código español, pero dejando á los jueces mayor amplitud de apreciación. No se requiere por él qué la provocación ú ofensa sea inmediata. La ley no lo dice ; lo ha suprimido, puede decirse, expresamente, pues se ha separado del modelo, y haríamos mal en creer que, corrigiendo así el texto, no es porque creyó prudente modificar la doctrina. El vocablo *precedido*, trae la idea de algo que está antes, pero no en un tiempo *remoto* sino en uno *inmediato* ó en uno *más ó menos próximo*. Adoptando el calificativo *inmediato*, excluimos la circunstancia de *más ó menos próximo*. La provocación ó la ofensa pueden no ser próximas, pero ser en cambio muy graves : pueden ser hasta un ultraje que haga desesperar de la vida y elegir entre el suicidio y el homicidio. Transcurrido un tiempo, se dirá, habría ya vindicación. No es la designación de nuestro acto la que se procura, sino la del acto extraño que determinó el estado de ánimo que impulsaba al delito. A medida que la provocación, la amenaza ó la ofensa sean más próximas y graves, mayor será la atenuación de la responsabilidad que autorizará á descender hasta el mínimun legal. Por excepción, respecto del homicidio, y cuando la provocación procediera de ofensas ó injurias ilícitas ó



graves, el artículo 97 autoriza á descender del mínimun y sustituir los tres años de presidio por los tres años de prisión. Por lo demás, queda completamente al arbitrio de los tribunales determinar qué hechos constituyen la circunstancia atenuante y cuáles cambian la calificación del homicidio en homicidio provocado.

**149.** Podría imputarse al Código, como una omisión, el no haber consignado expresamente que la circunstancia atenuante de haber precedido ofensas debía extenderse á las ofensas recibidas por el cónyuge ó los parientes próximos. El inciso 5° del código español lo dice expresamente, y nuestro inciso lo omite. ¿Podría también deducirse de esto que está excluida como circunstancia atenuante la ofensa hecha al cónyuge ó al pariente? Quizás podría llegarse á esta consecuencia: pero á mi juicio no es ésta la interpretación de la ley. El inciso 7°, como se verá en seguida, previene que constituye causa de atenuación “cualquier otra circunstancia análoga á las anteriores”, y si hay algo análogo á la ofensa propia, es indudablemente la ofensa recibida por el cónyuge, los ascendientes, descendientes ó afines, ú otras personas á las que por circunstancias especiales tuvieramos tal estimación que sintieramos como propia la ofensa recibida, circunstancia que no consta en el texto del código español, si no se la deduce de los términos generales del inciso 8°.

**150.** El inciso 5° agrega: “haber procurado con celo reparar el mal causado ó impedir su consumación”.

Esta disposición, que no está en el modelo, trae su origen del proyecto Tejedor, que á su vez lo toma del





código de Baviera, con mayor extensión que la que le da el Código actual.

He aquí el artículo 189 de Tejedor : “ La pena se disminuirá : 2º Si el culpable se ha esforzado real y espontáneamente por impedir las consecuencias del crimen ó reparar sus efectos perjudiciales : 3º Si él mismo se entrega á la justicia; 4º Si en su primer ó segundo interrogatorio confiesa su crimen de una manera circunstanciada ; 5º Si revela la existencia de nuevos culpables desconocidos á la justicia ó da de propio *motu* los medios y ocasión de prenderlos ”.

Estas circunstancias, con excepción de la última que favorece la delación con todas sus infamias y es, en consecuencia de importancia equívoca, tienen en cuenta que cualquiera de aquellos actos, siempre que se produzcan espontáneamente, pueden demostrar que el delincuente es todavía un hombre y no está absolutamente privado de sentido moral.

**151.** El inciso 6º dice : “ El estado de irritación ó furor sin culpa del autor del delito, cuando no le ha hecho perder del todo la conciencia de lo que hace ”.

El código Tejedor decía : “ Cuando ha obrado arrebatado por una pasión, ó en un momento de perturbación intelectual, sobrevenida casualmente, y sin que de su parte haya culpa, á menos que la ley expresamente haya tenido en cuenta estas circunstancias para la fijación de la pena ”.

En el código español concuerda con esta disposición esta otra : “ La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación ”.

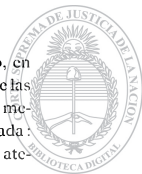


La disposición del inciso es análoga á la causa de exención consignada al final del inciso 1º del artículo 81: “siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación cualquiera de los sentidos ó de la inteligencia no imputable al agente y durante el cual éste no ha tenido conciencia de dicho acto ó de su criminalidad”.

Si se tiene en cuenta la referencia que el inciso 1º del artículo 83 hace á las causas de exención, para derivar de ellas, cuando incompletas, las causas de atenuación, se comprenderá que no era de ninguna manera necesario que el Código declarara la causa de atenuación del inciso 6º, clara y expresamente consignada ya en las disposiciones citadas.

**152.** El inciso 7º agrega “cualquier otra circunstancia análoga á las anteriores”. Es tomado del español que dice: “y últimamente cualquier otra circunstancia de igual entidad y análogas á las anteriores”.

Dije antes que esta disposición revelaba la prudencia ó timidez con que el Código adoptaba en esta materia el sistema de la enumeración, pues, en seguida de atribuirse el legislador la facultad de precisar cuales hechos ó circunstancias determinaban una disminución de la responsabilidad, confía á la prudencia de los tribunales multiplicar el número de esas circunstancias, sin otra regla que la de hallar una analogía entre el hecho que ocurra y uno de los previstos por la ley en su enumeración. ¿Es por esto censurable esta disposición de la ley? Por mi parte adhiero á la opinión de los comentaristas españoles. “La ley ha señalado, dice Pacheco, cuantas circunstancias atenuantes ocurrieron á



su previsión, y para hacerlo así analizó con esmero, en el orden sintético que á ella corresponde, la teoría de las acciones punibles. Mas, al concluir esa obra, no pudo menos de asaltarle esta duda tan natural como fundada: ¿ hemos agotado la materia? ¿ no son posibles más atenuaciones que las que hemos dicho? A semejantes preguntas hubiera sido desatinado responder afirmativamente. Semejante materia no se agotará en un siglo entero de observación y de estudio, porque después de ese tiempo podrán presentarse nuevos casos que jamás ocurrieran hasta allí, ni en la práctica ni en la imaginación" (1).

**153.** Si se compara las disposiciones de los incisos 7º y 1º del artículo 83, se observará que puede llegarse á deducir nuevas circunstancias atenuantes cuyo origen fuera una causa de exención. En efecto, tal causa de exención, á la que faltará un requisito para producir la ausencia de responsabilidad, constituiría por el inciso 1º una circunstancia atenuante; y produciría, otra, un hecho ó un estado análogo á ésta.

Agregaré una observación que distinguirá el comentario de este inciso de la disposición del inciso respectivo del código español. Ha hecho notar Groizard esta regla que se deducía de dicho código: que las circunstancias atenuantes sólo podían tener un origen anterior ó coincidente con el delito. "Para el Código y para nosotros como hombres de ley y como críticos, no hay circunstancias de atenuación más que en las causas que existían é intervinieron en el acto, al realizarse:

(1) Pacheco, ib., página 211.

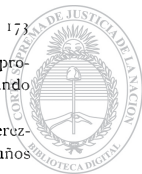


nada valen, nada significan ciertos hechos anteriores, y sin relación con el delito, ni posteriores, y á los que sólo por equivocación ó por ligereza se les equiparó con las circunstancias atenuantes y recibieron nombre de idénticas ó análogas”.

Esta interpretación alcanzaría á nuestro Código si no se hubiera consignado la disposición del inciso 5° por la cual es causa de atenuación la circunstancia de haber procurado con celo reparar el mal causado ó impedir su consumación, circunstancia que es posterior al acto que causaba el delito, y por lo cual no es aplicable entre nosotros la regla deducida por Groizard. Pero ¿alcanzarán por esto á constituir circunstancias atenuantes los hechos enumerados en los tres últimos incisos del artículo 189 del código de Tejedor? Parece que entregarse á la justicia, confesar el crimen al primero ó segundo interrogatorio de una manera sincera ó circunstanciada, ó revelar la existencia de nuevos culpables desconocidos á la justicia, no son circunstancias que guarden otra analogía con la del inciso 5° que la de ser posteriores al acto, y si con ellas estaban agrupadas en el citado artículo 189 de Tejedor, y el Código sólo tomó aquélla, no fué su voluntad que por tales circunstancias atenuantes fueran tenidas las demás. ¿Ha sido justa y prudente la omisión de la ley? Pueden encontrarse divididas las opiniones al respecto. La junta del Colegio de Abogados de Madrid opinaba que á las circunstancias atenuantes del código español, convendría añadir la irrepreensible conducta anterior del procesado, la de presentarse y confesar su delito, pudiendo ocultarse ó sustraerse por medio de la fuga de las persecuciones ju-



diciales, la de haber reparado ó procurado reparar el mal causado y atajado ó procurado atajar sus consecuencias. Pacheco manifiesta estar de todo punto conforme con esa indicación, á la que se oponen otros escritores. Por mi parte, pienso que no hay nada que pueda afirmarse en esta materia de un modo absoluto. La presentación á la autoridad, la confesión espontánea del delito pueden ser, según otras circunstancias, elementos que impongan el convencimiento de que la justicia tiene que hacer con un delincuente de ocasión cuyo sentido moral no está pervertido y cuya buena índole se manifiesta por un arrepentimiento sincero y por un convencimiento de la propia culpa que le lleva, para satisfacción de su conciencia, á pedir el castigo merecido. Pero las mismas circunstancias pueden ser también en otro caso aprovechadas por un perverso, que, encontrando imposible la fuga y la negativa, aproveche la presentación á la justicia y la confesión para obtener una reducción de la pena, en cuyo caso la atenuante tendría sólo la utilidad, poco importante para fundarla, de ahorrar la tarea de los funcionarios encargados de aprehender al criminal y comprobarle el delito. Quizás nuestra ley ha pensado que no debiera dejar tan exclusivamente á la voluntad del procesado ó del autor de un delito crearse por sus propios hechos una circunstancia atenuante posterior al delito: pero si debe propenderse á poner en manos de los tribunales los medios de ajustar la pena á las condiciones individuales del delincuente, y en atención al mayor número de circunstancias especiales, en que el hecho se produce, las expresadas atenuantes podrían haberse dejado á la discreción de los tribunales,



no para aplicarse forzosamente cuando apareciera producirse, sinó para aplicárlas facultativamente cuando apareciera necesario y justo.

**154.** El inciso 8º agrega: “ en los delitos que merezcan pena capital, cuando la causa dure más de dos años sin culpa del procesado ó de su defensor ”

Esta circunstancia no está consignada en el código español y trae su procedencia del código de Tejedor, que á su vez lo tomó del código de Baviera. Es como se ve, una circunstancia fundada en hechos completamente ajenos al delito y á la persona del delincuente. Pero si, como lo demuestro en otro lugar, el sentimiento de repulsión á la ejecución de condenas capitales crece en razón directa del tiempo transcurrido desde el delito, encuentro fundada y razonable esta disposición, aunque sea una de tantas que hacen completamente ilusoria la sanción de la pena de muerte.

**155.** El inciso 9º añade “ haber corrido la mitad del tiempo necesario para la prescripción del delito ”.

Esta disposición no tiene otro precedente que el proyecto de los doctores Ugarriza, Villegas y García, y no encontrándola en otro código, debo presumir que es original de aquella Comisión.

La regla dada es una consecuencia lógica de los principios en que se funda la prescripción, pues si ésta, en un término perentorio, puede operar la extinción completa de la pena, no parece razonable que un día antes de la expiración de ese término pudiera aplicarse la pena con todo su rigor.

Comentando el proyecto de aquella Comisión, el doctor Quiroga se expresa así: “ sin duda por su falta mis-



ma de antecedentes es que muchas veces la hemos oído criticar (la disposición referida) diciéndose que trae al Código una especie de prescripción extraordinaria de la voluntad criminal, lo que no es más que una benevolencia de parte del legislador.

“A nosotros desde el primer momento en que la vimos consignada en el proyecto nos sedujo, porque veíamos en esta medida una aplicación racional y legítima de la prescripción en materia de delitos.

“En la naturaleza misma del derecho de castigar se encuentra consignada esta verdad: para que el castigo sea legítimo y eficaz debe recurrirse a una represión inmediata que despoje á la ley de todo espíritu de venganza, porque el tiempo borra poco á poco los rastros del delito. Estas razones son un fundamento suficiente para considerar como una causa atenuante de los hechos ilícitos el tiempo transcurrido, el olvido que éste trae consigo, el daño social ocurrido hace tantos años y la dificultad, en fin, de constatar pasado un lapso de tiempo tan grande, toda la perversidad, toda la voluntad criminal del agente.

“Por otra parte, si transcurrido el tiempo que la ley fija se extingue por completo la voluntad criminal ¿qué inconsecuencia existe en decir que cuando ha transcurrido la mitad de ese tiempo el poder social se acercará en cierto modo al perdón, declarando una circunstancia atenuante en favor del infractor de sus leyes? Esto lo comprende la lógica y lo pide la conciencia.” (1)

Por mi parte adhiero á estas conclusiones que fundan suficientemente la disposición comentada.

(1) QUIROGA, *Delito y pena*, núm. 278.

## CAPÍTULO X

### DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

(Artículos 81 al 88)



156. Sistema del Código Penal en esta materia. — 157. Juicio sobre este sistema. — 158. Regla general del artículo 88 para la aplicación de las circunstancias agravantes. — 159. Circunstancia de agravación derivada del *parentesco del ofensor y de la víctima*. — 160. Circunstancia derivada del *respeto debido á la autoridad ó al lugar en que ejerce sus funciones*. — 161. *Desprecio de los ministros de una religión ó de lugar destinado al culto*. — 162. *Alevosia*. Disposiciones del código español y del proyecto Tejedor. — 163. La agravante de alevosía se refiere solamente á los delitos contra las personas. — 164. Necesidad del estudio completo de la alevosia en este sitio. — 165. Relaciones entre la alevosía y la premeditación en nuestro derecho y en la legislación comparada. — 166. Noción de la alevosía según nuestro Código. Su examen y crítica. — 167. *Premeditación*. Distinciones entre nuestra ley y el código español. — 168. Mi adhesión al sistema del Código. — 169. Examen de la *premeditación* en el proyecto Tejedor. Elementos que la constituirían. Jurisprudencia bajo el código Tejedor. — 170. Ni la noción de la premeditación bajo el código Tejedor, ni la jurisprudencia formada entonces tienen hoy autoridad. — 171. Elementos de la premeditación que no figuran en las disposiciones legales. — 172. El transcurso de tiempo entre el designio y la ejecución del delito, es, tomado aislada-





mente, un dato insuficiente de la premeditación y conduce á las mayores injusticias. — 173. La reforma introducida por nuestro Código facilita el acuerdo entre la ley y lo justo. — 174. La premeditación es agravante de todos los delitos. — 175. *Aumento deliberado del mal* causando otros innecesarios para su ejecución. — 176. Empleo de *astucia, fraude ó disfraz*. — 177. Comisión del delito por *precio, promesa ó recompensa*. — 178. *Ejecución por medio de veneno, incendio, descarrilamiento*, etc. Dificultades que puede ofrecer la interpretación de este inciso. — 179. Cometer el delito en ocasión de *incendio, naufragio*, etc. — 180. *Abuso de edad, superioridad y sexo*. — 181. *Prevalerse del carácter público que se invista*. — 182. Ejecución del hecho con *auxilio de gente armada ó en cuadrilla*, etc. — 183. Ejecución de *noche ó en despoblado*. — 184. Ejecución con *fractura ó escalamiento* de lugar cerrado. — 185. *Uso de armas prohibidas*. — REITERACIÓN Y REINCIDENCIA. — 186. Legislación comparada sobre la reiteración y la reincidencia. — 187. Marcha opuesta seguida por nuestros proyectos y por los códigos españoles en cuanto á definir la reincidencia. Necesidad de definirla. — 188. Consecuencias de no haberse definido la reincidencia. Divergencias de la legislación y de la doctrina sobre los conceptos de *reiteración y reincidencia*. Reincidencia *genérica y especial*. — 189. Motivo de las dificultades para legitimar esta agravación. — 190. ¿Debe imputarse la agravación sólo al reincidente en delitos de la misma especie? — 191. Sistema del Código. Reiteración: reunión de delitos no juzgados. — 192. Admite la reincidencia *general*, limitada, y la *especial*. — 193. Crítica de la limitación de la reincidencia general. — 194. Qué debe entenderse por *castigo anterior*, en el inciso 19 del artículo 84. — 195. Conveniencia de tener en cuenta el tiempo que medie entre los delitos. — 196. Crítica de la penalidad de la reincidencia. Medidas necesarias. — 197. Exposición del artículo 87.

**156.** En el capítulo precedente he dicho que las circunstancias atenuantes formaban con las agravantes una sola serie de hechos según los cuales se po-



día graduar la responsabilidad é individualizar la pena.

Se ha visto que el código Tejedor, adoptando el sistema del código de Baviera, consignaba las circunstancias que forzosamente producían una agravación de la pena, y declaraba los principios generales que debían observarse por los tribunales para la agravación prudencial.

El Código ha abandonado este sistema y adoptado en ésta materia el de una enumeración más ó menos completa, copiando casi textualmente el código español de 1850. En éste, el legislador, juzgando que su propia enumeración podría ser incompleta, puso un último inciso concebido en estos términos : *y últimamente cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga á las anteriores*. Esta disposición que había sido severamente criticada por los comentaristas españoles y suprimida por la reforma de 1870, no fué adoptada por nuestro Código, llegándose entonces á esta distinción fundamental para la interpretación de esta materia : las facultades de los tribunales para declarar la existencia de circunstancias atenuantes son amplísimas, pues no tienen por límite sinó la analogía que en su criterio encuentren entre el hecho propuesto como circunstancia atenuante y una de las especificadas ó derivadas de las causas de exención, según la regla del inciso 1º del artículo 83 ; mientras que la enumeración de las circunstancias agravantes es estricta y no puede declararse otras que las taxativamente enunciadas.

**157.** ¿ Ha procedido bien la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados en separarse del sistema del proyecto Tejedor que ella declaraba ser la base fundamental de su trabajo ? Es ésta una de las cuestiones más difíci-



les, y aunque por mi parte pienso que sea preferible la declaración de las reglas generales sobre la agravación de las penas, desde que los tribunales tienen por otra parte la limitación del mínimun y máximun de pena, no por eso pienso que pueda reprocharse á la Comisión el haber seguido fielmente á un código de tanta autoridad científica como el código español.

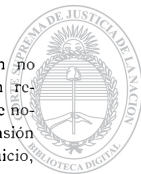
Para mí, el sistema de la enumeración taxativa tiene un inconveniente que nace de la naturaleza de esta materia y del lugar que en la economía del Código se le asigna. Hay por una parte, una distinción que podrá notarse fácilmente en la comparación de las circunstancias enumeradas como atenuantes y las consignadas como agravantes; y es ésta, que las unas tienen una raíz comunmente subjetiva, mientras que las otras tienen diversidad de fundamentos que son especialmente objetivos. Rigurosamente hablando, dice Pacheco, todas las causas de atenuación nos presentan en último análisis el propio origen. Su carácter verdadero, el de todas ellas, no es otro que la falta parcial de uno de los elementos del delito. Son razones incompletas de excusas que si fuesen completas justificarían; que, siendo como son, disminuyen la responsabilidad. La intención clara, íntegra, omnimoda de delinquir es la que no se encuentra en ninguno de estos casos: porque esa intención no puede suponerse, porque no la hay cuando tales hechos existen, es por lo que la ley ha debido mirarlos con esa también parcial indulgencia, con esa misericordia que es á la vez su plena justicia. No sucede lo mismo con las circunstancias agravantes; éstas se derivan de orígenes numerosos y se diferencian más en su proce-



der y en su carácter las unas de las otras. Unas vienen efectivamente de los subjetivos del crimen, como acabamos de ver en las atenuantes, de la intención más dañada, más perversa del que lo comete; otras del exceso del mal que causa, ó sea de la parte objetiva de aquélla; un tercer género, de la mayor alarma que se infunde en la sociedad: un cuarto, del respeto que se debe al lugar en que se delinque, á la situación social de que se goza, etc." (1). Resulta de aquí, que todas las circunstancias agravantes que tienen causas puramente objetivas se referirán á delitos determinados en que sea posible la existencia de los hechos que las demuestren, y estando como están consignadas en la parte general, darán lugar á dudas sobre su aplicación á otros delitos en los que, sin embargo, pueden no aparecer racionalmente como circunstancias de agravación. Esto mismo puede decirse, y acontecer efectivamente, tratándose de circunstancias agravantes en razón de la calidad de las personas ó del tiempo ó lugar en que el suceso se produce, dificultades que fueron notadas en la aplicación del código español de 1850, que el nuestro copia parcialmente, modificadas ó explicadas en algunos casos por el código reformado de 1870.

**158.** Haré notar aquí, por la influencia capital que puede tener sobre todas y cada una de las circunstancias agravantes enumeradas en el artículo 84, la disposición contenida en el artículo 88: " Los tribunales tomarán en cuenta las circunstancias expresadas en el artículo 84, teniendo en consideración la natu-

(1) PACHECO, obra citada, tomo 1º, página 252.



raleza y accidentes del delito". Esta disposición no estaba consignada en el código español sinó con relación á las circunstancias de ejecutar el delito de noche ó en despoblado; y su generalización ó extensión á todas las circunstancias agravantes, tiene, á mi juicio, tal importancia que puede obviar en parte los graves inconvenientes que podría producir la aplicación absoluta del artículo 84. He observado, sin embargo, que los tribunales no han dado á esa disposición toda la importancia que le atribuyo. Véase el caso siguiente: golpean la puerta de una casa á altas horas de la noche y rompen los vidrios de las ventanas; sale irritado el dueño y ve á cierta distancia un grupo de individuos que huye; dispara un tiro y hiere á uno de ellos. El tribunal de apelación le tuvo en cuenta la hora como circunstancia agravante. En mi voto como conjuer, dije: "La hora en que se consuma el delito no puede tenerse en cuenta como circunstancia agravante en los actos resueltos instantáneamente ó provocados; sinó en los premeditados. En aquéllos, el autor no ha buscado la hora ni la ocasión, y si se produce mayor alarma no le es imputable. A igual disposición que la del artículo 84, inciso 13 de nuestro Código, el español agrega: "Esta circunstancia la tomarán en consideración los tribunales, según la naturaleza y accidentes del delito". Si estas palabras no están agregadas al inciso respectivo del artículo 84 de Código Penal, es porque forman un precepto general para la apreciación de todas las circunstancias agravantes, en el artículo 88." La competencia de mis colegas me hizo pensar alguna vez si estaría yo equivocado en ésta solución, pero, meditando sobre ella, creo que es



tan indiscutiblemente verdadera, como conveniente el recordar en la declaración de circunstancias agravantes la regla del artículo 88 (1).

159. El artículo 84 empieza así: "Son circunstancias agravantes, *salvo disposiciones especiales*: 1° Ser el agraviado ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano ó afín, en los mismos grados del ofensor; estar éste obligado á un respeto particular hácia aquél por ser su tutor, superior, maestro, etc."

La primera parte del inciso es el número 1° del artículo 10 del código español, y la segunda parte procede del proyecto de los doctores Ugarriza, Villegas y García, que á su vez lo tomaron del código del Brasil.

La primera observación que ocurre es la de que en el encabezamiento del artículo se ha agregado las palabras "salvo disposiciones especiales", que no venían en el artículo copiado. Esa salvedad, dada su colocación, rige para todos los incisos; y, sin embargo, no aparece que convenga sinó al primero, que es, por el momento, objeto de este estudio. La disposición ha sido sugerida, sin duda, por las críticas justas y severas formuladas contra el código español de 1850, por haber incluido entre las circunstancias generales de agravación el parentesco, cuando, por una parte sólo puede justamente tenerse como agravante en los delitos contra las perso-

(1) En sentencia de 25 de Enero de 1888, el Tribunal Supremo de España declaró que si la circunstancia de que el hecho procesal tuviese lugar de noche no fué elegida ni procurada por los culpables, á sus fines, sinó puramente accidental, no cabe apreciarla como de influencia para determinar la responsabilidad penal. (Véase PANTOJA, *Anales*, 1888, página 146).



nas, y entonces constituye el delito especialmente penado por el artículo 94, cambiándose en ese caso la calificación en razón de la agravante, — en tanto que, pudiendo ser una causa de absoluta exención de responsabilidad criminal en los delitos de hurto, defraudaciones ó daños, se concibe que pueda también constituir una circunstancia atenuante; por ejemplo, en las injurias de superiores á inferiores. Esta consideración fué sin duda la que motivó en el código español la reforma de 1870, que consistió en agregar al inciso esta declaración: “Esta circunstancia la tomarán en consideración los tribunales para apreciarla como agravante ó atenuante, según la naturaleza y los efectos del delito”. Esta declaración está en lo propio, racional y justo, al dejar á los tribunales la facultad de declarar como circunstancia atenuante la que encabeza la serie de las agravantes; y aun sería conveniente añadir que, para ciertos delitos ó en ciertas circunstancias, pudiera el parentesco no tener influencia alguna en la medida de la responsabilidad, pues se concibe matemáticamente que para pasar del signo *más* al signo *menos* en una serie sin solución de continuidad, habrá necesariamente un punto á que convenga el signo de *igualdad*. Véase lo que al respecto, y aplaudiendo al código del Brasil, dice Pacheco en el comentario al inciso del código español: La relación concordante del código del Brasil nos parece más exacta y verdadera. Hay circunstancias agravantes, dice aquel, cuando el ofendido tiene la cualidad de ascendiente, de maestro ó de superior del delincuente ú otra cualquiera que lo coloca en la posición de un padre respecto al último. Esto es cierto é incues-



tionable, salvo en el caso de la lesión en los bienes que acabamos de presentar. Aquí no es sólo del parentesco, sino de éste unido con la superioridad, de lo que se deduce la agravación. Cuando el parentesco va sin ella no influye para el aumento de tales delitos: cuando, por el contrario, va unido á la inferioridad, lejos de agravar el mal lo atenúa. Un padre puede respecto á su hijo más que respecto á un extraño. Lo que hecho contra un padre será crimen horrible, hecho contra un hijo apenas traspasará los límites de lo tolerado. (1)

Conclúyese, pues, que en nuestro Código el parentesco será siempre circunstancia agravante, que, á mérito de la disposición del artículo 88, podrán los tribunales llegar á no tomar como tal: pero que en ningún caso podrá fundarse en él una atenuación de responsabilidad, lo que demuestra que son aplicables en este punto á nuestro Código las críticas que se formularon contra el código español de 1850.

**160.** Guardan analogía con la disposición que acabo de comentar, las siguientes que constituyen los incisos 15 y 16: "Ejecutarlo en personas que ejerzan autoridad pública ó en lugares en que estén ejerciendo sus funciones: verificarlo en la persona ó en desprecio de los ministros de una religión ó en lugares destinados al culto".

La primera disposición está consignada en el código español. Se funda en la necesidad de conservar el respeto á la autoridad pública como un medio de mantener el orden social. Esta disposición está, como

(1) PACHECO, *ib.*, pág. 215.





todas, sujeta à la disposición del artículo 88, y sólo se aplicará “teniendo en consideración la naturaleza y accidentes del delito”. Será, pues, necesario considerar si la persona que ejerce autoridad pública, ha provocado ó dado lugar al delito. El primer deber del que ejerce autoridad es respetar al particular. Le está confiada una misión de garantía de orden, de respeto, de gobierno; y es por ese motivo, y sólo por ese título, que merece à su vez mayor respeto, — que agrava el delito ó la ofensa de que se le haga víctima. Otra condición indispensable para la declaración de esta agravante es la de que el delincuente haya conocido ó podido conocer que la persona ofendida ejercía autoridad.

161. La ley extiende la agravante à los delitos cometidos en la persona ó en desprecio de los ministros de una religión, ó en lugar destinado al culto.

Dejo esta última parte que está generalmente apoyada por la autoridad de varios códigos, para limitar mis observaciones à la primera. ¿Por qué hace derivar la ley una agravante de *todos los delitos* de la calidad de sacerdote en la víctima? ¿Por qué extiende la agravación aún al caso de que el sacerdote no sea la víctima, bastando que se ejecute sin cuidarse de él ó *en su desprecio*? El código español no trae esta disposición que parece fundada en la que traía la ley romana: *atrocem sine dubio injuriam esse factam manifestum est, si tibi illata cum esses in Sacerdotio et dignitates habitum et ornamenta preferres*, etc. Comprendería que fuera circunstancia agravante de una injuria ó daño ó lesión inferida à un sacerdote ó ministro de cualquier culto si fueran inspiradas en odio à su empleo, pero no comprendo que el que roba à un

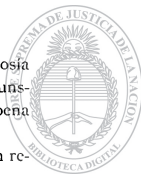


ministro del culto sea más ladrón que el que roba á un particular. No hay ninguna razón para crear un respeto especial á la dignidad del sacerdocio. Si por lo general es digna la persona del ministro de un culto, ello no obsta á que la excepción sea posible; y sería en todo caso la dignidad personal del que lleva el hábito ó desempeña la función sacerdotal lo que sería digno de mayor respeto, y no la calidad de sus funciones. El que hiere en una disputa á un clérigo pendenciero y procaz, no es más culpable que si en las mismas condiciones hiere á un particular cualquiera. A mi juicio, no ha habido motivo fundado para cambiar la expresada disposición por esta otra más amplia, general y justa del código español: “ejecutar el hecho con ofensa ó desprecio del respeto que por la dignidad, edad ó sexo mereciere el ofendido, ó en su morada, cuando él no haya provocado el suceso”.

**162.** El inciso 2º dice: “ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra á traición ó sin peligro para el agresor”.

El código español de 1850 decía: “cuando se obra á traición ó sobre seguro”. El de 1870 dice: “Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos *contra las personas*, empleando medios, modos ó formas en la ejecución, que tiendan directa y especialmente á asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido”.

En el código Tejedor la alevosía calificaba el homicidio y consistía en dar una muerte segura, fuera de pelea ó riña, de improviso y con cautela, tomando desprevenido al paciente”.



Para nuestro Código tiene tal influencia la alevosía en el homicidio que, no concurriendo alguna circunstancia atenuante, determina la aplicación de una pena fija: la de muerte.

**163.** Por lo pronto, y no obstante la generalización resultante de la colocación de esta disposición, pareceme indiscutible que la agravante existe sólo en los delitos contra las personas, como lo dice el código español de 1870. “En lo demás, dice con propiedad Groizard, ó no se concibe su intervención, ó constituye un delito especial, ó va de tal modo inherente al hecho que sin la concurrencia de ella no pudiera haberse cometido el delito penado”.

**164.** He dicho que para nuestro Código la alevosía califica el homicidio. No estando definida en el artículo 95 la alevosía que de tal manera influye en ese delito especial, el concepto que allí tiene tal circunstancia es el mismo del inciso que me preocupa, y esto motiva la necesidad de su estudio completo en este sitio.

La primera observación que ocurre, examinando el artículo 95, es la de que hace de la alevosía una circunstancia que califica el homicidio, y separándose del código precedente y del modelo, no considera la premeditación como circunstancia que agrave *especialmente* el delito de homicidio.

**165.** ¿Es la alevosía una circunstancia independiente de la premeditación? ¿Es una circunstancia más grave?

Con arreglo al texto de nuestro Código la afirmativa en ambas cuestiones es indudable. Con arreglo á las ideas comunmente aceptadas, invocadas en el foro y decla-



radas en las sentencias, también. Pero conviene observar que la idea de la independencia de ambas circunstancias tiene su raíz en el texto del código Tejedor, que las distinguía con la disyuntiva ó.

En la jurisprudencia francesa, la alevosía (*guet apens*) supone la premeditación, y la Corte de Casación ha declarado que la supone esencialmente y que, por consiguiente, la declaración del jury, estableciendo que ha habido alevosía, pero que no ha habido premeditación, contiene una contradicción que destruye sus partes substanciales y le quita todo sentido y todo resultado. Esta jurisprudencia se funda en el texto del artículo 298 del código penal: la alevosía consiste en esperar más ó menos tiempo en uno ó varios lugares á un individuo, sea para darle muerte, sea para ejercer en él actos de violencia.

El código belga suprimió el artículo del código francés que definía la premeditación: debía igualmente suprimir el artículo relativo á la alevosía, que es una forma particular de la premeditación (1).

El código penal belga dice simplemente: “el homicidio cometido con premeditación será calificado de asesinato y castigado con la muerte”.

El nuevo código italiano no ha hecho mención de la alevosía, y su autor explica por qué: “Conviene observar dice, que el proyecto actual ha rechazado las dos formas de homicidio con alevosía (*agato*) y homicidio á traición (*proditorio*), que por imitación desgraciada del código penal francés se encuentran inscriptas bajo el

(1) NYFELS, *Code pénal interprété*, tomo 2º, página 277.



título del *asesinato* en el código de 1859. Y ésto por la consideración de que la alevosía y la traición, á la vez que en el mayor número de casos son formas de la premeditación, no tienen un carácter tan grave y propio que merezca una calificación jurídica especial”.

En cuanto á la distinción que en el derecho italiano habia entre el homicidio á traición y el homicidio alevoso (*proditorio, con aguato*) he aquí cómo se expresa Carrara: “ Hay ocultamiento moral, cuando el enemigo ha ocultado el ánimo hostil, simulando la amistad. Del enemigo que nos asalta amenazador podremos ponernos en guardia y aun alcanzar á defendernos, pero del enemigo que nos asalta con la sonrisa en los labios es imposible prevenirnos... Este es el homicidio que se llama *proditorio*. El ocultamiento de la persona que se llama alevosía (*aguato*) se tiene cuando, para agredir á la víctima, el asesino se ha ocultado para esperarla y hirla de improviso ” (1). Esto recuerda los términos “ de improviso y con cautela ” del código Tejedor.

166. Nuestro inciso explica la *alevosía* sirviéndose del concepto á *traición*. “ A *traición* es, para el diccionario, un modo adverbial que equivale á alevosamente, faltando á la lealtad ó confianza, con engaño ó cautela ”. Pacheco entiende por ésto que la alevosía en el código de 1850 envuelve la misma idea que la *emboscada* del código brasileiro y el *guet apens* del francés (2). El primero dice que hay circunstancia agravante “ cuando el crimen ha sido precedido de una emboscada en uno ó muchos lugares,

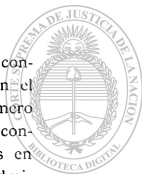
(1) CARRARA, *Programma*, § 1161.

(2) PACHECO, obra citada, tomo 1º, página 218.



con la esperanza de que cayera en ella el ofendido". El segundo lo he transcripto hace un momento.

La traición tenía, por las leyes que nos regían antes del Código, un concepto distinto de la alevosía: según la ley 2ª, título 17, libro IV, Fuero Real, el traidor y el alevoso tenían pena de muerte, y agregaba: *e todo lo del traydor hayalo el rey, y del alevoso haya la meitad el rey e la meitad los herederos*. Esta distinción entre el traidor y el alevoso recuerda la explicación de Carrara llamando ocultamiento moral á la traición y ocultamiento de persona á la alevosía, y se comprende que la ley citada del Fuero Real fuera más severa con el traidor que con el alevoso, pues que es más vituperable la insidia del que para matar simula amistad, que la del que se oculta para esperar el momento en que pase su enemigo. De todo esto resulta que no hay acuerdo en la legislación general ni sobre el concepto ni sobre la importancia de la alevosía: y que esto explica la necesidad que tuvieron los redactores del Código de aceptar una definición legal de la alevosía. Pero ¿por qué tomaron la del código español de 1850, con la sola sustitución de las palabras *sobre seguro* por estas otras, *sin peligro para el agresor*? ¿Por qué no aceptaron la definición del código vigente en España desde 1870? El código de 1850 había sido ocasionado á dudas y vacilaciones en la jurisprudencia, y como á la vez había sustituido la conjunción y que traía el código de 1848, por la disyuntiva ó, sucedió, como dice Groizard, que partiendo unos tribunales del supuesto de que se exigía la concurrencia de dos condiciones distintas para la declaración de la circunstancia agravante, según la redacción primitiva, ó par-



tiendo del no menos falso supuesto de que no debía considerarse comprendido entre los casos de traición el obrar sobre seguro, desde que al reformarse el número se colocó la partícula disyuntiva *ó* donde antes se encontraba la conjuntiva *y*, nacieron distintas opiniones en la aplicación de la ley, que, con desprestigio de la administración de justicia, vinieron á desigualar en el castigo á reos convictos de iguales delitos cometidos, sirviéndose de unos mismos medios y con idénticas formas" (1).

¿ La locución *á traición* alcanza á explicar la alevosía ?  
¿ La explican los términos *sin peligro para el agresor* ?  
¿ Son una y otra forma explicativas del concepto principal, ó se refieren á situaciones distintas que pueden ser casos de una sola especie ?

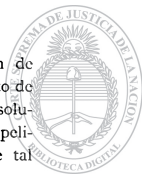
Pienso, como el autor citado, respecto del comentario del código de 1850, que las frases *obrar á traición*, *obrar sobre seguro*, ni para el común de las gentes ni para los jurisconsultos expresaban ideas más claras, más fijas, más concretas, más determinadas que la misma palabra alevosía. Si la ley no se hubiera empeñado en definir ésto, al menos si no lo hubiera hecho como lo hizo, estamos persuadidos de que hubiera sido en todas partes más fácil y uniforme su aplicación. No puedo decir cuál ha sido entre nosotros la interpretación dada por los tribunales al inciso de que se trata, dado el corto tiempo que lleva de aplicación el Código, y la escasísima publicidad que tienen entre nosotros los fallos de los tribunales: pero es de presumir que análogas dificultades á las que presentó la aplicación del código español, pue-

(1) GROIZARD, *El código penal de 1870*, tomo 1º, página 383.



de presentar el nuestro. Considérese que los términos *sin peligro para el agresor* se refieren á una situación ó á un conjunto de circunstancias que puede ser tanto ó más común en los delitos resueltos instantáneamente que en los premeditados ó preordenados. Un acceso de ira, un arranque de indignación producido con ó sin provocación pueden determinar el empleo de violencias que produzcan lesiones ó la muerte del agredido, sin que éste hubiera tenido tiempo ni medios de ofrecer una resistencia que pudiera importar un peligro para el agresor. Supóngase aún el ejemplo que trae Carrara de un cazador que esté acechando una presa y al ver cruzar á su enemigo hace fuego y lo mata. Tendríamos en este caso homicidio con alevosía, y probablemente sin circunstancias atenuantes, que sería castigado con la pena de muerte. Esta sería la aplicación estricta del código penal, desde que la falta de premeditación no es una circunstancia atenuante, por no poder deducirse de ningún texto legal. Tendríamos así, un concepto de la alevosía mucho más severo que el que calificaba de asesinato el homicidio en el código Tejedor. En éste era necesario que se diese muerte segura, esto es, sin peligro para el agresor, fuera de pelea ó riña, de improviso y con cautela, tomando desprevenido al paciente, y la jurisprudencia de los tribunales había ya establecido que la alevosía no podía declararse sin el concurso de todas estas circunstancias. El concepto de la alevosía que así resulta de nuestro Código, choca evidentemente con el criterio que tenemos formado de la gravedad relativa de los delitos. El hecho de arrojarse inopinadamente sobre un individuo, por resolución ins-





tantánea y herirlo sin peligro propio, es un crimen de gravedad; pero no creo que le convenga el concepto de alevoso cuando de la misma instantaneidad de la resolución aparezca que la existencia ó no existencia de peligro para el agresor ha sido una circunstancia de tal manera indiferente para éste que no ha influido en su determinación; y sin embargo el texto no daría lugar á otra calificación, y los tribunales inventarían una circunstancia atenuante para no imponer al delincuente una pena igual á la de otros delitos cuya gravedad relativa sería mucho mayor según el criterio corriente.

Tomar, pues, la ausencia de peligro para el agresor como norma del concepto de la alevosía, es extender éste á límites que no armonizan con los precedentes legislativos y de lenguaje que traen unida á la idea de alevosía las de perfidia é insidia. Si no se hubiera definido la palabra, los tribunales declararían, con estas ideas, *alevoso* el homicidio *á traición, pèrfido ó insidioso*; y si alguna definición quería darse para fijar un concepto sobre el que tanto difieren la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, la definición del código español de 1870 podría haberse admitido como muy superior á la del código de 1850, la que es también inferior á la que el código Tejedor traía en el título *del asesinato*.

**167.** El inciso 4º dice: “obrar con premeditación”. El código español dice “obrar con premeditación conocida”. Como se ve, la diferencia no es fundamental. La calificación que hace el código español es quizás redundante. Por sabido puede callarse que sólo la premeditación conocida puede comprobarse como circunstancia agravante, desde que lo único que se presume por la ley



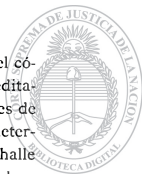
es la voluntad criminal que puede existir con ó sin la premeditación, y que es, en consecuencia, distinta de ella.

Otra diferencia con el código español es la de hacer de la premeditación una circunstancia agravante de la generalidad de los delitos, sin darle influencia determinada ni aún respecto del homicidio. En este punto se separa también del código Tejedor y de la generalidad de los códigos penales. Recuérdese la distinción del código Tejedor entre el homicidio simple y el premeditado que importaba la calificación de asesinato: larga sería la lista de los códigos que traen análoga distinción.

**168.** ¿Es digna de censura ó de aplauso ésta atrevida discordancia con la generalidad de las legislaciones? Por mi parte, así como acabo de criticar la timidez del Código que ha copiado malamente al código español de 1850 al definir la alevosía y que ha hecho de ésta circunstancia mal definida una causa general de agravación de todos los delitos, cuando sólo merece tenerse en cuenta en los delitos contra las personas, debo manifestar mi adhesión sin reservas al sistema que adopta en cuanto á la premeditación.

**169.** Pero no podría dar yo los fundamentos de esta adhesión sin explicar previamente cuál es el concepto que admito de la premeditación.

Desde luego, se observa que la palabra no aparece definida en la ley. Es ésta otra disidencia con el proyecto del doctor Tejedor. Para éste, la premeditación en el homicidio consistía en el “*designio formado de antemano* de atentar contra la persona de un individuo cierto ó in-



cierto ". Esta definición tenía sus precedentes en el código francés y en el del Brasil : " Consiste la premeditación, dice el primero, en el designio formado antes de la acción de atentar contra la persona de un determinado individuo ó contra la de cualquiera que se halle ó encuentre, aun cuando éste designio dependa de alguna circunstancia ó condición ". El segundo dice : " cuando el delincuente ha obrado con premeditación, esto es, habiendo formado antes de la acción el propósito de ofender á una persona determinada ó indeterminada. Hay premeditación cuando entre el proyecto y la acción han transcurrido más de veinticuatro horas ".

Según la letra del texto lo que caracterizaba la premeditación era simplemente el *designio formado de antemano* de atentar contra una persona. No había sinó estos dos elementos de la premeditación : resolución de cometer el delito ; transcurso de tiempo entre la resolución y la ejecución.

Verdad es que, estudiando la nota en que el autor del proyecto comentaba, con Chauveau, el artículo de la premeditación, se leía estas palabras : "la premeditación supone que el agente *obra de sangre fría*, porque delibera antes de obrar, madura y prepara el proyecto : su pensamiento *no es oscurecido por ningún impulso apasionado* ; la reflexión ha enfriado el impulso ". Pero, á continuación de estas palabras, que podían importar la idea de un tercer elemento constitutivo de la premeditación, no consignado en la definición, que al designio y al tiempo se uniera la reflexión fría, se lee estas otras : " Por otra parte, la premeditación no supone que el crimen se haya combinado necesariamente de sangre fría. Supone sólo



que ha precedido la reflexión, que no es el resultado del primer movimiento".

La jurisprudencia debía prescindir de estas contradicciones, y atenerse al texto con los dos elementos que constituían el concepto legal de la premeditación. Así lo hizo, y reconoció invariablemente que el mero transcurso de tiempo entre la resolución y la ejecución, indicaba la existencia de la premeditación.

**170.** Esta idea de la premeditación, que tiene su raíz en la legislación anterior y la jurisprudencia constante, tendrá entre nosotros ese poder de la costumbre, esa autoridad del hábito que es tan difícil vencer, máxime cuando corre con cierta autoridad agregada al actual inciso copiado del código español, la nota de Tejedor al artículo de su código. Pero nótese bien esto: la fuente de las dos disposiciones es distinta; el texto es distinto y distinto es el sistema adoptado en la materia. Puede afirmarse, pues, de una manera terminante, que nadie está ligado á formarse de la premeditación el concepto nacido de la definición del código Tejedor y de la jurisprudencia que la aplicó. La ley vigente no ha definido la palabra, y ha hecho bien en no definir la idea de un hecho psicológico, cuyo conocimiento es más ó menos vulgar, y cuyo estudio íntimo corresponde á la doctrina y á la filosofía.

**171.** Ahora bien; buscando el concepto de la premeditación en el campo psicológico, debe forzosamente hallarse elementos que no figuran en las definiciones legales. No todo designio formado de antemano puede llamarse premeditación. El tiempo que media entre la resolución y la ejecución puede ser un dato que haga



presumir la existencia de la reflexión ; pero es desconocer la naturaleza de las cosas, afirmar que la implique necesariamente ; y más irracional es aún dar una medida exacta de tiempo que determine la existencia de la premeditación, como lo hace el código del Brasil. Comprendo la premeditación “ cuando el pensamiento no es oscurecido por ningún impulso apasionado, cuando la reflexión ha enfriado el impulso ” ; pero adhiero á todos los que protestan que el tiempo transcurrido no prueba la reflexión tranquila.

**172.** Un dato que conviene apuntar antes de continuar este examen, y que nos dará la medida de los errores judiciales respecto de la premeditación es este : la preexistencia del designio se deduce de la preexistencia del motivo ó causa originaria del delito. A injuria á B ; éste no puede vengar la ofensa inmediatamente y trata de olvidarla ; pero las consecuencias de la injuria crecen, la calumnia se extiende ; la consideración social de que B gozaba disminuye rápidamente, en tanto que la injuria inferida por A levanta á éste en la opinión ; B percibe este hecho ; la imaginación y la sensibilidad le dan proporciones enormes ; no encuentra ya labios amigos en que no crea percibir una sonrisa irónica ; no hay frase que no le hiera, y la acción más inocente la cree indirectamente dirigida á burlarlo. Más aún, un día confiesa á alguien su desesperación, el odio que hincha su pecho y deja escapar amenazas de muerte contra A. Si estudiamos íntimamente el proceso psicológico que se desenvuelve en aquella alma afligida, encontramos la lucha tenaz que en ella se libra entre los motivos que impulsan al homicidio y los que alejan del delito : un



nombre sin mancha, una vida honrada, un horror instintivo á mancharse las manos con sangre, el cariño á sus hijos, y en algunos casos el temor de la pena y el miedo del escándalo. En un momento dado aparece definitivo el triunfo del impulso á delinquir: B se dirige á comprar una arma, va en busca de A y lo mata.

Ahora bien : dados los precedentes legislativos ; dada la jurisprudencia fundada en ellos : dada la doctrina deducida de una y otra, y harto generalizada entre nosotros ; dado el hábito de mirar estas cuestiones, al aplicarlas judicialmente, del punto de vista formal de una definición, lejos de considerar el caso psicológico, es casi indudable que nuestros tribunales tomarían en consideración : 1° que entre la ofensa de A y el delito de B, había transcurrido un mes ; 2° que entre la amenaza de muerte que pronunció B y la ejecución, pasaron quince días ; 3° que entre la compra del arma y el uso de ella, hubo seis horas. Con estos tres elementos se declararía *indudable* la premeditación.

Compárese ahora el caso propuesto con las circunstancias imputadas por la crónica á Luis Castruccio. Concibe éste la idea de robar á una compañía de seguros sobre la vida. Para esto se instruye detenidamente de los estatutos de la compañía, busca pacientemente la víctima que ha de sacrificar, elije el medio más seguro de producir la muerte sin ser descubierto ; estudia con empeño, en los libros de química, las propiedades y efectos de los venenos ; estudia las leyes y reglamentos del registro civil sobre las formalidades de la prueba de defunción ; hace testar á su víctima : todo lo hace con inteligencia, método y prolijidad ; administra el veneno



y mata. Podrá constituir Castruccio, como lo ha calificado el doctor Drago, uno de los ejemplares más caracterizados del tipo á que Lombroso llama *maloide* (1): podrá la antropología encontrar que esa predisposición al delito razonado y *científico*, como el mismo delincuente lo llama, tiene su causa originaria en la naturaleza física del individuo: pero ¿qué hecho del mundo moral no tiene su antecedente en el mundo físico? En el caso propuesto, el mismo autor reconoce que el asesino está muy lejos de ser un alienado, en el *sentido vulgar de la palabra*.

De la comparación de los dos ejemplos resulta que, si la premeditación no debe deducirse de circunstancias extrínsecas que pueden tener relación directa con el delito, pero que no demuestran necesariamente que se haya procedido con reflexión, sería monstruoso colocar en la misma línea de responsabilidad á aquel para quien el transcurso del tiempo es sólo un motivo que aumenta las causas morales del impulso á delinquir, sin que pueda imperar la reflexión tranquila, y aquel que por el incentivo del lucro reúne con meditado estudio todos los elementos que han de producir el delito y los medios que han de servir para ocultarlo y asegurar el éxito. Entre el tipo del ofendido que describí y el de Castruccio, que acabo de citar, media un abismo: y sin embargo los delitos cometidos por uno y otro serían igualmente calificados de homicidio con premeditación, prescindiendo de la agravante del medio empleado por el segundo.

**173.** Vese, pues, de lo expuesto, cuán injusta é infun-

(1) DRAGO, *Los hombres de presa*, página 194 de la 1ª edición.



**dada** sea la ley, la jurisprudencia y la doctrina que no consideren para la declaración de la premeditación sino la preexistencia del designio y un transcurso más ó menos breve entre éste y la ejecución. Vese en consecuencia cuán oportuna y razonable es la reforma introducida por nuestro Código, primero, no definiendo la premeditación y dejando á los tribunales la facultad de buscar sus elementos en el estudio detenido del ánimo del delincuente, y segundo, quitando á la premeditación el poder de calificar especialmente el homicidio, y dejándolo como una causa general de agravación en todos los delitos. Pero es también necesario que á este cambio de la ley suceda un cambio de la jurisprudencia: que los tribunales se aperciban que el código Tejedor ha sido derogado; que ya no rige la definición que daba de la premeditación, y que hay que olvidar los elementos formales de una legislación extinguida para buscar en otro terreno el concepto de la premeditación. La ciencia marcha por el camino de la observación real de los hechos, y esa es la nueva vía abierta por nuestro Código á los magistrados para la aplicación más racional de la penalidad. Aparte de otras publicaciones que tratan accidentalmente la materia, en las cuales podrá encontrarse una fuente fecunda de sana doctrina, merece especial recomendación la importante monografía de Bernardino Alimena (1).

**174.** Otra observación ya indicada, pero en la que conviene insistir, es la de que la premeditación es una

(1) *La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto, alla legislazione comparata, per l'avvocato Dott. BERNARDINO ALIMENA, Torino, 1887.*





agravante de la generalidad de los delitos y no un motivo de diferenciación en el solo delito de homicidio, como lo consideran la generalidad de los códigos y de los autores, incluso el último y notable código penal de Italia. Por más que en algunos delitos y en ciertas circunstancias, pudiera aparecer como un elemento constitutivo del hecho delictuoso, y no fuera posible volverla á computar como causa de agravación, es indudable que aún en el delito de hurto, en que la premeditación podría considerarse comprendida en el hecho, hay que reconocer que existe alguna diferencia entre el que es concebido en una ocasión imprevista y el buscado, estudiado y meditado, especialmente cuando el autor del hecho no hace profesión del robo.

**175.** El inciso 3º coloca entre las circunstancias de alevosía y de premeditación la de aumentar deliberadamente el mal, causando otros innecesarios para la ejecución.

Es esta circunstancia la que bajo la denominación de ensañamiento calificaba el homicidio en el código Tejedor: “aumentando deliberada é inhumanamente el dolor del ofendido”. Bajo el mismo nombre de ensañamiento la consigna el código español, cuyo texto tomó el doctor Tejedor.

De la comparación de los tres códigos resulta: 1º que en el código español la agravante de que me ocupo, es general, y es especial para el homicidio; 2º que en el código Tejedor es solamente especial en el homicidio; 3º que en el Código vigente es general y no *especial*. Consignada en la parte general, no podía conservársele la denominación de ensañamiento á esta circunstancia

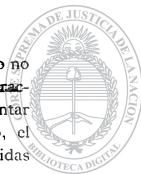


agravante, pues que el uso de la palabra es más propio tratándose de ofensa á las personas que de ofensa á los bienes, y la circunstancia de que se trata conviene á uno ú otro género de delitos.

Puede tenerse presente para la inteligencia de esta disposición los comentarios á idéntica disposición del código español. Para evitar todo abuso en la aplicación de esta agravante, dice Groizard, exige la ley la concurrencia de ciertas condiciones. “Es la primera que el mal del delito se aumente *deliberadamente*, es decir con conciencia de que así se hace, con voluntad de hacer sufrir á la víctima innecesariamente, con la crueldad refinada de aumentar sus padecimientos. Cuando esto sucede, la maldad toca su último limite, la pena debe elevarse. Pero si el aumento no es deliberado y se debe á accidentes ó circunstancias extraordinarias que no son hijas de la voluntad intencionada del culpable no nace la circunstancia agravante.

“El segundo requisito consiste en que el mal que se aumente sea innecesario. Si se considera preciso para la realización del hecho punible, si puede estimarse como parte de lo que el reo juzgó indispensable realizar para la consumación de crimen que se propuso, no puede decirse que la agravación existe.

“Es muy frecuente aplicar mal esta circunstancia tratándose de algunos homicidios, sobre todo cuando se infieren á la víctima muchas y graves heridas. Los que en vista de un cadáver cosido, como vulgarmente se dice, á puñaladas, estiman siempre que ha habido ensañamiento, pues no otra cosa es la circunstancia que examinamos, no van acertados. Muchas lesiones podrán



ser un indicio de la agravante **que estudiamos** ; pero no es prueba bastante de que ha intervenido. Lo que **caracteriza aquí el aumento de responsabilidad** es el acrecentar deliberadamente, con males innecesarios al delito, el sufrimiento de la persona ofendida. Muchas heridas pueden ser causa precisamente de un sentimiento contrario al que determina la agravación de este número. Exígesse aquí, y se requiere severidad, sangre fría, el dominio sobre sí del malvado, nada de aturdimiento ; si se trata de matar, *matar despacio*, complacerse en la agonía, alargándola. Pues bien ; en la mayor parte de los casos los que causan muchas heridas, lo que desean es acabar pronto ; la furia los ciega ; consumir el homicidio instantáneamente : tal es el pensamiento que por regla general los domina" (1). Pacheco había dado ya con anterioridad una explicación análoga.

Si tal es el alcance que tiene la disposición del inciso 3°, se comprende bien que haya bastado colocarla como circunstancia general de agravación.

**176.** La circunstancia agregada en el inciso 5° podría muy bien considerarse comprendida en la alevosía. *Emplear astucia, fraude ó disfraz*, es sólo uno de los medios á que puede recurrir el que quiere obrar á traición. Lejos de ser conveniente esta redundancia de la disposición sobre la alevosía, puede resultar esta aplicación : que en casos en que los hechos indican que se obró á traición y se aplicaría la agravante de alevosía, habiéndose consumado la traición por medio del disfraz, sea esta circunstancia agravante de menor importancia la que pueda

(1) GROIZARD, obra citada, tomo 2°, página 397.



tenerse en cuenta. **En cuanto á que el disfraz sea** por sí mismo una causa de agravación, y no un simple hecho que pueda contribuir á indicar la premeditación ó la alevosía, hay opiniones autorizadas en contra. Así, observa con razón Carrara, el disfraz no dificulta la defensa personal del agredido; al contrario, generalmente le advierte de la agresión. Sería, pues, necesario distinguir entre el disfraz usado en las épocas en que los reglamentos locales lo permiten, y el usado en los tiempos en que está prohibido.

**177.** El inciso 6º agrega: cometer el delito por precio, promesa ó recompensa.

Esta circunstancia agravante es otra de las que se especializan para calificar el homicidio, así en nuestro Código como en los dos que tuvieron presente los codificadores.

La índole moral del impulso á delinquir es ciertamente un criterio de la mayor importancia para alcanzar la medida de la responsabilidad. Entre el que obra exasperado por un conjunto de circunstancias que le producen un furor extremo ó un temor insuperable y el que ejecuta el delito por el vil estímulo del lucro, media tal distancia que la conciencia más ruda la percibe con extrema facilidad. Por otra parte, en el que obra por precio va contenida generalmente la premeditación y con frecuencia la alevosía.

Se concibe, sin embargo, que en determinadas circunstancias el precio puede no concurrir con la premeditación y con la alevosía. Si repentinamente le ofrecen á un mal sujeto una suma de dinero, para que en aquel acto, inmediatamente, ejecute el delito, puede resolverlo



y ejecutarlo sin premeditación. Más aún, la premeditación del mandante, siendo una circunstancia íntimamente personal, no podría ser comunicada al mandatario.

Se comprende entonces que si es posible la concurrencia del precio con la premeditación, la concurrencia del precio con la alevosía, la coexistencia del precio, de la premeditación y de la alevosía, ó la existencia de aquél sólo sin estas otras, la graduación de la responsabilidad en los distintos casos debe admitirse.

En cuanto á la extensión de la interpretación de esta agravante, Pacheco previene que no se dé á la palabra recompensa una significación que no tiene en la ley y que no debe creerse que por ella obre quien se lanza á cometer el crimen para gozar después de lo que se promete á sí mismo en su imaginación ó en sus cálculos. Los casos de este artículo suponen siempre un mercado, una persona que paga ú ofrece, y otra persona á quien se le ofrece ó paga" (1).

**179.** El inciso 8º consigna una agravante que resulta del medio empleado en la ejecución del delito. He aquí su texto: "Ejecutarlo por medio de veneno, incendio, inundación, descarrilamiento, explosión ú otros medios que puedan ocasionar mayores estragos ó daños, sea á la persona objeto del delito ó á otras".

A pesar de imponerse tan naturalmente á la conciencia la gravedad de todos estos medios de ejecución, no es de fácil explicación la importancia de este inciso.

Salvando los casos especiales, con arreglo al texto del

(1) Obra citada, tomo 1º, página 219.



encabezamiento, ¿á qué delitos puede aplicarse estas agravaciones para los delitos en general? Véase el primero de los medios enunciados: el veneno. Con él se puede causar sólo dos clases de delitos: en las personas y en las cosas: el homicidio por el envenenamiento y el daño empleando sustancias venenosas. Los dos son objeto de disposiciones especiales (art. 95, inc. 1<sup>o</sup>; artículo 220, inciso 3<sup>o</sup>). No veo en la lista de los hechos criminosos otro en que el veneno pueda ser medio de ejecución. Otro tanto sucederá con respecto á cada uno de los demás medios enumerados en el inciso: ó constituirán un delito especial ó serán medios de ejecución de delitos ya tomados en consideración en la calificación legal respectiva.

Si recurrimos á los comentarios del código español, fuente de este inciso, no conseguiremos mayor aclaración. El breve comentario de Pacheco sólo consigue aumentar las dudas. Considera el empleo de los medios expresados como circunstancia que demuestra la alevosía, porque están, en consecuencia, comprendidas en esta agravante; y agrega que también están evidentemente incluidas en esta otra: ejecutar el delito como *medio* de perpetrar otro. Cómo ¿no es ya de medios de ejecución constitutivos de circunstancias agravantes de lo que se trata, sinó de delitos perfectos que sirven de medio de ejecución de otros delitos? Y efectivamente; si por medio del veneno ó del incendio sólo puede cometerse delitos en que este medio de ejecución ya está tomado en cuenta por la ley en la parte especial, es evidente que la ley ha tenido que referirse á *delitos* ejecutados como medio de consumir otro, aunque esto no



lo haya dicho tan expresamente como el código español de 1850. Nuestro Código no ha transcripto la agravante de “ejecutar el delito como medio de perpetrar otro”; pero si por el veneno no puede causarse otros delitos que los de homicidio y daños, ya definidos, el inciso forzosamente ha tenido que referirse á estos delitos como medio para realizar otros.

Ahora bien; si cualquiera de las circunstancias expresadas, aun constituyendo delitos especiales, es circunstancia agravante de otros delitos, habrá aquí una grave cuestión que exáminar. Se puede tener dos órdenes de delitos que sirvan de medio de ejecución de otros: delitos *menos* graves, preparatorios de delitos *más* graves, delitos *más* graves, preparatorios de delitos *menos* graves. Si en el primer caso se concibe con facilidad que el *medio* pueda ser una circunstancia agravante del *fin*, alarma que un medio terrible no tenga otra represión que la del máximun de un fin de corta entidad. Supóngase el caso de Castruccio, para no pedir uno á la imaginación: el envenenamiento de Bouchot era el *medio*; la estafa por diez mil pesos á la compañía de seguros, era el fin. En atención á la gravedad del *medio* empleado, podría agravarse la pena de la estafa hasta el máximun: seis años de presidio. Entre tanto el envenenamiento consumado como medio de fin que no era delito (evitar el escándalo con que una mujer amenaza á un sacerdote: caso de Castro Rodriguez), aparece castigado con pena de muerte, salvo el concurso de circunstancias atenuantes; y con éstas, con pena no menor de diez años de presidio.

Pacheco trata esta cuestión estudiando el inciso 11



del artículo 10 del Código de 1850, “ejecutar el delito como *medio* de perpetrar otro”. Proponiéndose el estudio de los dos órdenes de proporción mencionados, reconoce la diferencia profunda que los separa, y dice: “¿Será sin embargo una misma la disposición de la ley? ¿Hablará igualmente de uno y otro caso? Ciertamente que *en sus palabras no hay ninguna distinción*; pero, investigando *su espíritu y sus razones*, quizás no es imposible encontrarlas y establecer *por consiguiente un diverso derecho*.”

“La razón de la ley es que, tanto en la intención como en la alarma, se encuentra mayor cantidad de males cuando al delito cometido iba á seguir otro, que cuando terminaba en él el propósito del delincuente. La parte moral era más extensa; el peligro social lo era del mismo modo; la agravación de la responsabilidad y del castigo seguíanse de ahí como consecuencias naturales y forzosas.

“Estas consideraciones son justas cuando el delito cometido es menor que el deseado. Cuando se injuria como medio para matar, no tiene efectivamente réplica, Para la conciencia y para el mundo es más temible, más repugnante, más criminal, el que injuria con ese segundo fin, que el que lo hace sin esa dañada intención. Aquí la razón aprueba la ley. Mas, no sucede lo mismo en el caso contrario. Quien mata para robar, ni es más criminal en sí propio, ni causa más alarma que el que mata como término de sus intentos. La gravedad de aquella acción no puede aumentarse por otra que no la iguala. En su mayor tamaño, en su más ancha esfera, se eclipsa y pierde un propósito ménos atendible. Lo





hecho es mayor que lo que restaba por hacer. ¿Qué importa, pues, ésto, ni cómo ha de ser circunstancia agravante? Falta la razón de la ley, y nada empeece por consiguiente, el que no haya distinguido. La ciencia distingue como en tantos otros casos.

“En resumen, son tres de estos los que pueden presentarse: 1º la comisión de un delito como medio, cuando por su naturaleza lo es y no puede ser otra cosa; 2º la comisión de un crimen mayor como medio para otro menos grave; 3º la comisión de uno menor como medio para otro de más importancia. Este último es sólo el caso de la ley. En él es que se estimará agravante esa circunstancia de ser el delito medio para otro. En él es justo el precepto. *En los demás casos no lo ha querido ó no ha podido quererlo la justicia del legislador*”.

He querido transcribir esta opinión tan autorizada de suyo, y que por otra parte debió influir en el ánimo de la Comisión redactora del Código, para no alterar con una abreviación todo el alcance que quiso darle el autor.

Esa interpretación es la de un inciso que ha sido suprimido en el Código argentino, pero en la cual quedaba comprendida, como el mismo Pacheco lo declara, la del inciso que se preocupa de los casos en que el veneno, el incendio, etc., sean medios de ejecución de otros delitos.

Pues bien: las palabras de Pacheco, si bien consignan una doctrina sana, es para mí indudable que no consignan la palabra legal. Convengo en que ésta pueda deducirse de la letra y del espíritu de la ley: pero no



admito, y llamo sobre esto la atención, que pueda fundarse en el solo espíritu de la ley, *no deducido de textos legales*, lo que casi quiere decir, supuesto ó inventado, una doctrina contraria á la que resulta del texto expreso de una disposición. Piensa el distinguido comentarista que se puede establecer por el espíritu de la ley un *derecho diverso* del consignado; piensa que la ciencia distingue donde no ha distinguido la ley, y se funda para ésto en que para tales ó cuales casos no ha podido la justicia del legislador querer el uso de la disposición. Todo esto importa el reconocimiento de que la ley *no dice* lo que la doctrina *le quiere hacer decir*. Seamos en todo lo posible esclavos del texto de la ley y no deduzcamos jamás su espíritu sinó de la evidencia resultante de un conjunto de disposiciones, que en el más rígido sometimiento á las leyes está la mayor garantía del derecho de todos. El imperio de la ley, que debe caracterizar la existencia de un pueblo libre, desaparece por completo, y de esto podría citarse lamentables ejemplos, cuando los supuestos doctrinarios, aun inspirados en la mejor intención, se suplantán á su texto. Creo inútil insistir sobre este tópico.

¿Hay en nuestro Código textos legales de que pueda deducirse la doctrina sostenida por Pacheco?

Dice relación con el inciso que comento, el artículo 87: “Si el culpable con *ocasión* de la ejecución del delito que se propone cometer, perpetrare otros, etc.”. Pero esta disposición se refiere á otro orden de conexidad de delitos, pues la *ocasión* es sólo una relación de tiempo, en tanto que el *medio* es una relación de ejecución.

El artículo 4º, que establece la comparación entre un



delito intentado y uno ejecutado, no es aplicable al caso en que se trata de dos hechos ejecutados: uno como medio y otro como fin.

Solamente un artículo del título de la *tentativa* es el que puede autorizar á los tribunales á una interpretación extensiva que no violaría los principios de interpretación de las leyes criminales, porque, no ya la doctrina, sinó un texto legal, nos pondría en el caso de declarar un absurdo, si nos atuvieramos á una interpretación estricta: “Si la tentativa constituye por sí misma un delito consumado, diferente del tentado y castigado con mayor pena que la señalada para la tentativa, se aplicará la establecida para el delito”.

Esto que aquí se dice respecto de la tentativa, debe decirse con la misma razón del delito consumado. Así en el caso de Castruccio, si, habiendo quedado la estafa en los límites de la tentativa, es procedente la calificación de homicidio por envenenamiento, parece que fuera esta calificación la que debería sustituir si el delito de estafa se hubiera consumado.

**179.** El inciso 9º dice: “cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio ú otros acontecimientos semejantes”. El código español decía: ú otra calamidad ó desgracia.

La prescripción del inciso es justa y su aplicación no presenta dificultades. Los términos “con ocasión”, indican bien claramente que el incendio, el naufragio ó los otros acontecimientos á que hace referencia, no son producidos por el autor del delito. Son accidentes desgraciados que él no ha producido, pero que todos tienen el deber de respetar y auxiliar, y es evidente que hay



cobardía y malicia y señales manifiestas de perversidad moral, en aprovechar de la desgracia ajena en lugar de prestarle el auxilio que la solidaridad humana exige.

Los comentaristas españoles están de acuerdo en que se halla en el caso de este inciso todo lo relativo al depósito necesario ó miserable.

**180.** Es también circunstancia agravante la de abusar de la superioridad de la edad, fuerza ó sexo. El correlativo inciso del código español, dice: abusar de superioridad ó emplear medio que debilite la defensa.

A este respecto, dice Groizard: “Esta circunstancia deja mucho al arbitrio de los tribunales y no siempre es apreciable. Si una mujer ó un anciano acomete á un hombre vigoroso, y éste no hace más, hiriéndolos, que defenderse; si este mismo hecho lo ejecuta uno contra dos ó más, entonces el sentimiento general, nos dice que no se debe apreciar porque no existe el abuso. El que se defiende aunque vaya más allá de los límites que permite su derecho, por lo regular no abusa de superioridad. Para que ésta se considere como agravante parece indispensable que el hecho se ejecute con una voluntad determinada de realizar el delito, y prevaleciéndose de esta misma superioridad para llevarlo á cabo. Se presentan casos en la práctica en que su declaración ofrece alguna dificultad. Tales son cuando se obra en virtud de provocación ó amenaza ó en virtud de estímulos poderosos que producen arrebato y obsecación. En estos casos es preciso fijar la consideración en la persona de que procede aquella y en el origen ó causa productora de estos otros y en el mal que ha ocasionado el autor del hecho. Si éste se excede de una manera



considerable, es apreciable el abuso, mas no parece que lo será cuando se haya limitado simplemente á castigar el desmán cometido, prevaleciéndose de la superioridad material con que debieron contar los que le provocaron ó estimularon" (1).

Paréceme muy acertadas estas observaciones y muy posible tenerlas en cuenta en la práctica, dada la disposición del artículo 88 á que varias veces me he referido, y la del artículo 53, que en la concurrencia de agravantes y atenuantes suprime la pena media y deja libre la facultad de los tribunales para determinarla entre el máximun y el mínimun.

181. El inciso 11 agrega: "prevalerse del carácter público que se inviste". Es casi textualmente el inciso del código español.

No se trata de los delitos que el empleado público pueda cometer en el ejercicio de su autoridad y que tienen su legislación especial en la segunda parte del Código. No es de un abuso de poder de lo que se trata sino de la relativa superioridad moral que, por razón de las funciones que se desempeña, puede tenerse sobre aquellos que por cualquier razón ó circunstancia puedan tener una relación de necesidad ó de dependencia respecto de las funciones que el empleado público ejerce. A este respecto dice Pacheco: "Observemos en este particular con qué generalidad tan estudiada está escrita la ley. No ha querido decir *emplear el carácter público* ni tampoco *abusar del poder*, como quizás pudo ocurrir á primera vista. Ha buscado una expresión más extensa, más

(1) *El código penal de 1870*, tomo 1º, página 407.



neutra y ha dicho *prevalerse*. Toda clase de influencia directa ó indirecta está comprendida en esa palabra”.

**182.** Los incisos 12 y 14 dicen: “ejecutar el hecho con auxilio de gente armada ó de personas que faciliten ó proporcionen la impunidad; cometerlo en cuadrilla con violación de domicilio ú otra circunstancia semejante”.

Paréceme que hay íntima conexión entre estas dos disposiciones, por derivar la agravación que ambas declaran del concurso de varias personas en la comisión del delito, lo que nos trae á la memoria las disposiciones sobre complot y bandas. Otros fundamentos de esta agravación están en que en el hecho de procurar el auxilio de gente armada ó de ejecutar el delito en cuadrilla, se revelan la premeditación y la alevosía, dos circunstancias agravantes ellas mismas y de gran entidad.

**183.** El inciso 13 dice: “cuando se produce mayor alarma por haberse cometido el delito de noche ó en despoblado”. El código español de 1850 decía simplemente “ejecutarlo de noche ó en despoblado”. En la reforma de 1870 se adoptó esta otra redacción: “ejecutarlo de noche ó en despoblado y en cuadrilla”. En ambos códigos se previno que esta circunstancia sería tomada en consideración por los tribunales, según la naturaleza y accidentes del delito.

Por mi parte, he demostrado ya que ésta no puede ser en absoluto una agravante; he consignado los argumentos que así lo demuestran, y ahora agregaré que en algunos casos puede ser circunstancia atenuante. Así debió considerarse, por ejemplo, en el caso referido (1),

(1) Véase el número 588.



y en cualquiera en que el delito fuera cometido por provocación ó impremeditadamente.

**184.** El inciso 17 dice: “ejecutarlo con fractura ó escalamiento de lugar cerrado”.

Es casi textualmente el del código español de 1850.

El de 1870 tiene estos dos incisos: “ 21. Ejecutarlo con escalamiento. Hay escalamiento cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto. 22. Ejecutarlo con rompimiento de pared, techo ó pavimento, ó con fracturas de puertas ó ventanas”.

No dice esta forma más ni con mayor claridad que la primera, y su fundamento lo dá Pacheco en estos términos: “ Sin que admitamos nosotros que la facilidades para cometer un crimen hayan de ser circunstancias atenuantes, fuerza es reconocer que el vencimiento de las facultades ú obstáculos que nos estorba su comisión acreditan un exceso de empeño y una fuerza de voluntad que muy justamente considera la ley como agravatorios: no es ya un delincuente cualquiera el que rompe puertas y escala murallas para llevar adelante su criminal propósito: necesitase más resolución, más empujamiento cuando tenemos que salvar esos grandes estorbos que cuando la obra es fácil, sencilla, asequible á un individuo menos preparado. El crimen moral es de seguro mayor. La alarma también lo es, y muy mercedamente por otra parte. La sociedad se estremece en algo mas íntimo de sus entrañas.”

**185.** El inciso 18 dice: “ejecutarlo haciendo uso de armas prohibidas por los reglamentos”.

Es textualmente el inciso del código español de 1850, suprimido por la reforma de 1870.



La materia es difícil de legislar. El uso de armas no puede ser objeto de una prohibición legal sinó en razón de la intención con que se lleven, y esta misma escapa á la ley mientras no se traduce en actos exteriores que la demuestren. Para que pudiera prohibirse, sería necesario suponer que el Estado puede llegar no sólo á hacer totalmente efectiva la prohibición sinó á garantizar á todos los débiles de las agresiones de los fuertes. En tanto que esto no suceda, el arma puede llevarse como un medio de defender el primero de todos los derechos: la vida.

Muchos reglamentos y leyes consideran armas insidiosas las cortas ó que pueden llevarse ocultas, y prohíben en consecuencia su uso, en razón de que no advierten como las largas, el peligro que amenazan. Pero si el mal no puede estar en el hecho de llevar armas sinó en la intención con que se llevan, no es un criterio razonable ajustar la prohibición á la medida del arma. El arma corta se lleva hoy por todos, no por insidiosa sinó por cómoda. Nadie, aunque supiera encontrar por la calle á su terrible enemigo dispuesto á atacarle, saldría á sus ocupaciones diarias en la vida de ciudad con un remington al hombro: le tomarían por demente. El uso de rewólver es hoy una costumbre imposible de destruir.

Se dirá que la circunstancia agravante deduce la intención del empleo que se ha hecho del arma. Entónces la agravante no nace del hecho de haber usado el arma, sinó de la cantidad de intención que haya en el delito. Pero el grado de intención criminal, desde la del delito resuelto y ejecutado instantáneamente hasta la del friamente premeditado, ya es considerado por la ley como medida de la responsabilidad, como causa de atenuación





ó de agravación. Si toda la gravedad estuviera en la premeditación y en la alevosía, no tendría explicación la deducción de una nueva agravante por haber usado un arma prohibida por un reglamento ó un arma insidiosa. La alevosía implica por sí misma traición y ocultamiento, medios de obrar en seguro. Si al contrario, se ha usado, á consecuencia de provocación, el arma que se llevaba, sin suponer que aquélla se produjera, ¿por qué se opondría á ésta atenuante una agravante que ninguna relación necesaria tenía con el delito?

Creo, pues, que es con suficiente razón que la agravante de que trato, fué suprimida en el código español por la reforma de 1870.

**186.** La reiteración y la reincidencia son materia de tal importancia que merecería capítulo aparte, como traen algunas leyes título especial y aun leyes especiales.

Antes de considerar doctrinariamente la reiteración y la reincidencia, conviene exponer las disposiciones legales de nuestro Código, y las del proyecto, en confrontación con algunas legislaciones extranjeras.

El inciso 19 del artículo 84 dispone que sea circunstancia agravante la de “haber sido el culpable castigado anteriormente por delito á que la ley señale igual ó mayor pena”.

El inciso 20 agrega esta otra: “ser reincidente de delitos de la misma especie”.

Por el artículo 85, en caso de reiteración del mismo delito contra varias personas ó cosas, ó ejecución por el mismo malhechor de delitos de diferente especie por otras tantas acciones, la pena del uno se agregará á la del otro: pero si la reunión fuese imposible por la natu-



raleza de las penas ó por exceder del máximum legal la suma resultante de la acumulación, se aplicará la del delito mayor, agravándola con las adicionales que fuese posible.

Si no fuese posible acumulación alguna por la diversa clase de las penas, el delito menos grave será circunstancia agravante del delito más grave.

Según el artículo 86 "si un delito de la misma especie se comete varias veces contra una misma persona ó cosa, se castigará el acto más grave y los otros se considerarán circunstancia agravante".

Estas disposiciones traen orígenes distintos. Los incisos 19 y 20 son textualmente los incisos 17 y 18 del artículo 10 del código español de 1850.

Los artículos 85 y 86 son tomados, con sólo alguna diferencia respecto de las penas, de los artículos 177 y 178 de código Tejedor. En éste se definían la reiteración y la reincidencia. "Hay reiteración, decía el artículo 176, cuando se encuentran reunidos en un mismo malhechor dos ó varios crímenes no castigados todavía, y que deben ser juzgados en un sólo proceso y por el mismo tribunal". El artículo 179 definía así la reincidencia: "El que después de sufrir una pena cometa nueva y voluntariamente dentro de los diez años siguientes un crimen de la misma especie, será considerado reincidente y castigado con una pena mayor que la de la primera infracción, aumentándola en los términos siguientes, etc".

La reforma de 1870 modificó los incisos del código español, transcritos literalmente por el nuestro. He aquí como quedaron redactados los incisos respectivos:



“ 17. Haber sido el culpable castigado por delitos á que la ley señale igual ó mayor pena, ó por dos ó más delitos á que aquella señale pena menor.

“ Esta circunstancia la tomarán en consideración los tribunales según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito.

“ 18. Ser reincidente.

“ Hay reincidencia cuando, al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título de este código.”

**187.** De la comparación de los códigos españoles con nuestros dos códigos, resulta desde luego que, respecto de definir ó nó la reincidencia, han seguido una marcha opuesta. Creyóse primero entre nosotros en la conveniencia de definir la reincidencia y aún la reiteración, pero imitando, en seguida, al código español de 1850, se creyó que bastaba enunciar la palabra como si se tratara de un concepto vulgarmente conocido, cuando ya la reforma de 1870 había abandonado en España este sistema y visto la necesidad de definir la reincidencia.

Si algunas veces he criticado definiciones sin objeto ó superfluas, como la de delito frustrado, ó aplaudido el que no se definiese un concepto que la conciencia general percibe, pero cuya naturaleza jurídica no está determinada con exactitud, como el de culpa ó imprudencia, no es porque crea que jamás deba definirse en derecho. Creo, al contrario, que debe definirse oportunamente y bien. No es necesario definir el duelo y el homicidio, porque ninguna definición podría suministrar noción más clara de estos hechos que la que de ellos tiene formada la conciencia de la humanidad; pero



creo que debe definirse la reiteración y la reincidencia, conceptos puramente legales y cuyo alcance debe ser fijado por la ley, si no se quiere ocasionar una decisión perjudicial. Es pues digna de imitación la marcha de la legislación española en este punto.

**188.** Examinaré las consecuencias de haber dejado indefinidos estos términos, á la vez que se mezclaba disposiciones de distinta procedencia.

El inciso 19 del artículo 84 presume impuesto al culpable un castigo por un delito á que la ley señala igual ó mayor pena. El inciso 20 hace de la reincidencia una circunstancia distinta de la anterior.

De la comparación de las dos disposiciones puede resultar las cuestiones siguientes:

La reincidencia de que habla el inciso 20, ¿es una circunstancia distinta de la que consigna el inciso 19? Esta última, ¿es una circunstancia distinta de la reiteración? ¿Es condición de la reincidencia del inciso 20 el castigo del delito anterior?

Pacheco llama á la circunstancia del inciso 17º (19 nuestro) una falsa reincidencia, en tanto que Groizard, refiriéndose á las dos circunstancias dice que hay que distinguir dos clases de recaídas, la referente á delitos que no son de la misma naturaleza y la que se contrae á delitos homogéneos: la *reiteración* y la *reincidencia*.

Para el código Tejedor los elementos de la reiteración y la reincidencia eran otros. La reiteración se refería á crímenes *no castigados*, fueran ó nó homogéneos; la reincidencia á crímenes *castigados*, pero de la misma especie.

El castigo por crímenes de una especie determinada



para nada inflúa en posteriores castigos por otros delitos, y éste es el caso del inciso 19. Parece, sin embargo, con analogía á esta agravante la otra que consignaba el mismo código Tejedor como causa de agravación prudencial: “ cuando el culpable esté más desmoralizado en la carrera de los crímenes, por práctica constante de malas acciones, por hábito, desarreglo de costumbres ú otros motivos semejantes ”.

Haus ha sostenido siempre (1) que hay reincidencia cuando el culpable que ha incurrido en una condenación penal comete una nueva infracción y ha combatido la teoría de Chauveau y Hélie para quienes la reincidencia sólo se ocasiona por la repetición de delitos de la misma especie.

Ortolan sostiene esto mismo: “ la reincidencia, dice, es el hecho del que después de una condenación irrevocable, pronunciada contra él por infracción de la ley penal, comete otra nueva infracción. La reincidencia merece una agravación de pena, bajo el punto de vista de la justicia, porque demuestra en el delincuente una persistencia en infringir la ley penal que aumenta incontestablemente su culpabilidad: bajo el punto de vista de la utilidad social, porque denota un peligro más grande de infracción de la ley penal por parte del reincidente, y la ineficacia de la penalidad ordinaria contra él.

“ Las leyes positivas comienzan por la previsión de las *reincidencias especiales* (del mismo delito); es como de instinto el que sus penas se hayan agravado, es la

(1) Véase en NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, el informe de HAUS, número 209 y siguiente; HAUS. *Droit pénal Belge*, número 880.



infancia de la legalidad sobre este punto. A medida que la ciencia penal se va formando y que la vista del legislador adquiere mayor extensión, llegan las previsiones y el reglamento penal sobre las *reincidencias generales* (las de delitos diversos). (1).

El nuevo código italiano sólo admite la reincidencia especial. "Me he atendido á este sistema, dice su autor (2), inducido no sólo por los últimos estudios y por los precedentes indicados, sinó por la consideración de que es la recaída en la misma especie de delitos lo que denota el carácter del reo y lo hace particularmente acreedor á la pena. Un individuo puede eventualmente cometer en mucho tiempo y sólo ocasionalmente, diversas infracciones de la ley, sin que esto pueda atribuirse á la perversidad de su índole. Esta es, por otra parte, la marcha que prevalece en la doctrina y en la legislación. (3)

(1) ORTOLAN, *Derecho Penal*, números 522, 526 y 528.

(2) ZANARDELLI, *Relazione ministeriale*.

(3) « La reincidencia genérica establecida en Francia por el código penal de 1810, ha sido admitida subsidiariamente por la ley especial de 27 de Mayo de 1885, por la cual varia, según la especie de las penas y de los delitos, el número de las condenaciones requerido para que pueda ordenarse la deportación por la reincidencia. Admiten la reincidencia *genérica* los códigos de Bélgica, de Ginebra, de Neufchatel, de Nueva York, etc.

Pero el mayor número de los códigos, y especialmente los más recientes, establecen en diferentes formas la reincidencia *especial*.

Así, se requiere que el segundo delito sea *idéntico* al precedente en el código de Grecia; ó de la misma naturaleza, en el proyecto ruso como en el código de Portugal; ó que haya igualdad ó que sea *homógeno*, ó de homogénea tendencia antijurídica, según el código del canton de San Galo; de naturaleza afín á delitos especialmente enumerados, como en el proyecto austriaco; ó que el segundo delito sea del *mismo género* del precedente, como en los códigos de los cantones de Valais, de Berna, de Vaud, y en el relativo proyecto de reforma, en que se dice que es del mismo género el delito comprendido en el mismo *título*; en el código de Friburgo, que á su vez dispone que deben considerarse delitos del mismo



La comisión de la cámara de diputados, apoyándose en que el fundamento de la agravante de la reincidencia era el desprecio que á las leyes demostraba el reincidente, por lo que no era menester mirar sólo á la repetición de delitos de la misma especie, opinaba que la reincidencia en delitos de la misma especie podría mirarse como circunstancia más grave que la reincidencia genérica. "Por ejemplo, decía, si se castiga la primera reincidencia específica de un modo más liviano, y la segunda más gravemente, se podría en cambio limitar la agravación á la segunda reincidencia genérica, é infligir para ella una pena conforme á la que se inflige para la primera específica, dejando á cargo del magistrado estimar la reincidencia genérica dentro de ciertos límites legales" (1):

Este es el sistema del código español de 1870, que no ha sido citado por los legisladores italianos.

Zanardelli ha tratado de resolver previamente toda cuestión sobre identidad de especie, y ha consignado en el código cuáles son los delitos que considera de igual especie, tomando en cuenta para ello la *indole del impulso*, que ha tenido como óptimo criterio de clasificación.

La escuela positivista ha combatido enérgicamente el sistema de la reincidencia del proyecto Zanardelli, hoy código italiano, así en cuanto limita la agravación á la

género los colocados en algunos títulos expresamente indicados. Establecen que la reincidencia tiene lugar solamente cuando el segundo delito es de la misma especie, los códigos de San Marino, de Zurich y del canton Tesino, segun el cual son de la misma especie los colocados bajo un mismo título del código; y análogamente establece el proyecto español para los delitos comprendidos en una misma sección." (Nota de ZANARDELLI).

(1) VILLA, *Relazione de la commissione della Camera dei Deputati*.



reincidencia en especie, cuanto en las clasificaciones hechas para agrupar según la indole del impulso los delitos de la misma especie.

“Las estadísticas inglesas, dice Lombroso (1), han demostrado que el delincuente contra las personas, reincidiendo, delinque más especialmente contra la propiedad, especialmente en los delitos de hurto y de estafa, para evitar el arresto.

“El reo que reincide siempre en lo mismo, es, casi siempre, un semi-imbécil menos peligroso y que tiene menos necesidad de una agravación de la pena; al contrario, el que con cortos intervalos de tiempo comete diversas formas de delitos, indica tener mayor inteligencia é inclinación al delito, no teniendo un sólo impulso, sinó varios. Citemos, por ejemplo, á Lacenaire, Gasparoni, Desrués, que han sabido unir el hurto, la estafa, la falsificación y el asesinato.”

**189.** He querido exponer todas estas divergencias (omitiendo muchas otras) de la legislación y de la doctrina respecto de la reincidencia, para que pueda comprenderse las dificultades de una elección acertada entre tantos sistemas.

Las dificultades con que se tropieza para presentar los fundamentos de la legitimidad de la agravación por causa de reincidencia, proceden á mi juicio de considerar el derecho penal constantemente bajo el aspecto objetivo del delito, y mirarlo poco por el lado subjetivo. Si se coloca el hecho material producido en presencia de la pena fijada por la ley, es procedente todo argumento

(1) LOMBUROSO, *Troppo presto*, página 18





que rechace una agravación fundada en un hecho totalmente desligado é independiente de un delito anterior. Efectivamente, la agravación no está en el hecho. Pero es que no se trata de medir la relativa gravedad de dos hechos, sinó la responsabilidad del autor de los dos delitos. Cuanto más se admita la individualización de las penas, más fácil será encontrar la explicación de la reincidencia que podía ser tenida por un abuso necesario. Es el autor del delito el que está en presencia de la justicia que va á responsabilizarle por él. Por esto se ha reconocido y se ha dicho que la reincidencia es una circunstancia de agravación eminentemente *personal*. Al recordarse que el autor del delito había sido ya castigado por otros crímenes, no puede dejar de pensarse en que, si ha delinquido después de las precedentes amenazas de la ley, la responsabilidad por la nueva violación debía ser mayor en razón de su deber mayor de respetar la ley, cuyo castigo conocía.

Considerada la cuestión bajo el aspecto de la defensa social, se supone la necesidad de una represión especial para el delincuente que reincide. La reincidencia aumenta la temibilidad del delincuente, y demuestra claramente la tendencia al delito profesional, que procura realizar el mayor mal posible con el menor riesgo.

La reincidencia es, pues, una justa y legítima causa de agravación.

**190.** Pero, ¿es cierto que solamente al reincidente de delitos de la misma especie puede imputarse una agravación de responsabilidad?

Haus resuelve esta cuestión con un ejemplo: “Frecuentemente el individuo que recae en el mismo delito



es más culpable que el que comete sucesivamente dos delitos de especie diferente; pero no siempre sucede así. Un ladrón recién salido en libertad, busca al testigo que ha depuesto contra él: lo ataca y le infiere heridas graves. Otro ladrón salido de la prisión, señalado a la desconfianza de los patrones y de los obreros, no encuentra trabajo en parte alguna: para alimentar á su familia, hundida en la miseria, roba por la noche algunas provisiones ¿cuál de los dos es más culpable?"

**191.** Viniendo al sistema de nuestro Código, conviene establecer previamente que para él la reiteración es la reunión de varios delitos *no juzgados*. Del contexto general de los artículos 85 y 86, resulta que por reiteración se entiende la repetición de delitos en aquella condición, sean ó nó de la misma especie. No existe pues, para nosotros, la posibilidad de llamar reiteración á la repetición genérica de delitos, como lo hace Groizard, del código español. Por esto se ve también que, más que una circunstancia de agravación, la reiteración no preocupa al legislador sinó para establecer reglãs de la acumulación de las penas.

**192.** El Código admite la reincidencia genérica y la especial; pero limitada aquélla á la ejecución de un nuevo delito á que la ley señala pena igual ó menor que al delito anterior.

La agravación en razón de la reincidencia especial ó de la reincidencia general, está sujeta á la regla del artículo 88, dados los términos generales en que éste está concebido. Deberán, pues, observar los tribunales en cada caso la índole, la naturaleza y las circunstancias



en que el delito se produce, por ser ajustado á la razón que el sólo hecho de la repetición de un delito, sin consideración á circunstancia alguna, no baste para constituir agravación.

**193.** La limitación de la reincidencia genérica en los términos del código español de 1850, no está suficientemente justificada. No puede prescindirse de las condiciones de moralidad del sujeto que llevó una vida desordenada cometiendo numerosas infracciones antes de ejecutar un crimen de mayor gravedad. Más sabia me parece la regla del código español de 1870, según la cual la agravación se origina también de haber sido condenado por dos ó más delitos á que la ley señale pena menor que al delito último; sobre esta reforma, dice con propiedad Groizard: "Una vez reconocido el que la frecuencia en cometer delitos sea causa bastante para la agravación de las penas, no se comprendía bien el que sólo esto tuviera lugar respecto á aquellos que la ley castigaba con mayor ó con la misma pena. Un hombre cuya vida es un tejido de crímenes, ¿por qué ha de ser culpable de reiteración sólo cuando la pena señalada al delito es igual ó mayor que otra que anteriormente le haya sido impuesta?".

¿Por qué no aceptaron nuestros codificadores esta reforma?

**194.** ¿Debe entenderse por castigo anterior la simple imposición de la pena por sentencia ejecutoria, ó es necesario el cumplimiento de la condena anterior?

Como la disposición es de procedencia directa del código español, los comentarios de ese código es lo que se debe consultar. Groizard habla del pronuncia-



miento de la sentencia firme, como de cosa indiscutiblemente cierta.

Esto importaría un cambio radical de sistema respecto del que adoptaba el código Tejedor. Como queda ya transcrito, era condición de la reincidencia que se hubiera “sufrido una pena” anterior.

Los dos sistemas han dividido en general la legislación. Para el código belga no es necesario que el culpable haya sufrido su pena en todo ó en parte en el momento en que comete el segundo crimen: la sola *condenación* basta para que haya reincidencia.

Lo contrario consignan el código de Baviera y otros códigos alemanes.

La diferencia procede de la distinta apreciación de los fundamentos de la agravación. Si se creó que debe aumentarse la pena por ser *incorregible* el reincidente, no puede afirmarse esto último en tanto no haya sufrido la pena. Pero si la ineficacia de la pena primera puede ser un motivo de la agravación de la segunda, lo cierto es que el fundamento de la agravante se encuentra en algo más personal é íntimo del delincuente: en su manifiesta aptitud para rebelarse contra las leyes sociales (1). El sistema del código italiano es análogo al del belga. Pienso que es el mismo el del Código argentino.

**195.** Otra cuestión que divide la legislación y la doctrina es la de determinar si debe fijarse para la computación de la reincidencia el tiempo que medie entre los dos delitos. Nuestro Código guarda silencio al respecto. Este es el sistema del código belga.

(1) Véase el citado informe de Haus.



Los otros sistemas adoptados son el de ajustar el término de la reincidencia á un plazo fijo para todos los casos, y el de subordinarlo á los términos de la prescripción. “ Paréceme, dice Zanardelli, que si se admite que después de cierto tiempo se prescribe el derecho de hacer ejecutar la sentencia condenatoria, con mayor razón debe computarse un término después del cual cesa ó se prescribe el derecho de computar la misma condenación como reincidencia. ”

Chauveau y Hélie sostienen que no debe tenerse en cuenta la reincidencia cuando media entre la expiración de la primera condena y la ejecución de un nuevo delito un término de diez años (1); y luego agregan respecto de la prescripción de la pena como término de la reincidencia : “ la prescripción cubre la pena pero no destruye la condenación ”.

Haus piensa que la ley no puede fijar término alguno para la reincidencia, sinó que debe dejar al juez una latitud suficiente para que pueda tener en cuenta en la aplicación de la pena el intervalo que separe las dos infracciones.

El código Tejedor adopta la doctrina de Chauveau y Hélie ; el actual, la de Haus que estimo más racional. Las circunstancias propias de cada caso determinarán á los jueces á dar á la reincidencia la importancia que deba atribuírsele y que no puede ser prevista de antemano.

**196.** Con respecto á la penalidad de la reincidencia, nuestro Código puede ser censurado por excesivamente blando, al considerar la reincidencia como una causa or-

(1) *Théorie du code pénal*, número 328.



dinaria de agravación que autoriza sólo la elevación de la pena á su máximo.

Mientras que la reincidencia es objeto de la más grave preocupación por parte de los legisladores y filósofos de otros países, es mirada entre nosotros con gran indiferencia. Carecemos de una estadística de la reincidencia, y no podemos afirmar hasta donde está arraigado en el país este grave mal.

En nuestras prácticas judiciales podría decirse que á las condiciones ordinarias de la reiteración se agrega la de haber sido fallada la causa anterior por la misma persona que como juez conoce en la segunda, porque fuera de éste caso, ninguna imputación de reincidencia se hace.

Resulta por esto que la reincidencia casi nunca se toma en cuenta ; y que cuando se la aplica como circunstancia agravante de responsabilidad, es posible que ningún efecto produzca sobre la pena, por haberse llegado al máximun, á consecuencia de otras agravantes.

La ley está hecha como si en este país no hubiera reincidentes ó no hubiera que temerles. Entre tanto puede verse en la *Galería de ladrones de la ciudad Buenos Aires*, publicada por el Sr. Alvarez, que el género abunda.

Es pues necesario reunir datos estadísticos sobre la reincidencia : formar registros de reincidentes, y modificar el sistema de la penalidad de la reincidencia.

**197.** El artículo 87 dispone que si el mismo culpable, *con ocasión* de la ejecución del delito que se propone cometer, perpetrare otros, se le aplicará la pena del más grave, y los otros se considerarán circunstancias agravantes.



Los términos *con ocasión*, indican claramente que no se trata de delitos elejidos como *medio* de ejecución de otros, sinó de aquellos á que la *ocasión* obliga, como si el ladrón en el momento del robo matara.

El artículo no ha debido limitarse á poner el delito cometido *con ocasión*; ha debido expresarse también respecto del elejido como *medio de ejecución*, para evitar las dificultades á que da lugar el inciso 8º del artículo 84.

## CAPÍTULO XI

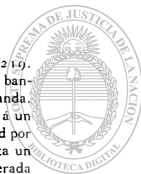
### DE LOS AUTORES PRINCIPALES DEL DELITO

(Artículos 21 á 31)



198. La participación de varias personas en un delito admite diversidad de grados. — 199. Maneras en que puede concurrirse á la ejecución de un delito. — 200. Concurso de voluntad sin concurso de acción. — 201. Concurso de voluntad y de acción. — 202. Ejecución del delito por la propia acción. — 203. La responsabilidad está subordinada á la voluntad criminal. — 204. Participación de una manera principal en la realización del delito. — 205. Disposición legal sobre el concurso de voluntad sin concurso de acción. — 206. Sistema que adopta el Código al legislar esta materia. — 207. Crítica del sistema. — 208. La responsabilidad del autor moral depende de que haya *determinado* al autor material. — 209. Participación por medio de *consejos*. — 210. Participación en el delito por *orden* dada. — 211. Comisión, promesa de recompensa, dádiva. — 212. Violencia irresistible, física ó moral. — 213. Irresponsabilidad cuando la violencia no reúne la condición de irresistible. — 214. Inducción en error ó confirmación del error en que se hallara el autor del delito. — 215. Disposiciones legales sobre la responsabilidad del mandante con relación á los hechos del mandatario. — 216. De la comunicabilidad de las circunstancias agravantes. — 217. Condiciones de la comunicabilidad según el artículo 22. — 218. Condición de la comunicabilidad, se-



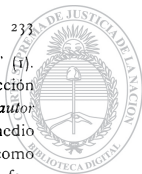


gún el inciso 2° del mismo artículo. — COMLOT-BANDA. — 219. Concordancias de las disposiciones legales sobre complot y banda. — 220. Distinción de la ley entre el complot y la banda. — 221. Graduación de la responsabilidad de los afiliados a un complot ó banda. — 222. La ley no impone responsabilidad por la participacion en una banda, sinó después que ésta cometa un delito. — 223. La participación en el complot es considerada como tentativa del delito no consumado. — 224 y 225. Necesidad de reprimir especialmente la asociación para delinquir. — 226. Penalidad de los partícipes en un complot. — 227. De la denuncia del complot.

198. El delito puede ser la obra de una sola ó de varias personas. En este último caso, habrá que distinguir para determinar la respectiva responsabilidad, la participación que cada uno haya tenido en su ejecución. Realizado el delito por varios, uno ó algunos de éstos pueden haber tomado una participación tal que sin ella no se hubiera consumado la infracción; en tanto que otros pueden haber prestado una cooperación indirecta ó secundaria.

199. Conviene advertir, desde luego, siguiendo las exactas observaciones de Carrara, que, siendo la acción y la voluntad elementos constitutivos del delito, se puede participar en su ejecución de tres maneras: 1° por concurso de acción sin concurso de voluntad: 2° por concurso de voluntad, sin concurso de acción: 3° por concurso de voluntad y concurso de acción.

El concurso de *acción* sin concurso de *voluntad* no puede engendrar responsabilidad por el delito. “El concurso material, por eficiente que sea al delito ajeno, no engendra jamás participación en el delito si



no hubo intención determinada de coadyuvarlo" (1).

**200.** El concurso de voluntad sin concurso de acción engendra siempre responsabilidad, sea como *autor principal*, determinando al autor material por medio de consejo, mandato, violencia ó dádiva; sea como *cómplice*, dando instrucciones al autor principal, ó fortaleciendo, por consejos ú otros medios, la resolución tomada por éste.

**201.** El concurso de voluntad y de acción puede dar lugar también á los dos grados de participación, según la relación que los actos ejecutados por el agente tengan con la realización del hecho que constituye el delito.

**202.** Según el artículo 21 del Código *se considera autores principales: 1º el que ejecuta el delito directamente por su propia acción.*

Según el proyecto Tejedor, *el que ejecuta el crimen ó delito directamente y ayudado por su fuerza corporal.*

En una y otra redacción hay redundancia. Bastaba decir, como el código español: el que toma parte directa en la ejecución del delito. Los términos de nuestro artículo "ejecuta el delito" indican ya la realización del hecho; y tomando el verbo en su acepción precisa, la adición *directamente* es superflua, por no ser propiamente posible una ejecución indirecta. Se puede *participar* directa ó indirectamente; pero no se puede *ejecutar indirectamente*. Pero, por si el vocablo "directamente" no bastara, el inciso agrega: "por su propia acción". No haya, pues, cuidado de que se ejecute el delito directamente por la acción de otro ó indirectamen-

(1) CARRARA, *Programma*, §§ 432 á 438.



te por propia acción... Verdad es que el proyecto Tejedor añadía aún: “ayudado por su fuerza corporal”.

**203.** Aunque el inciso dice que es autor principal el que ejecuta el delito directamente y por su propia acción, términos que sólo indican la realización material del delito, debe esto entenderse con subordinación a lo dispuesto sobre la presunción de voluntad criminal y sobre las causas eximentes de pena, siendo, en consecuencia, aplicable al título de los autores principales el artículo 41, consignado en el título de los cómplices: la exención de pena, la dispensa ó la atenuación que por razón personal existe para el autor principal, no alcanza á minorar la pena que corresponde á los cómplices, no existiendo tales circunstancias para ello. Así, de dos autores materiales del delito, uno puede concurrir con acción y voluntad y el otro con acción sin voluntad, pudiendo solamente llamarse autor *principal* del delito al primero. Esto aparece en el ejemplo clásico de dos hombres que roban una viga cargándola cada uno por una extremidad, pudiendo uno de ellos concurrir al delito con acción y voluntad, y el otro con acción sin voluntad, si era incapaz de discernimiento sobre la legitimidad de la acción ó si entendió que el primero era el propietario de la viga, que solicitaba sus servicios para transportarla.

**204.** El inciso 2º se refiere á los que participan de una manera principal en la realización del delito, sin ser ejecutores: el que antes ó durante la ejecución presta al ejecutor, con el intento de asegurar la consumación del delito, un auxilio ó cooperación sin el que el hecho no habría podido tener lugar.



“No concurrencia en el crimen mismo, dice á este propósito Pacheco, sinó en un acto necesario para él. El criado que abre la puerta para que entren los ladrones que de otro modo no hubieran podido entrar; el que descubre el lugar donde estaba el tesoro, lugar que él solo conocía; el que por medio del éter ó del cloroformo adormece á una joven á quien otro violenta : hé aquí tres ejemplos de las prescripciones de este número”; y agrega : “dos cosas son necesarias para que la comisión de este otro acto, que no es el delito mismo, constituya á su autor en verdadero autor de éste. La primera ya la dice la ley : que aquel acto sea tan indispensable, que esté tan ligado con el segundo, que sin él no se hubiera verificado el delito cual se verificó. Si no es tal antecedente preciso, la co-delincuencia falta y se extingue; podrá haber complicidad, podrá no haber nada. Si cuando se empleó el cloroformo la joven estaba sin recurso y sin defensa en poder de sus violadores, quien lo dió, cualquiera que sea el juicio que formemos de su conducta, no es uno de los autores de la violación. — Segunda circunstancia : que el autor del acto de que tratamos sepa lo que hace y conozca las consecuencias que de ello van á seguirse. El que vende arsénico, creyendo que es para ratones, no es autor del envenenamiento que con aquel se comete. El que abre una puerta, creyendo hombre de bien al que llama, no es autor del robo que por su acto se sigue.” (1)

**205.** El inciso 3º del mismo artículo 21, trata del con-

(1) PACHECO, obra citada, tomo 1º, página 262.



curso de voluntad sin concurso de acción, una de las materias más importantes del derecho penal. Es, según él, considerado autor principal el que con voluntad criminal determina al autor material á ejecutar el hecho por cualquiera de los medios siguientes: consejo, orden, comisión, promesa de recompensa, dádiva, violencia irresistible, física ó moral, inducción intencionada en error ó confirmación del error en que el agente se hallaba.

Esta enumeración es análoga á las que se registran en el código prusiano § 34, 1°; en el sueco, capítulo 3°, § 1°; en el portugués, artículo 25 y en el belga, artículo 66.

El proyecto Tejedor se limitaba á decir: “todos los que con intención criminal determinan á otros á cometer el crimen ó delito”; el código español dice: “los que fuerzan ó inducen directamente á otro á ejecutarlo”; y el código italiano: “en la misma pena incurre el que determina á otro á cometer el delito”.

**206.** Entre la enumeración de los medios de *determinar* á una persona á la ejecución del delito, y la consignación de la fórmula general que presentaba la legislación comparada, el Código ha adoptado la primera.

Creo, sin embargo, exactos los fundamentos con que Zanardelli sostiene la segunda: “No acoji el sistema de designar con minuciosa especificación como autores intelectuales del delito á los que hubiesen determinado á otro á cometerlo por medio de *mandato, dádivas, promesas, amenazas, abuso de autoridad ó de poder, y artificios culpables*.

! “Todas estas formas especiales de instigación indican un sólo concepto, obre ó nó el instigador por su exclu-



sivo interés. Además, no son otra cosa que modalidades de las formas generales del mandato, con excepción de los artificios culpables. Y, seguramente, el medio de los dones y de las promesas usadas para inducir á otros en el delito no se diferencia del mandato. Este *pactum sceleris* es una proposición criminosa, hecha y aceptada para hacer ejecutar el delito en interés exclusivo del mandante. Que éste se haya valido de dádivas, de promesas ó aún de relaciones de amistad, no altera la naturaleza, del hecho. Por otra parte, la *amenaza* no es otra cosa que un mandato calificado por medio de la *coacción*, y el abuso de autoridad ó de poder un mandato calificado por el abuso mismo." (1)

207. Carrara reconoce que pueden existir cinco formas distintas de participación *moral*, ó de concurso de voluntad sin concurso de acción: 1° *el mandato*; 2° *la orden*; 3° *la coacción*; 4° *el consejo*; 5° *la asociación para delinquir*. Reconoce también que estas cinco formas pueden ser comprendidas con la sola palabra *instigación*, que las expresa á todas; y agrega: "pero la instigación es un género que comprende diversas especies separadas entre sí por caracteres pronunciadísimos, y la *ciencia* tiene necesidad de estudiar estas formas singulares, poniéndoles ante todo nombres distintos. Cuando entre dos cosas existen diferencias *esenciales*, la veleidad moderna de unificarlas con un solo nombre lleva confusión al lenguaje y nada más, pero es impotente para destruir las diferencias *reales*". (2)

(1) *Relazione ministeriale*, I, VI.

(2) CARRARA, *Programma*, § 442.



Estas palabras del eminente juriconsulto, lejos de poder citarse en apoyo del sistema adoptado por el Código, son un argumento en contra. Las distinciones esenciales y la calificación corresponden á la doctrina, que puede llegar á descubrir un grado distinto de responsabilidad para cada una de las diversas formas de instigación: pero para la ley no es la *especie* lo que debe determinar la responsabilidad, sinó el *género*, y dentro de la ley ninguna función desempeña y ningún interés presenta aquélla, como no sea el de proponer inútiles problemas de interpretación en caso de tener que aplicar la ley.

**208.** La primera parte del inciso fija cuál debe ser la importancia de los medios usados para que sea imputable la responsabilidad de autor principal: es necesario que el consejo, la orden, la comisión, etc., hayan *determinado* al autor material del hecho. En tanto que por razón de las circunstancias de tiempo, de lugar y de personas, no aparezca que el consejo ó el mandato puedan haber determinado al autor material, el consejero ó mandante no puede, según la ley, ser llamado autor principal.

**209.** El *consejo*, por lo general, no basta para determinar una acción y menos una acción criminal. Es sólo excepcionalmente y con las circunstancias de tiempo, ocasión y personas, que alguien puede dejarse impeler por el mero consejo. Los simples consejos, dice Hlaus, no son actos de provocación bastante poderosos para determinar la voluntad de aquel á quien se dan. Estos actos no dejan frecuentemente sinó huellas fugitivas, y sería fácil confundirlos con las palabras irreflexivas. Pero algunas veces los consejos sacan de las circunstancias



que los acompañan un carácter de gravedad que no permite al legislador dejarlos impunes. Tales son, sobre todo, las exhortaciones ó instigaciones dirigidas al público por discursos, carteles, escritos vendidos ó distribuidos; excitaciones tanto más peligrosas, cuanto que arrastran más fácilmente á las masas (1).

El consejo que no reúne las condiciones expresadas, que no es causa determinante del delito y sólo fortifica en alguno la resolución tomada de cometerlo, no importa la responsabilidad de autor principal sino la de cómplice (2).

**210.** La *orden* indica desde luego una relación de superior á inferior. Defínese, pues, un mandato para delinquir impuesto con abuso de autoridad.

Esta autoridad es la que resulta de las diversas gerarquías sociales, cualquiera que sea su naturaleza: la autoridad que ejercen los maridos, los padres, los patrones, los maestros, etc., y cualquier autoridad que resulte de la superioridad de un hombre sobre otro. No se trata en este punto de medir la responsabilidad del que obedece, sino la del que manda, pero sujeta ésta á la condición fijada por la primera parte del artículo: que sea la orden la que haya determinado al autor material del delito.

**211.** La *comisión*, la *promesa de recompensa* y la *dádiva* son siempre el mandato con ó sin remuneración: el delito ejecutado en el solo interés del mandante ó en el del mandante y mandatario.

(1) HAUS, *Principes du droit pénal belge*, número 543.

(2) *Código Penal*, artículo 33, inciso 5°.





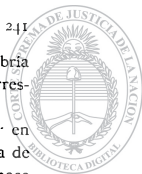
El mandato de ejecutar un crimen sin promesa de remuneración induce á creer que el mandatario lo ejecuta por su propio interés, inclinándolo á muchos á sostener que en tales casos el mandante no es autor ni cómplice. No cabe duda que nuestro Código no acepta esas distinciones: castiga la comisión, castiga la promesa de recompensa, y castiga la dádiva; luego la comisión es también castigada sin promesa ó con promesa de recompensa. Y esta solución es justa: quien aprovechando las inclinaciones que para el delito tuviera el mandatario, lo *determina* (que ésta será siempre la cuestión), es la causa originaria del delito y debe llamársele autor principal.

**212.** Dejo dicho que la *violencia irresistible física ó moral* importa un mandato calificado por la coacción. De la naturaleza y carácter de la fuerza irresistible he tratado en otro lugar (1). El mandante estaría siempre en la condición que en cualquier otro caso del inciso. El mandatario estaría exento de pena si la violencia reuniera la condición de irresistible. Faltando esta condición empezaría la responsabilidad del mandatario á la vez que disminuiría la del mandante, que pasaría de la condición de autor principal á la de cómplice, si pudiera reputarse la violencia como un medio que hubiera fortificado en alguno la resolución anteriormente tomada de delinquir (2).

**213.** Pero si el autor material no hubiera formado con anterioridad la resolución de delinquir, y cediera á una

(1) Numeros 115 y 119.

(2) Artículo 33, inciso 5º.



violencia que no pudiera calificarse de irresistible, habría que declarar, de conformidad con el texto legal, irresponsable al autor de la violencia.

**214.** La *inducción en error ó confirmación del error* en que se hallaba el autor material, es la última forma de determinación de que habla el artículo 21. Llámase también maquinaciones ó artificios culpables, y puede recordarse como ejemplo á Yago determinando el crimen de Otelo.

Más que en las otras formas de determinación, es necesario tener la prueba de la intención criminal con que se induce en error y la seguridad de que ella fué la causa determinante del delito. La provocación al crimen por artificios dolosos no es siempre directa. “Se puede por éstos inspirar á alguno, con el designio de impulsarlo al crimen, sentimientos de odio ó de celos contra otro; se puede incitar en términos generales á la persona inducida en error á vengarse de su pretendido enemigo; pero semejante provocación sería demasiado vaga para que, si el provocado cometiera un atentado, se pudiera con seguridad acusar al provocador de ser su causa determinante (1).

**215.** Los artículos 22, 23 y 24 determinan la extensión de la responsabilidad del mandante con relación á los hechos del mandatario.

Según ellos el autor principal por orden, comisión, etc., no responderá sólo del hecho especial que hubiese tenido en vista, sinó también: 1º de todo delito no reservado expresamente y que el autor material del hecho se

(1) Haus, obra citada, número 518.



viere forzado à cometer para ejecutar el delito que se le había encargado, aconsejado, etc. ; 2° de todo delito que resulte como consecuencia del hecho ordenado, aconsejado, etc., y que se imputaría al mandante ó instigador si él mismo hubiese ejecutado el delito.

Si el autor material hubiese ejecutado otro delito que ninguna relación tuviese como medio ni como resultado con el delito sugerido, ordenado, etc., el mandante ó cualquier otro autor mediato será castigado según las disposiciones de la ley contra la tentativa del delito ordenado, aconsejado, etc., y no ejecutado.

Si el autor principal prescribe al autor material el modo de ejecución del delito, y éste, excediéndose de los límites prescriptos, lo consuma con circunstancias agravantes, el autor mediato no será responsable mas que del delito cometido.

**216.** Estas disposiciones tomadas del proyecto Tejedor son originarias del código de Baviera. En general las leyes dejan á la doctrina la solución de las dificultades ocurrentes con motivo del exceso en el mandato.

Cuando el mandatario ha obrado en los límites del mandato, la materia no presenta ninguna dificultad ; pero el mandatario puede verse forzado á ejecutar el delito con circunstancias agravantes ; puede cometer un delito que sea consecuencia del hecho ordenado ó puede ejecutar un hecho que ninguna relación tenga, ni como medio ni como resultado, con el delito sugerido.

En los dos primeros casos el Código resuelve la comunicabilidad de las circunstancias agravantes ; en el último considera al autor mediato como reo del delito ordenado, aconsejado, etc., y no ejecutado.



Es necesario examinar detenidamente las circunstancias con que el hecho se produce. Cuando el mandato es indeterminado, dice Haus, es preciso examinar si, según las circunstancias, el mandatario ha podido razonablemente creer que obraba conforme á la intención del mandante. Si ésta era dudosa, el provocador, que hubiera debido explicarse, es responsable de la acción. Sin duda, cuando se ha ordenado la exposición de un niño, ó robar cosas guardadas en una casa cerrada, el mandante debe sufrir la pena del mandatario que ha expuesto al niño en un paraje solitario, ó que ha cometido el robo con efracción, escalamiento ó llaves falsas, por la noche, con amenazas ó violencias hacia las personas. Pero si, para facilitar la ejecución del crimen ó para asegurar su impunidad, el mandatario hubiera unido un homicidio al robo; si el individuo encargado de sustraer los objetos expuestos en un almacén, tienda ó cualquiera otro lugar abierto al público, hubiera ejecutado el robo con circunstancias agravantes, sería injusto hacer responsable al mandante de los medios empleados por el mandatario contrariamente á las intenciones bien evidentes del primero (1).

**217.** Los términos “delito no reservado expresamente”, y “que se viere forzado á cometer”, usados en el artículo 22, indican que es necesaria la concurrencia de las dos circunstancias para imputarse la responsabilidad de autor principal al autor intelectual.

**218.** La prescripción del inciso 2° del artículo 22 es de una justicia evidente, razón por la cual en algunos có-

(1) Haus, *Principes du droit pénal belge*, número 522.



digos se ha creído innecesario consignarla. Si el autor material hiere porque el autor intelectual le prescribió que hiriera, y la lesión tiene por consecuencia la muerte, ninguna razón justificaría que no se hiciera extensiva esta responsabilidad al autor principal.

**219.** Las disposiciones de los artículos 25 á 31 legislan sobre el complot y la banda: son aproximadamente las de los artículos 39 á 47 del proyecto Tejedor, y tienen por fuente el código de Baviera.

**220.** El complot y la banda son siempre la asociación para delinquir. Diferénciase una de otra, según los términos del Código, en que el complot tiene por objeto la ejecución de un delito determinado, y la banda, la ejecución de delitos indeterminados. El Código declara á unos y otros autores principales del delito, y les impone, en consecuencia, la pena ordinaria del delito cometido, de donde resultaría que la distinción entre la banda y el complot es puramente nominal, y que la determinación ó indeterminación del delito que la asociación para delinquir se proponga cometer, no influirá en manera alguna en el grado de responsabilidad impuesta á los miembros del complot ó de la banda.

**221.** Después de declarar á los partícipes del complot ó de la banda autores principales del delito, el Código retrocede de su inflexibilidad, dudando de la justicia del principio que establece, y declara que si la pena tiene un máximun y mínimun, se graduará en la extensión de sus límites legales, y se infligirá á los diferentes partícipes según la mayor ó menor gravedad de su cooperación real, excepción igual-



mente aplicable á los afiliados al complot ó á la banda (1).

Con respecto á los afiliados á la banda, la responsabilidad no surge del mero hecho de pertenecer á ella: esa responsabilidad nace de la participación que efectivamente se haya tenido en el delito determinado que la banda cometiera (2).

**222.** Si la responsabilidad de los asociados á una banda no nace sinó de la participación en el delito *determinado* que la banda cometa, mientras la banda no ha iniciado la ejecución de los delitos, es una asociación perfectamente lícita en el sentido estricto de los términos de nuestra ley: no está reprimida ! Ciertamente es que el artículo 28 dice que en caso de delito no consumado, la organización del complot se castigará como tentativa del delito convenido: y que el artículo 31 hace aplicable á las bandas las disposiciones de la ley respecto del complot: pero la dificultad está en que no teniendo la banda por objeto la ejecución de un delito cierto nos encontraríamos con este absurdo: *tentativa de delito indeterminado*, lo que haría imposible la fijación de la pena.

**223.** Estudiando más de cerca ese mismo artículo 28 se hallará en él una derogación de los principios generales sobre la tentativa, inscrita en un título independiente del de ésta. En efecto, en ese artículo se dice que, en caso de delito no consumado, la organización del complot se castigará como tentativa del de-

(1) Artículos 26 y 31.

(2) Artículo 30.



lito convenido. No es, pues, el principio de ejecución del delito lo que dará nacimiento á las responsabilidades por tentativa, porque en ese caso no tendría el Código nada que decir en este título que no esté dicho en el de la tentativa. El proyecto Tejedor no castigaba la organización del complot, sinó en razón del grado de ejecución á que se hubiera llegado en el delito; pero esta parte fué suprimida en la sanción del Código. Los términos *en caso de delito no consumado* parecerían indicar que se tuvo intención de referirse al que-comenzó á realizarse y no se consumó; pero, en su acepción más amplia, delito no consumado puede ser tanto el pensado como el preparado ó tentado. Si lo que el Código se propone castigar es el principio de ejecución que indica la resolución de cometer un delito ¿por qué refiere en la redacción de ese artículo ese castigo á la organización del complot? Si en cambio, lo que quiere castigar como tentativa es la simple organización ¿por qué ha agregado los términos *en caso de delito no consumado*? Si ese artículo es una regla ó una excepción de la legislación sobre tentativa ¿qué justifica su colocación en el título de los autores principales? Por otra parte ¿por qué ha de ser penada la organización del complot y no la organización de la banda? Es indudablemente el artículo 28 de difícil explicación; pero, teniendo en cuenta los principios generales fijados respecto de la tentativa, la intención que parece manifestarse en las primeras palabras del artículo, la redacción que traía el artículo correlativo del proyecto Tejedor, la que puede haberse creído redundante sin que en la nueva se tuviera in-



tención de reformar la disposición (1); la abierta contradicción que resultaría de castigar la organización del complot y dejar sin castigo la organización de la banda, más temible porque no se sabe donde ejecutará sus delitos, me inclinan á pensar que el Código no se haya propuesto castigar la mera organización del complot, sinó el principio de ejecución del delito convenido, careciendo en este caso de objeto todo el artículo por estar comprendida su disposición entre las prescripciones sobre la tentativa.

**224.** Lo que constituye el complot, según el artículo 25, es el acuerdo de dos ó más individuos en cometer un delito determinado bajo promesa de recíproco auxilio, obligándose á ejecutarlo conjuntamente. Pero llevo dicho que el solo complot no origina responsabilidades; éstas nacen del hecho de que antes, durante ó después de la ejecución (es indispensable que haya ejecución) se muestre uno en aptitud de cooperar ó mantenga á sus compañeros en la convicción de que podrán contar con su auxilio.

Esta disposición, separada de la enumeración del artículo 21 y con prescripciones especiales, hace creer en la existencia de un género de co-delincuencia distinto, y cuyos caracteres de semejanza no son, sin embargo, perceptibles. En la participación en el complot hay, desde luego, concurso de voluntad capaz de determinar

(1) El artículo del proyecto Tejedor decía así: En caso de crimen no consumado, la organización del complot se castigará como tentativa, considerándola próxima ó remota *según que la ejecución misma* haya sido próxima ó remota, con excepción de los casos en que la ley expresamente impone la pena de consumación.





el autor principal, ¿qué se opone entonces á considerar la sociedad para el delito como un hecho de igual naturaleza á los enunciados en el inciso 3º del artículo 21? He consignado ya la lógica enumeración de Carrara: mandato, orden, coacción, consejo, *sociedad para delinquir*. Esto es lo verdadero: donde entra el mandato como causa generadora de responsabilidad criminal, cabe igualmente ó con mayor motivo la sociedad. Ni siquiera los distingos doctrinarios justifican la separación.

Si hubo más que concurso de voluntad, si el asociado participó en la ejecución material del hecho, la responsabilidad existirá también por estos otros motivos, y entonces se estará indiscutiblemente bajo lo dispuesto en los dos primeros incisos.

**225.** No puede citarse en apoyo de la disposición, ni la importante autoridad del código español, ni la de sus comentadores. Lo que allí se castiga y lo que por éstos ha sido discutido es si la conspiración y la proposición son punibles por sí mismas, esto es, independientemente de la ejecución ó tentativa de ejecución del delito. La conspiración es exactamente lo que llamamos complot: “existe cuando dos ó más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo” (1). La discusión ha subsistido sobre este punto: si debiera ser penada la conspiración para todo género de delitos ó sólo para delitos determinados, y alternativamente se ha consignado uno ú otro principio en las diversas reformas del código. La sociedad tiene necesidad de defen-

(1) Artículo 4º del código penal español.



derse de la asociación para el delito, pero la solución de la cuestión no queda resuelta con justicia dentro de aquellas reglas. La solución está en fijar los caracteres en que la asociación para delinquir es por sí misma un daño efectivo para la sociedad é indispensable su represión. Conocida es la existencia de las bandas de ladrones en las grandes ciudades y aún de asociaciones para otro género de delitos ó para ejecutar delitos indeterminados. Tales asociaciones deben necesariamente ser reprimidas, y sus asociados ser penados por el solo hecho de asociarse. Así lo hacen muchos códigos europeos y el reciente código de la República Oriental del Uruguay, cuyo artículo 136 declara delito toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra la moralidad, contra las personas ó contra las propiedades, por el solo hecho de su organización. Una disposición en este sentido no ha merecido aún la atención de nuestros legisladores, aunque fué recomendada por el Ministro de justicia, doctor Leguizamón, en la Memoria de 1876.

**226.** Los partícipes comunes del complot, dice el artículo 26, serán castigados con la pena ordinaria del delito cometido. Sin embargo, si esta pena tuviera un máximun y un mínimun se graduará en la extensión de sus límites legales y se infligirá á los diferentes partícipes, según la mayor ó menor gravedad de su cooperación real, con excepción de los jefes que serán castigados con el máximun de la pena.

Nada hay que justifique que respecto de los partícipes de un complot sea posible la graduación de la pena en razón de su cooperación real en el delito y no se esta-



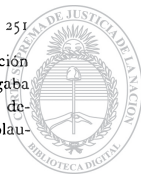
blezca igual disposición sobre las demás formas de participación. Por otra parte, esa disposición constituye una excepción á lo dispuesto en el artículo 52, excepción que, sin embargo, debiera ser regla general: según el artículo 52, el criterio para la graduación de las penas es el de las circunstancias agravantes ó atenuantes, y entre éstas no se encuentra la que resulta del artículo 26, esto es, la de tener en consideración el menor daño causado ó la menor perversidad de que da muestra el delincuente.

**227.** El artículo 29 contiene una incitación á la de la ción: “el partcipe de un complot que no haya cooperado á la ejecución, quedará exento de pena si denuncia el complot á la autoridad antes de la ejecución del delito ó si hace saber su desistimiento á sus compañeros”.

Ha sido en general discutido si un código debe exigir como precio de la exculpación del afiliado á un complot ó á una banda, la delación, que es siempre repugnante, aún cuando por ella se alcance algún bien inmediato para la sociedad. Invócase para sostenerla el interés de ésta en descubrir las ocultas maquinaciones del crimen para preservarse de él ó reprimirlo. Opónesele, aparte de la vileza de la acción, que no hay lógica en exonerar de pena al que desiste voluntariamente del delito cuya ejecución ha iniciado, y en castigar, si no delata, al que después de haberse complotado, desiste y no inicia su participación en el delito.

El Código no hace de la denuncia prenda exclusiva de la exculpación: quedan al complotado dos caminos, la denuncia á la autoridad y la notificación á sus compañe-

ros. Una ú otra cosa han de hacerse *antes* de la ejecución del delito. El artículo del proyecto Tejedor castigaba como cómplice al que se limitaba á hacer saber su desistimiento á sus compañeros. La reforma es plausible.





## CAPÍTULO XII

### DE LA COMPLICIDAD

(Artículos 32 á 41)



228. Diversos sistemas de legislar la complicidad. — 229. Método que debe adoptarse. — 230. Graduación en la complicidad. — 231. Disposición general del artículo 32. — 232. Complicidad resultante de participación moral en el delito. — 233. Complicidad por culpa. — 234. Instrucciones dadas con voluntad criminal. — 235. La responsabilidad del partícipe moral nace de la ejecución ó tentativa de ejecución por los medios indicados por él. — 236. Complicidad resultante de procurar los objetos ó instrumentos para la ejecución del delito. — 237. Cooperación de este género, intencional ó por culpa. — 238. Complicidad por asistencia ó ayuda en la ejecución. — 239. Complicidad de los funcionarios de Estado y agentes públicos. — 240. Complicidad del que por consejos ú otros medios fortifica la resolución tomada de cometer un delito. — 241. Complicidad de los miembros de una banda que no toman parte en la ejecución del delito. — 242. Complicidad de segundo grado, por instrucciones. — 243. La misma, procurando al actor principal objetos ó instrumentos del delito. — 244. La misma, de los funcionarios ó agentes públicos. — 245. Promesa, anterior al hecho, de ocultarlo ó prestar otra ayuda después de consumado. — 246. Penalidad de la complicidad; lugar en que pudo tratarse



de ella. — 247. Fundamento de la graduación de la penalidad. — 248. Pena de la complicidad de primer grado. — 249. Maneras en que debiera castigarse la complicidad. — 250. Disminución de la pena con relación á la intención. — 251. Complicidad en la tentativa. — 252. Complicidad en la tentativa no punible en el autor principal. — 253. Inejecución de la promesa de cooperar á un delito. — 254. No hay cómplices sin un hecho principal punible.

**228.** “Uno de tres sistemas, dice Groizard (1), hay que adoptar al erigir en delito la complicidad: 1º enumerar taxativamente los medios de cooperación que la constituyen; 2º fijar principios generales, y dejar á los tribunales que con arreglo á ellos resuelvan los casos particulares; 3º libertad completa de apreciación judicial.”

Nuestro Código, siguiendo al proyecto Tejedor, al código de Baviera, al código francés, al belga, etc., adopta el primer sistema. A propósito de éste, agrega Groizard que aspira á cerrar la puerta á la arbitrariedad y la cierra á la justicia.

Sobre el último sistema, que es también el que existió entre nosotros antes de la reforma que introdujo el proyecto Tejedor, dice el mismo autor que erige en sistema la arbitrariedad y que es incompatible con todo procedimiento científico.

El segundo sistema es el seguido por el código español en su artículo 15: “son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo 13, cooperan á la ejecución del hecho por actos anteriores ó simultáneos”.

(1) *El Código penal de 1870*, tomo 1º, página 583.



**229.** ¿Cuál de éstos es el que cuenta con el apoyo de la razón?

Hé aquí una opinión autorizada: “En cuanto á la participación de varias personas en el mismo crimen, es la ley la que debe resolver la cuestión de si se reconocerá dos especies de participación (co-delincuencia, complicidad) ó una sola especie. Es en la ley que debe indicarse *de una manera general* los caracteres de la participación, y los que distinguen la *co-delincuencia* de la *complicidad*, si esta distinción es admitida. Pero la *apreciación de los hechos*, en sus relaciones con el principio dirigente establecido por la ley, *pertenece al juez*. Si el legislador indica hechos particulares, sólo debe ser por vía de explicación y de ejemplo” (1).

La ley debe proceder en cuanto sea factible por preceptos generales que comprendan todo un orden de hechos posibles de producirse. Debe huir de las enumeraciones que tienen el peligro de ser incompletas, agregado á las dificultades no siempre salvables de determinar los caracteres precisos de cada especie dentro del género. Debe, sobre todo, evitar la tarea de la clasificación de los hechos producidos, ajustándolos á las especies fijadas por la ley, cuando ningún interés práctico y positivo se reportará para ello en las funciones de la represión. El objeto de la ley no es el de colocar en distribución simétrica las distinciones sutiles que puede formular la doctrina, ni la variedad de casos que la práctica puede ofrecer.

**230.** El proyecto de Tejedor creyó posible proceder

(1) Rossi, *Traité de droit pénal*, libro IV, capítulo IV.





por enumeraciones, y, dividida ya la materia de la participación en tres títulos, dividió uno de ellos, la complicidad, en tres grados. El Código no aceptó el tercer grado de complicidad. La Comisión redactora del código penal militar, presidida por el doctor Obarrio, emite esta opinión en su nota al artículo 25: “Esta división de la complicidad, adoptada también por algunos otros códigos, ha sido justamente criticada, ya por las dificultades que ofrece la previsión de todos los casos que puedan ocurrir para señalarle de antemano el lugar que les corresponda” en las diversas agrupaciones formadas por la ley, ya por la oscuridad que puede producir la diversidad de distinciones que se establecen en la misma. La Comisión ha pensado que la ley respecto de la complicidad debe limitarse á fijar reglas generales que abracen todos los casos posibles de ocurrir en esta especie de participación criminal”.

**231.** Nuestro artículo 32 trae una disposición general idéntica á la del artículo 15 del código español, que fija los caracteres de la complicidad: “son cómplices los que no hallándose comprendidos en las disposiciones del título anterior, cooperen á la ejecución de un delito por actos anteriores ó simultáneos”. Este artículo presupone el conocimiento completo del título anterior. Examinada la participación de un delincuente en un hecho criminoso, si no puede juzgársele autor principal, en razón de no ser él la causa determinante del delito ó su ejecutor ó por cualquier otro motivo, procede la clasificación de cómplice ó la de encubridor. Lo he consignado ya: la participación del cómplice y del autor principal es por *actos “anteriores ó simultáneos”* á la ejecución



del delito: la del encubridor es por *actos posteriores* á la ejecución.

El Código ha debido adoptar uno ú otro en los sistemas antes enunciados: establecer los caracteres de la complicidad en género, ó enumerar sus especies. Pero transcribiendo el artículo 15 del código español á la cabeza del título de la complicidad, y siguiendo á continuación al código de Baviera ó á Tejedor, el artículo 32 queda en la condición de una definición sin objeto. No es, en efecto, la complicidad en género lo que el Código castiga, sinó tal ó cual especie de complicidad, por los medios enumerados en los artículos 33 y 36. En las diversas formas que en realidad puede asumir la cooperación á la ejecución de los delitos, es posible alguna que no se ajuste á los términos de las enumeraciones, estando sin embargo dentro de los términos generales del artículo 32: habría complicidad según éste; pero no habría pena, por estar las penas fijadas con relación á los grados de la complicidad (arts. 34 y 37).

**232.** Examinando de cerca los diversos medios de complicidad que el Código define y enumera, seguiré en su orden las disposiciones legales.

El inciso 1º del artículo 33 se refiere á la participación moral que constituye complicidad: son cómplices los que dán instrucciones para la ejecución del delito siempre que sean seguidas en todo ó en parte. ¿Es necesario que conste que los datos ó circunstancias aprovechadas como instrucciones por el autor del delito fueron suministrados en la intención de que sirvieran para la ejecución del delito?

**233.** La voluntad criminal es el elemento esencial del



delito. Parecería corolario inmediato de esta proposición, que no puede haber complicidad por culpa. En el capítulo de la culpa he tratado de la complicidad en la culpa y corresponde ahora examinar si puede haber complicidad por culpa. La negativa cuenta con opiniones autorizadas: la Comisión revisora del código belga decía en su informe, redactado por Hlaus: "El dolo es una condición de todo crimen, y por consiguiente de toda participación criminal. No puede, en consecuencia, admitirse una complicidad por simple culpa, una complicidad involuntaria. Supongamos que en una conversación á la cual asisten personas del sexo, un médico haya indicado los medios de procurar un aborto; supongamos que un criado haya hecho conocer á sus compañeros el sitio en que se encuentra el dinero de su amo y el modo de llegar á él. Si los compañeros del criado aprovechando estas instrucciones roban el dinero, si una mujer hace uso de los medios indicados por el médico para procurarse un aborto, no puede declararse á uno ó á otro cómplice del crimen cometido, á menos que llegue á probarse que las instrucciones eran dadas con intención criminal." No adhiero á esta conclusión. La culpa ó imprudencia es una forma especial de delincuencia que puede presentarse en cualquier género de delito. El Código lo ha entendido así y no ha limitado la culpa al homicidio ó lesiones, como otros. Falta la voluntad criminal, pero falta también la prudencia que puede exigirse de los hombres sensatos (la sociedad debe defenderse de los que no lo son) y esa imprudencia es la que la ley reprime. Esa imprudencia es un hecho suyo, con la que puede ser autor mediato ó favorecedor de la eje-



cución de un daño. La culpa depende, por otra parte, de la apreciación de las circunstancias, y según éstas la misma acción puede ser ó no ser imprudente ó serlo más ó menos. Supóngase al cajero de un banco explicando á los directores del mismo el secreto de las cajas de hierro que acaba de adoptar; supóngase al mismo cajero dando la misma explicación á personas desconocidas ó de cuya honorabilidad no puede fiar. La imprudencia sería manifiesta, y causa mediata ó favorecedora del robo que se cometiera. Los ejemplos podrían multiplicarse; y así, si se nos hace responsables de nuestra imprudencia cuando somos autores directos de un daño ¿con qué lógica se nos hará irresponsables de esa misma imprudencia cuando somos autores mediatos del mismo daño?

**234.** La complicidad á que el inciso se refiere es, sin duda alguna, la que surge de dar las instrucciones para la ejecución del delito, con voluntad criminal. Dar instrucciones es algo más que enunciarlas simplemente: es enunciarlas con el propósito de que pueda hacerse uso de ellas. La imputabilidad del cómplice no es igual á la del culpable de complicidad. El cómplice es reo de una fracción del delito, y, en consecuencia punible con una fracción de pena. Este es el sistema del Código. El cómplice por culpa tiene sólo una fracción de la fracción, desde que la ausencia de voluntad criminal quita al hecho el carácter de delito propiamente dicho, para darle el de mera imprudencia. Una solución distinta quizás fuera posible, donde la culpa no fuera una modalidad general de la delincuencia, y cada acción delictuosa cometida por imprudencia, tuviera su pena fijamente determinada.



**235.** Las instrucciones dadas deben haber sido seguidas por el autor principal en todo ó en parte. La responsabilidad nace de la ejecución ó tentativa de ejecución de los medios indicados por él para la realización del delito. Este es el motivo por el cual algunos códigos no consignan la última parte de la disposición: ella es una consecuencia lógica del sistema.

**236.** El inciso 2º de artículo 33 declara la complicidad resultante de haber procurado al autor principal los objetos ó instrumentos para la ejecución del delito. Proceden á este respecto las mismas consideraciones enunciadas en cuanto á la participación por instrucciones dadas: es necesario que los objetos ó instrumentos hayan sido procurados con intención criminal; lo es que hayan servido para la ejecución del delito. Es preciso agregar otra observación: es asimismo necesario que el objeto ó instrumento no fuera tal que sin él fuera imposible la ejecución del delito, pues en este caso se tendría una cooperación tal que sin ella “el hecho no habría podido tener lugar”, según los términos del inciso 2º del artículo 21, y la participación sería calificada de autor principal.

**237.** Suscítase en la aplicación de este inciso la misma cuestión que en el precedente, ¿es necesario que los objetos ó instrumentos que han servido para la ejecución del delito se hayan suministrado con intención de cooperar á él? Para que exista la complicidad propiamente dicha es indispensable constatar que la cooperación fué intencional. ¿Cómo probar esta intención? ¿Bastará probar que el acusado ha suministrado los instrumentos que sirvieron á la acción *sabiendo que debían*



*servir para ella?* Haus se decide en contra. “El conocimiento del proyecto criminal, dice este autor, no implica siempre y necesariamente la intención del que ha procurado al agente los medios de ejecución, de cooperar á la empresa. El cerrajero que sabe que las llaves que le han sido encargadas están destinadas á cometer un robo, no se hace por este solo hecho cómplice del robo, sobre todo cuando no debe compartir sus beneficios; no se preocupa del fin á que puedan destinarse las llaves, lo que á él le preocupa es cobrar su salario” (1).

Dado los principios que he consignado respecto de la culpa y de la complicidad *por culpa*, dado por otra parte que la provisión de instrumentos para el delito no constituye por nuestro Código un delito especial como en el belga, creo que el caso propuesto es un ejemplo de complicidad por culpa ó imprudencia. No obstante, cuando se prevé ó cuando puede preverse el daño que se causará, es indiscutiblemente proceder con imprudencia ejecutar el hecho. Para la complicidad voluntaria faltaría la resolución, el desco de cooperar á la ejecución del delito; para la complicidad por imprudencia no faltaría ninguno de los caracteres generales de la culpa.

**238.** El inciso 3º se refiere á la complicidad por asistencia ó ayuda en el momento de la ejecución, “sea por una participación directa en la acción principal, sea estando en observación, haciendo reconocimientos ó de cualquiera otra manera”.

“Sea por una *participación directa en la acción principal*”, dice este inciso, copiando el texto del de Tejedor.

(1) *Droit pénal belge*, numero 558. En NYPELS, número 349.



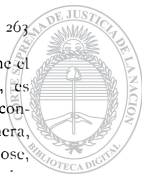
La redacción es impropia y trae al momento una confusión de la noción del cómplice y la del autor principal. La ejecución *directa* del delito, y por la *propia acción*, constituye al ejecutor en autor principal del delito. ¿Qué participación directa en la acción principal podría colocarle en la categoría de cómplice? ¿Qué línea separa la participación directa de la acción principal á que se refiere el inciso 3º del artículo 33 de la ejecución directa del delito, de que habla el inciso 1º del artículo 21?

Evitando esta confusión el proyecto del código penal militar dice: «los que sin haber prestado un inmediato concurso para la ejecución del acto, hayan conscientemente auxiliado á los delincuentes principales, facilitando su ejecución.

Encuentro, sin embargo, superflua la primera parte de esta fórmula. Bastaría decir: los que hayan auxiliado á los delincuentes principales facilitando su ejecución, pues los conceptos de *auxiliar* y *facilitar* la ejecución indican por sí mismos una participación secundaria; ó aún, y esto sería preferible, suprimir del inciso 3º del artículo 33, los ejemplos que, lejos de aclarar, oscurecen el pensamiento del Código.

**239.** El inciso 4º declara especialmente la complicidad de los funcionarios de estado y agentes públicos que estando obligados por razón de su empleo á perseguir el delito, prometan antes del hecho ó en momentos de consumarse, no cumplir con los deberes de su cargo, ó que sin acuerdo previo le prestaran antes ó durante la ejecución un auxilio efectivo de cualquiera manera.

No encuentro una distinción seria entre esta forma de complicidad y la del artículo precedente. No descu-



brir, denunciar, indagar y castigar, cuando se tiene el deber de hacerlo por razón de funciones públicas, es apartar los obstáculos que el delincuente podría encontrar para la consumación del delito, y de esta manera, cooperar, prestar ayuda para la ejecución, entrándose, en consecuencia, en los términos generales del inciso que precede.

**240.** El inciso 5º se refiere al que por consejos ú otros medios fortifique en alguno la resolución tomada anteriormente de cometer un delito.

Ya se ha visto que por el artículo 21, inciso 3º, los consejos eran una forma de participación en el delito, que podía importar la calificación de autor principal. Trátase allí del consejo que es la causa determinante de la acción criminal, el motivo que inclina á tomar la resolución de delinquir. Trátase aquí del que fortifica la resolución ya tomada. Podrían presentarse uno y otro en estas formas: “¿Qué haré de mi enemigo? — Máta!o”. — “He resuelto matar á mi enemigo. — No vaciles, máta!o”.

Estas distinciones parecen claras. Sin embargo ¿cuándo podrá decirse que el consejo fortifica la resolución? Se concibe cuán difícil es fijar límites precisos á los fenómenos psicológicos, y cuán vanas pueden resultar las fórmulas jurídicas que pretendan determinarlos. Todo queda librado á la apreciación judicial, al tanto más ó menos apreciado por el espíritu experto del juez, y entonces, tanto vale no escribir las fórmulas y consignar en la ley el precepto general que pueda comprender mayor número de hechos, y los límites de la pena dentro de los cuales sea posible la graduación





según el criterio del juez, ilustrado por los datos de la filosofía, de la doctrina, de la práctica del derecho y del conocimiento del delincuente.

**241.** El inciso 6º se refiere á los miembros de una banda que no han tomado participación en la ejecución de un delito concertado con los compañeros.

Ya en el artículo 30 se ha hablado de la responsabilidad de los asociados á una banda; son considerados autores de todos los hechos, salvo la prueba en contrario de la no participación en el hecho ó hechos determinados. Puede el asociado á una banda no participar en la ejecución de un delito por dos circunstancias: por no haberlo concertado con sus compañeros; por haberlo concertado, y haberse abstenido de ejecutarlo. En el primer caso, no hay pena: en el segundo, hay la de la complicidad de primer grado.

Es fácil observar que esto último no está en completo acuerdo con lo dispuesto sobre el complot en el artículo 25, según el cual la responsabilidad de los que han resuelto bajo promesa de recíproco auxilio ejecutar conjuntamente un delito, es la de autores principales, ni con la del artículo 29, para el cual la exención de pena sólo nace de hacer saber á los compañeros el desistimiento.

**242.** El Código consigna en los cuatro incisos del artículo 36 la enumeración de los actos que constituyen la complicidad de segundo grado. Son maneras imperfectas de la cooperación que constituye el primer grado.

El inciso 1º se refiere á las instrucciones de que habla el 1º del artículo 33 “cuando no se verifiquen com-



pletamente las demás condiciones del mismo". ¿Cuáles son esas condiciones? La de que el delito se haya cometido siguiendo las instrucciones dadas *en todo ó en parte*. Cuando no exista esta condición, esto es, cuando no se haya seguido ni en todo ni en parte las instrucciones dadas, habrá complicidad de segundo grado. Esta conclusión es la única que cabe dentro de la estricta interpretación del texto de los incisos mencionados, pero puede encontrarse que no es lógica con el sistema penal que inspira el Código. Son elementos ó fuerzas del delito, como las llama Carrara, la voluntad criminal, y la ejecución ó principio de ejecución material del hecho inspirado por aquella voluntad. En la explicación lógica de estos elementos, se ha visto, con el mismo autor, que se puede participar en un delito por concurso de voluntad sin concurso de acción, por concurso de acción sin concurso de voluntad, y por concurso de acción y concurso de voluntad. Ahora bien; el que dá instrucciones para la ejecución del delito, presta su concurso de voluntad sin concurso de acción, cuando esas instrucciones son seguidas en todo ó en parte; pero cuando no son absolutamente seguidas en manera alguna, no hay concurso de voluntad, ni concurso de acción; no hay más que la manifestación de una mala intención no justiciable.

**243.** El inciso 2º se refiere á los que han procurado al actor principal los objetos ó instrumentos que no podían servir sinó para los actos preparatorios ó accesorios, ó para empresas ó proyectos posteriores á la ejecución de la acción principal. Relaciónase esta disposición á la del inciso 2º del artículo 33, y suministra

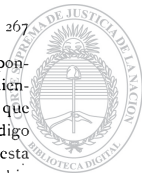


un criterio para la distinción del grado de complicidad, el que los objetos ó instrumentos hayan servido para la ejecución del delito ó sólo para los actos accesorios ó empresas posteriores al mismo. Es necesario que el objeto ó instrumento no sea tal que sin él fuera imposible la ejecución del delito, pues en este caso la cooperación sería de autor principal. Las circunstancias que rodeen cada caso, apreciadas por el criterio judicial, determinarán la inscripción de un hecho en cualquiera de las clasificaciones indicadas, que no pueden ser distinguidas por una línea exacta y precisa de separación.

**244.** El inciso 3° es correlativo del mismo número del artículo 33. Caracteriza al primero la promesa anterior ó contemporánea al hecho del delito, de no cumplir el funcionario público los deberes de su cargo, ó el auxilio efectivo durante la ejecución. Es una participación atenuada de los mismos la de los funcionarios que, *sin estar en inteligencia* con los autores principales, facilitan la ejecución del hecho, y omiten á sabiendas, y con intención culpable, llenar los deberes de su cargo antes de la consumación del hecho.

**245.** La promesa, anterior al hecho, de ocultarlo ó prestar á los autores alguna ayuda después de consumado, constituye según el inciso 4° una complicidad de segundo grado. Podría creerse que este orden de hechos constituiría antes la responsabilidad de los encubridores que la de los cómplices, pero aunque los actos sean posteriores, la participación voluntaria es *anterior* y puede haber sido motivo para la consumación del crimen; es, por lo tanto, una de las causas de la existencia de éste.

**246.** Parecería más ajustado á un orden metódico ha-



ber reservado la determinación de las penas correspondientes á la complicidad, como antes las correspondientes á la tentativa, para la Sección II del Libro 1<sup>o</sup>, que trata de las penas en general, como lo hace el código español. Pero puede comprenderse fácilmente que esta observación no es de transcendencia, y que el cambio de colocación no altera la importancia de las disposiciones.

**247.** Admitidas las distintas maneras de participación en el delito, síguese como consecuencia necesaria, la distinta penalidad para cada grado de participación. La equiparación de cómplices y autores con respecto á la penalidad, impuesta por el código francés, ha sido justa y severamente criticada, y en general la legislación ha sancionado el principio contrario. Cualquiera que sea el sistema que se acepte en la formación de un código, es posible fijar para la participación secundaria en el delito una pena menor que la que corresponde á los autores principales. Si es el deseo de hacer justicia con arreglo á una noción preconcebida de lo justo, la equidad aconseja no castigar de la misma manera al que fué menos delincuente que al que lo fué más: si es el de la defensa social, la temibilidad del que sólo llega á tener una participación secundaria en el delito, es, por éste solo dato naturalmente menor que la del que la tiene principal. Hay aún motivos de utilidad en la diferencia de las penas aplicables á uno ó á otro. He aquí como los expresa Rossi:

“Pronunciar contra un cómplice cualquiera, la misma pena que contra el autor del crimen, es frecuentemente el medio de poner á los tribunales en el caso de no de-



clarar probada la complicidad. Es también uno de los casos en que se llega á la impunidad por la vía del terror.

“Hay más aún: los cómplices forman con los autores del delito una especie de asociación. ¿Convendrá igualar para todos los riesgos de la empresa criminal? Creeríase tal ley sugerida por los criminales. En efecto, cuanto mayor es el peligro á que se exponen los hombres asociados para el crimen más tratan de que este peligro sea igual para todos. ¿Interesará al legislador secundar estos propósitos? Haced al contrario que haya á los ojos de la justicia, papeles principales y papeles secundarios en la tragedia del crimen: su distribución será menos fácil y á veces la pieza no será ejecutada por las disensiones de los actores. Se acuerda, á veces, la impunidad ó una conmutación de pena á uno de los cómplices con el fin de obtener revelaciones, medida que puede ser excusada por la necesidad, pero que repugna siempre á los hombres honrados: ella da á la justicia el auxilio de la traición. Esta desunión que suele introducirse entre los autores ó cómplices de un crimen consumado, sería más moral y más útil sembrarla entre los que deliberan sobre un crimen proyectado” (1).

**248.** El Código ha reformado la penalidad del proyecto Tejedor en cuanto á la complicidad, y la reforma es plausible. La complicidad de primer grado se castigaba con la pena inmediatamente inferior cuando el crimen cometido tenía pena de muerte. Sin embargo, la eficacia de la complicidad, y la perversidad del cómplice podían

(1) *Traité de droit pénal*, liv. II, ch. XXXIV.



variar mucho en grado, y convenía poder ajustar la pena á esta variación de circunstancias. Por el Código se castiga la complicidad de primer grado en el crimen castigado con pena de muerte, con presidio de diez años hasta por tiempo indeterminado.

**249.** Consecuente con las opiniones antes manifestadas sobre la imposibilidad de imponer caracteres precisos y límites determinados á los distintos grados de complicidad, pienso: 1° que la penalidad debiera ser una sola, con un máximun y un mínimun amplio, dentro del cual se pudiera ajustar á cada caso, la pena que según las circunstancias en que se produjera le correspondería; 2° que la determinación de esa pena dentro del máximun y mínimun no se ajustara á las reglas establecidas por el artículo 52, pues las causas de atenuación ó de agravación á que ese artículo se refiere, no bastarían para proporcionarla, por ser necesario considerar independientemente de ella la influencia real que ejerció el cómplice en la ejecución del delito.

**250.** El artículo 38 es un nuevo desmentido al principio declarado por el artículo 4° que en oportunidad observé. Establécese en él, que al que emprende una acción susceptible de producir un mal mayor que el delito que realmente se cometió, no se le admitirá excusa de que su intención fué sólo cometer el delito menos grave. La lógica hubiera aconsejado la declaración de un principio análogo de la complicidad, pero la equidad ha inclinado á una solución contraria.

**251.** La primera parte del artículo 39 sienta un principio sobre el cual no hay duda alguna. Si el delito á que se intenta cooperar queda en los límites de la ten-



tativa, la pena que deba imponerse al cómplice obedecerá á estas dos proposiciones: 1ª relación de la pena de la tentativa á la del delito; 2ª relación de la pena de la complicidad á la de la tentativa.

Transcribiendo al pié de la letra la nota del doctor Tejedor, resulta erróneo el ejemplo que para ilustrar este punto presenta el Doctor Aguirre. Lo rectificaré. Dado un crimen que la ley castiga con pena de muerte, la pena del autor de la tentativa sería de diez años hasta por tiempo indeterminado (art. 12, inc. 1º), la pena del cómplice de primer grado sería: si se imponía presidio por tiempo indeterminado, seis á nueve años de presidio ó penitenciaria; si el presidio era por tiempo determinado mayor de seis años, con pena de tres á cinco años (art. 34, inc. 2º y 3º).

Esta es la proporción en que estrictamente debe graduarse la pena del cómplice de primer grado en la tentativa de delito castigado con pena de muerte.

Que por ella puede resultar una falta de proporción comparando las penas que corresponden á la complicidad en la tentativa de varios delitos, es por otra parte evidente. El homicidio de que habla el artículo 95 puede ser castigado con presidio por tiempo determinado (inciso 3º): el de que habla el artículo 96, incisos 1º y 2º, puede serlo con presidio mayor de seis años. Son delitos de gravedad distinta que aparecen perfectamente separados en la ley: la pena del cómplice en la de cualquiera de ellos sería siempre la misma: tres á cinco años de presidio ó penitenciaria.

Resulta esto de ser diferentes el mínimum de la pena de tentativa fijado en el artículo 12, inciso 1º y el mini-



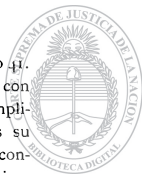
mun de la pena de tentativa que toma en cuenta el artículo 34, inciso 3°

**252.** Por la segunda parte del artículo 39 se admite la posibilidad de que una tentativa no pasible de pena alguna en el autor principal pueda importar pena para el cómplice. No se trata de las causas de exención de pena inherentes á la persona del autor. Es posible que el cómplice haya ejecutado por su parte los actos que debieran constituir complicidad sin que el autor principal ejecutara el delito: puede haber dado al autor las instrucciones sobre el modo de ejecutar el delito; puede haber suministrado los instrumentos para su ejecución: puede haber prometido como funcionario público no cumplir los deberes de su cargo: puede haber fortificado por consejos ú otros medios la resolución de cometer un delito, ¿serían punibles como tentativa de complicidad estos hechos? Constituirían ciertamente una tentativa de complicidad, pero este género de tentativa no es punible. No hay cómplices sin un hecho principal, dice el artículo 41. Los actos constitutivos de participación, dice Haus, no tienen por regla general criminalidad propia; no son punibles sinó porque se refieren á un hecho principal que la ley califica de delito y que le imprime su carácter delictuoso: á falta de ese vínculo quedan impunes, y, si algunos pueden ser inculcados por la ley, lo serán como delitos particulares, y nó como tentativa de participación criminal (1).

En realidad no hay una distinción perceptible en-

(1) HAU, *Droit pénal belge*, número 500; CHAUVEAU ET HÉLIE, número 299.



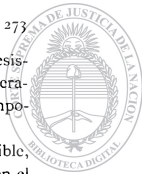


tre la segunda parte del artículo 39 y el artículo 41.

**253.** La disposición del artículo 40 es concordante con la del artículo 29. Dice así: "El que antes del cumplimiento de un delito haya prometido á los culpables su cooperación para el tiempo solamente que siga á la consumación del delito, no quedará disculpado por la ejecución de su promesa después de cometida la acción, si antes que esta acción se consumase no hubiese declarado clara y expresamente á los culpables que retiraba su palabra."

Podría figurar esta disposición como común á los títulos de los autores principales y de los cómplices. Acordada la participación en un delito, sea como autor principal, sea como cómplice, el solo desistimiento no produce la exculpación: es necesario que haya sido expresamente declarado á los coparticipes. La promesa puede haber sido un motivo para la ejecución del delito.

En lo que no puede encontrarse fácil explicación es en que ésta disposición se limita por el artículo 40 á la promesa de cooperación para el tiempo que siga á la ejecución del delito. Cuando acordada la complicidad, el cómplice hace saber su desistimiento á sus compañeros ¿estará exento de pena? La excepción tomada en cuenta por el artículo 40 inclinará á resolver la negativa. El artículo 58 de Tejedor, que precedía al que el Código ha transcripto con el número 40, califica de complicidad tentada la del cómplice que no presta á un crimen la cooperación que había convenido dar, ó que desiste de la que hubiese comenzado, antes que haya podido ser útil al autor principal. El Código ha suprimido este artículo. ¿Qué dice en su lugar? Nada. Si no ha habido principio



de ejecución del delito, el cómplice que declare su desistimiento debe ser eximido de pena, sea que la cooperación que ofreció fuera de un hecho anterior, contemporáneo ó posterior á la ejecución del delito.

**254.** No hay cómplices sin un hecho principal punible, dice el artículo 41. La razón está dada por Haus en el párrafo precedentemente transcripto. La exención de pena ó atenuación por razón de las condiciones personales no se comunica á los cómplices. No es, en consecuencia necesario que se justifique, para penar al cómplice, quién fué el autor del delito y qué grado de relación entre ellos existió para su comisión, como lo había declarado la Cámara de Apelaciones de la Capital, respecto de los auxiliadores, apoyándose en el texto de los artículos 61 y 62 del código Tejedor. Bastará poder determinar qué participación en el hecho tuvo el imputado de complicidad.



## CAPÍTULO XIII

### DE LOS ENCUBRIDORES

(Artículos 42 á 45)



255. Método seguido en general para legislar la coparticipación en el delito. — 256. La responsabilidad de los encubridores debe legislarse como delito especial. — 257. Actos que engendran responsabilidad por encubrimiento: a) ocultación del delincuente; b) desaparición de los rastros del delito; c) aprovechamiento del delito. — 258. El solo conocimiento de la existencia del delito no engendra responsabilidad. — 259. Necesidad de que se compruebe la intención criminal. — 260. Un acto material sin conocimiento del delito no engendra responsabilidad. — 261. Protección habitual de malhechores. — 262. Omisión de denuncia obligatoria. — 263. Penalidad por el encubrimiento. — 264. Exención de pena por ocultación. — *Secreto profesional*. — 265. Fundamentos de la exención de pena. — 266. Crítica de la disposición legal. — 267. Alcance que debe darse á la disposición legal. — 268. La regla general debe ser la denuncia obligatoria; la excepción, la irresponsabilidad por respeto al secreto profesional. — 269. Los códigos no deben legislar sobre debéres profesionales.

**255.** Los títulos IV, V y VI del Código Penal contienen bajo los epígrafes *de los autores principales, de los*



*cómplices y encubridores*, las disposiciones que algunos códigos, como el español y el uruguayo, agrupan bajo el título de *las personas responsables de los delitos*.

Se ha seguido en esto el método del código Tejedor. Pero, si bien aparece tratada la materia bajo los tres epígrafes indicados, no puede asegurarse que fundamentalmente difiera un método de otro.

256. Examinando lo que constituye la calidad de autor principal y la de cómplice, se encuentra de común entre una y otra, que los actos ejecutados son *anteriores* ó *contemporáneos* á la ejecución del delito, ó proceden de un acuerdo *anterior*.

La responsabilidad de los encubridores es siempre por actos *posteriores* á la ejecución del delito, realizados *sin promesa anterior* (art. 42).

¿Cómo vincular entonces el encubridor á la responsabilidad del autor principal y del cómplice, si el delito cometido por éstos era ya perfecto, completamente consumado, cuando el encubridor lo ignoraba aún ? ¿Cómo puede hablarse de cooperación á la ejecución de un hecho después que esté completamente realizado ?

Ni es exacto el método de los códigos español y uruguayo, porque incluye á los encubridores entre las personas responsables del delito; ni es exacto el de nuestro Código, que aunque legisla en título aparte sobre *encubridores*, no ha dado á este título su verdadera colocación, ni se ha separado con ello fundamentalmente del primero.

El único caso en que la responsabilidad de los encubridores *puede* quedar vinculada á la de los autores principales y cómplices, es el de acoger, proteger *habi-*



*tualmente* á los malhechores, que es el de la prescripción del inciso 5º del artículo 42. “El hábito de ocultar á los malhechores, dice Haus, hábito sobre el cual éstos pueden contar, encierra de parte del ocultador la promesa de prestarles ayuda y asistencia después de la perpetración de los crímenes que tienen intención de cometer. Esta promesa, este acuerdo que se forma por el hecho mismo entre los malhechores y los fautores habituales, facilita la ejecución de los proyectos criminales, asegurando á sus autores el auxilio para sustraerlos á la acción de la justicia y un lugar seguro para depositar el producto de sus crímenes. Pero notémoslo bien, no es la ocultación sola, es el *hábito de ocultar* lo que constituye el *acto de complicidad*” (1).

El artículo 68 del código penal belga, lo mismo que el 61 del código francés, comprenden entre los cómplices á los que dan *habitualmente* alojamiento, lugar de retiro ó de reunión á los criminales: disposición que establece, como dice con propiedad Nypels, una complicidad *especial*, fundada sobre una *presunción*. La ocultación de criminales constituye un delito especial previsto por el artículo 339, y la ocultación de cosas el delito previsto por los artículos 504 y 505.

El nuevo código italiano también ha legislado esta materia con arreglo á este exacto criterio. Bajo el título *del concurso de varias personas en un delito* (2) ha tratado de lo que nosotros llamaríamos autores principa-

(1) Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, número 562.

(2) Artículos 62 á 65.



les y cómplices, y en el título de los delitos contra la administración de justicia ha incluido un capítulo *del favoreggiamento*, en que castiga el encubrimiento como un delito especial (1).

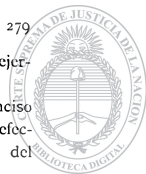
Esta es la forma en que debió legislarse en nuestro Código esta materia.

**257.** En las disposiciones del artículo 42 se encuentran previstos los delitos de ocultación del delincuente, de desaparición de los rastros del delito y de participación en el provecho obtenido.

a) Respecto á la ocultación de la persona, los incisos 1º, 4º, 5º y 7º declaran encubridores á los que *sin promesa anterior al delito*, ocultan ó facilitan la fuga del delincuente *para sustraerlo á la justicia*; ó niegan á la autoridad, sin motivo legítimo, el permiso de penetrar al domicilio para tomar la persona del delincuente que se encuentre en él; ó acogen ó protegen habitualmente ó guardan armas y efectos de los malhechores, *sabiendo que lo son*, aunque no se tenga conocimiento determinado de los delitos: ó, por último, á los que teniendo conocimiento de un delito cometido ó de los autores, omitan comunicar á la autoridad lo que saben, cuando tenían obligación de hacerlo por su profesión ó empleo.

b) Respecto de la desaparición de los rastros del delito, los incisos 2º y 6º dicen: “procurar hacer desaparecer los rastros del delito, ocultando los instrumentos con que se cometió ó tratando de que desaparezcan las pruebas de él”; “los funcionarios que por interés, amor ú odio ocultan las pruebas del delito, ya consista esa

(1) Artículo 214.



ocultación en actos afirmativos ó negativos, no ejerciendo las funciones de su empleo”.

c) Respecto del aprovechamiento del delito, el inciso 3º dice: “guardar, esconder, comprar ó vender los efectos sustraídos, para que aprovechen á los autores del delito ó á los encubridores mismos”.

**258.** Resulta de las disposiciones que quedan referidas que el solo conocimiento de la existencia del delito, no constituye al que lo tiene en encubridor. Es necesario más: una acción ó una abstención encubridora. Una acción, ocultando ó facilitando la fuga del delincuente, haciendo desaparecer los rastros del delito, escondiendo los objetos sustraídos, etc.; una omisión, no cumpliendo obligaciones de funciones públicas.

**259.** Los términos en que están concebidos los artículos indican que es necesaria la comprobación de la intención criminal, para que pueda declararse la responsabilidad de los encubridores. Ocultar ó facilitar la fuga del delincuente no induce responsabilidad, si no es *para sustraerlo á la justicia*: guardar, esconder, comprar ó vender los efectos sustraídos, tampoco la trae, si no es con *el fin de que aproveche á los autores del delito ó á los encubridores mismos*, etc.

**260.** Si el solo conocimiento del delito no importa encubrimiento, tampoco lo importan los actos materiales ó las abstenciones sin el conocimiento. Esta consecuencia se desprende como regla general de los términos del artículo y ha sido declarada por la Cámara de apelaciones de la Capital.

**261.** Constituye excepción á esta regla, el inciso 5º que se refiere al caso en que se acoja ó proteja *habitualmente*





á los malhechores conociéndolos por tales. No es necesario entonces el conocimiento determinado de los delitos.

Pero, ¿cuándo se dirá habitual la protección? El código Tejedor traía una regla á este respecto; “se reputará que hace tal oficio el que fuere convencido de haber dado ya igual auxilio por lucro, al menos á dos crímenes de la misma especie”.

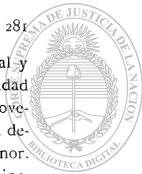
El silencio del Código actual deja librado el hecho á la apreciación de los tribunales; y ésta modificación es digna de aprobación.

**262.** El inciso 7º del artículo 42 habla de la denuncia obligatoria inherente á la *profesión*.

El Código no impone á ninguna profesión que no sea empleo, la obligación de denunciar un hecho, para que sea necesario sancionar esa obligación con la pena de encubridor al que la violare.

Si deben denunciar los que tengan por razón de su profesión conocimiento de un delito, es una cuestión distinta relacionada con el secreto profesional, de que trataré más adelante. Por esto, y siendo la palabra *funcionarios* del inciso 6º suficientemente genérica, creo que el 7º no tiene objeto ni aplicación.

**263.** La penalidad que el proyecto primitivo imponía á los encubridores ha sido suavizada por el Código. Aquel castigaba á los auxiliadores de primer grado con la pena de los cómplices de segundo, que podía llegar hasta seis años de presidio; á los auxiliadores de segundo grado, con la pena de los cómplices de tercero, que podía llegar á dos años de presidio, y á los auxiliadores de tercer grado con la misma pena que á los de segundo.



Por más que se haya considerado cuán inmoral y odiosa es la protección al delincuente, y con especialidad cuando se hace por profesión ó con interés de aprovechar las consecuencias del delito, la influencia en el delito es remota y su penalidad debe ser mucho menor. Las penas fuertes para los encubridores parecerían inspiradas por el antiguo adagio francés *point de recéleur, point de voleur*, que poco tenía de cierto: el encubridor ignora la existencia del delito cuando éste está ya consumado.

El Código ha tenido en cuenta estos principios y ha fijado para el encubrimiento las penas de prisión ó arresto, según corresponda al delito una pena mayor ó menor de seis años de penitenciaria.

**264.** La ocultación del delincuente, y con este objeto la de los rastros del delito, es á veces una imposición de los sentimientos delicados de la familia y de la amistad. Por eso la ley exime de pena por ocultación á los consanguíneos en línea ascendente y descendente, á los hermanos, cónyuge y afines en primer grado, á los amigos íntimos, á los domésticos y á los que hubiesen recibido del autor del delito grandes beneficios anteriores á éste.

Tal exención no procede cuando la ocultación haya sido por precio ó participando de los efectos del delito. Los motivos de afecto desaparecen entonces, ó no hay por qué respetarlos cuando media una repulsiva participación ó provecho en los efectos del delito.

**265.** Relaciónase á esta materia la importante cuestión del secreto profesional. El inciso 2º del artículo 44 dice que están exentos de penas por ocultación los sacerdo-



tes, médicos y abogados, cuando el secreto les haya sido confiado en ejercicio de sus funciones. Ciertamente es que ningún interés puede bastar para imponer á los que dedican su vida al ejercicio de una profesión noble, la obligación legal de violar las reglas de lealtad é hidalguía, presentes siempre en la conciencia del hombre honrado. La naturaleza de su profesión les hace á veces depositarios de secretos que son confiados á la guarda de aquella lealtad é hidalguía. ¿Puede la ley imponerles como obligación la felonía? Jamás! Más aún, la revelación de secretos que han sido confiados por razón de la profesión es un delito que la ley castiga. El sacerdote que ejerce un ministerio sagrado para los fieles, en quien éstos ven un representante de Dios y que con tal título divino recibe el depósito de la confesión, no puede degradar su ministerio convirtiéndolo en oficio de vil delación; el abogado no puede ser obligado á revelar al tribunal la confesión que en la más sagrada confianza le hizo el delincuente que imploró su defensa: no podría serlo el médico que ha jurado que será ciego cuando fuera introducido en el seno de las familias y que su lengua callará los secretos que se le confiasen.

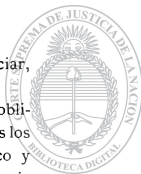
**266.** Pero, ¿autorizará el artículo á que el médico, el abogado y el sacerdote hagan actos de ocultación? Si la denuncia de los delitos que llegan á su conocimiento fuera obligación inherente á su profesión, la abstención de aquel deber constituiría una ocultación, por la que justamente serían eximidos de pena, si á tal conocimiento llegaran por el secreto que se les confiara.

Pero está demostrado que el solo conocimiento que se



tenga del delito no constituye encubrimiento. ¿Serán disculpados el sacerdote, el médico y el abogado que hagan todo lo posible para sustraer un delincuente á la justicia, para hacer desaparecer los rastros del delito, y aún para aprovechar de los efectos sustraídos? Con arreglo al texto de la ley, sí! El artículo 44 los declara exentos de pena por ocultación, por toda ocultación, puesto que la ley no distingue y la disposición del artículo 45 no rige para ellos. Ejemplo: se ha cometido un asesinato y la manera de ocultarlo está en obtener de un médico un certificado de muerte natural. Se le confía el caso bajo el secreto profesional, y se le obtiene un certificado mediante una suma de dinero. ¿Se le declarará encubridor? Nó, según los textos expresados. ¿Se dirá que eso es monstruoso? La culpa está en el texto de la ley.

**267.** La misma monstruosidad que resulta de los textos demuestra que ese no puede ser el principio aceptado ni la voluntad de la ley. La disposición del artículo 44, inciso 2º, supone impuesta á sacerdotes, médicos y abogados la denuncia obligatoria de los delitos que lleguen á su conocimiento cuando ejercen sus funciones, y sin que se les confíen en el secreto profesional. Un sacerdote puede ser llamado á prestar el último sacramento á un moribundo que presenta varias heridas: un médico puede descubrir un envenenamiento al ser llamado á asistir á un enfermo; el Código no les impone la obligación de denunciar el hecho á la autoridad; lo hacen algunos códigos de procedimientos. Para hacer obligatoria esa denuncia habría que *suponer* que el inciso 7º del artículo 42 se refiere á ellos, aunque no resulte de sus términos. No hay cuestión de secreto profesional en tal



caso y su conciencia les inspira el deber de denunciar, como lo impone á todos los hombres.

**268.** Los códigos de procedimientos que hacen obligatoria la denuncia extienden esta obligación á todos los que tengan conocimiento del delito. Esto es lo lógico y racional, porque el único fin de la denuncia obligatoria es facilitar la acción de la justicia en la represión de los delitos, y lo primero que interesa para este objeto es conocer el delito mismo; ningún motivo habria para restringir esta obligación á determinadas profesiones.

Cuando rige esa regla, es justa la excepción que salva la confianza en el secreto profesional: cuando no rige, la excepción sólo puede producir dudas y confusiones ó ser susceptible de perniciosas aplicaciones como lo he demostrado.

**269.** Todo ésto enseña también que han procedido acertadamente los códigos que no han legislado sobre los deberes profesionales sinó para reprimir su transgresión cuando son violados para causar un daño á determinada persona. Una conciencia honrada y una noción clara de los deberes de la profesión, que interesa adquirir á cada uno que la ejerce, es todo lo que puede descarse en esta materia, sin que la ley tercie en los conflictos que puedan producirse por el antagonismo ú oposición de deberes.

## CAPÍTULO XIV

### DE LAS PENAS EN GENERAL

(Artículos 47, 49, 50, 51, 52 y 53)



270. Disposiciones que comprende el título *De las penas en general*. — 271. El Código no contiene reglas para la aplicación de la ley con relación al territorio. — 272. Reglas para la determinación de la pena según las circunstancias agravantes ó atenuantes. — 273. Necesidad que hubo de consignarlas. — 274. Debe atenderse al *carácter* y no al *número* de las circunstancias. — 275. La regla del artículo 52 no puede aplicarse cuando se toma en cuenta el número y no el carácter de las circunstancias. — 276. Concurrencia simultánea de agravantes y atenuantes. — 277. De la aplicación del artículo 53 al 96. — 278. La pena sufrida no extingue la obligación de reparar el daño. — 279. Cómputo de la prisión preventiva. — 280. Sustitución de pena corporal por pena pecuniaria. — 281. Suspensión de la condena por locura del condenado. — 282. La suspensión tiene lugar aún después de la condena de muerte. — 283. Correcciones que no se reputan penas.

**270.** El título *De las penas en general* contiene varias disposiciones referentes á la aplicación de la ley penal,



á la graduación de las penas según la concurrencia de circunstancias agravantes ó atenuantes, á la manera de computar la prisión preventiva, etc.

Las disposiciones de los artículos 46 y 48 quedan tratadas en el capítulo IV por no referirse especialmente á la aplicación de las *penas*, sinó á la de la ley penal.

**271.** Han sido tratadas en aquel punto las cuestiones relativas á la aplicación de la ley penal con relación al tiempo. En cuanto á las que puedan producirse por la aplicación de la ley con relación al territorio, el Código no contiene disposición alguna, no habiendo reproducido las que fueron propuestas en los proyectos anteriores. Esta materia está librada á las reglas que se deduzcan de los preceptos constitucionales y á las leyes que determinan la competencia jurisdiccional.

**272.** En seguida de los preceptos sobre retroactividad de la ley penal, tienen indiscutible importancia en este título las disposiciones de los artículos 52 y 53 relativas á la determinación de la pena que corresponda aplicar en cada caso dentro de los límites que se señalan en la parte especial.

Las reglas de aquellos artículos son las siguientes :

En las penas divisibles por razón de tiempo ó cantidad, la pena correspondiente al delito será el *término medio* ó sea la mitad de la suma del *máximum* y el *mínimum*.

La pena será aumentada hasta el *máximum* y disminuida hasta el *mínimum*, con arreglo al carácter de las circunstancias agravantes ó atenuantes que existan, y salvo determinación especial de calidad, de tiempo ó de lugar que sea hecha por el Código.



Si concurriesen á la vez circunstancias atenuantes y agravantes, los tribunales, según su prudente arbitrio, aplicarán las penas dentro de los límites señalados.

**273.** Había necesidad de consignar estas reglas una vez que el Código ha aceptado con bastante extensión el principio de la divisibilidad de las penas, principio perfectamente racional y justo, y cuya constante aplicación constituye un progreso manifiesto del Código sobre el proyecto Tejedor.

**274.** Según la regla del artículo 52 es el *carácter* de las circunstancias atenuantes ó agravantes lo que deberá tenerse en cuenta para la determinación de la pena. Y subrayo la palabra *carácter*, para hacer notar la consignación de la buena doctrina. Es el carácter y no el *número* lo que en razón y justicia deberá tenerse en cuenta, ya que sería absolutamente imposible atribuir á todas las circunstancias atenuantes ó agravantes la misma importancia. Es esto lo que también reconoce, aún con más extensión, el artículo 88: “los tribunales tomarán en cuenta las circunstancias expresadas en el artículo 84, teniendo en consideración la naturaleza y accidentes del delito”.

**275.** La aplicación de la regla del artículo 52 no es posible cuando la pena fijada para el delito lo ha sido tomando en consideración el *número*, no el *carácter*, de las circunstancias agravantes ó atenuantes. Ejemplo: el artículo 96. Para aplicar el artículo 52 habría que tomar el término medio de las penas fijadas en cada uno de los incisos, como pena fija, y aumentarla ó disminuirla según las circunstancias que concurrieran; pero la concurrencia de una circunstancia cambia inmedia-





tamente el grado de la pena. Tómese, por ejemplo, el inciso 3º: "el homicidio no comprendido en los artículos anteriores será castigado con presidio de *seis á diez* años si no hubiese circunstancia agravante alguna". El término medio de esta pena sería de *ocho* años. ¿Por qué motivo se subiría la pena á diez años ó se bajaría á seis? Si concurriera alguna circunstancia agravante habría que aplicar el inciso 1º del mismo artículo; si concurrieran atenuantes, los incisos 3º y 4º. Es evidente que no cabe en esto la regla que da el doctor Aguirre: "en los casos del artículo 96 debe graduarse la pena según la importancia de la circunstancia de agravación ó de atenuación" (1).

Pero el mal no está en el artículo 52, sinó en el 96 que á su tiempo estudiaré.

**276.** El artículo 53 contiene la conclusión á que necesariamente había que llegar en esta materia. Es al prudente arbitrio de los tribunales que corresponde tomar en consideración el carácter é importancia de las circunstancias atenuantes y agravantes y aplicar la pena dentro de los límites señalados.

**277.** Excusado parecería repetir que las mismas observaciones hechas sobre la aplicación de las reglas del artículo 52 á las penas del 96, proceden sobre las del 53 al mismo artículo. Supóngase un homicidio con estas circunstancias atenuantes: delincuente menor de 18 años; transcurso de la mitad del tiempo necesario para la ejecución; y varias agravantes: ejecución de noche y en des poblado, etc. ¿Cuál será la pena aplicable?

(1) *Código penal anotado y concordado con las notas del proyecto primitivo*, nota al artículo 52.



Sobre esta cuestión debo remitirme á mis observaciones sobre el artículo 96.

**278.** Otra de las disposiciones contenidas en el título *de las penas en general*, es la de que la pena sufrida no extingue la obligación de reparar el daño causado.

Su antecedente es el artículo 80 del código Tejedor. Agregaba éste que la reparación del daño no extinguía ni restringía la pena, ni eximía de ella el perdón del ofendido, y que en consecuencia nada influía en ella la renuncia del ofendido á un derecho que no era el suyo. El artículo actual es solamente una disposición referente á la responsabilidad civil.

Conviene advertir aquí que la responsabilidad civil sólo se encuentra mencionada en los artículos 47, 65 y 176 que contiene una disposición general en el título *de la revelación de secretos*.

La del artículo 47, que en este momento me ocupa, carece de importancia, y no es fácil comprender qué aplicación pueda tener. Antes que declarar que la pena sufrida no extingue la obligación de reparar el daño causado, los códigos se han preocupado de consignar que la reparación del daño no extingue la responsabilidad penal; esto es, que no hay transacción que extinga la acción penal pública. Lo consignaron así las Partidas (ley 22, título 1º, Partida 7ª), el código austriaco (art. 27), el brasileiro (art. 67), el prusiano (§ 53), el portugués (art. 122) y el español (art. 24).

**279.** La prisión preventiva es en absoluto una injusticia; pero en realidad una injusticia necesaria. El mal de esta injusticia no es tal, sin embargo, sinó cuando pesa



sobre un inocente, porque entonces no es reparado. Cuando ha pesado sobre un culpable tiene una adecuada reparación con computarse la prisión preventiva como parte del término de la pena.

A este propósito el artículo 49 dispone que el tiempo de la prisión preventiva se computa en la forma siguiente: por tres días de prisión, uno de presidio; por dos días de prisión, uno de penitenciaría; por uno de prisión otro de la misma pena; por dos días de arresto, uno de prisión; y por uno de esta pena, cuatro pesos de multa. .

**280.** Una cuestión puede producirse sobre la aplicación de la ley de excarcelación vigente en la Capital y en la Provincia de Buenos Aires, en cuanto fijan distintas proporciones que el Código Penal sobre la sustitución de la pena corporal de prisión por pena pecuniaria. La determinación de la equivalencia de las penas tiene que tomar en cuenta la naturaleza misma de éstas, y es, en consecuencia asunto de la ley de fondo. Luego, no sólo no debe prevalecer el cómputo de la ley de fianzas, sino que la sustitución misma de la pena corporal por la pena pecuniaria, es ilegal, en la Provincia, después del Código Penal que no la autoriza.

**281.** El artículo 50 establece que si durante la condena el penado se volviese loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena.

El texto del artículo 50 no es el mismo que el del proyecto Tejedor. Este decía: "los delincuentes que *durante el proceso* ó después de la sentencia cayesen en estado de demencia no sufrirán castigo alguno mientras permanezcan en dicho estado". Había en esta redacción



términos impropios: durante el proceso no se impone castigo alguno al delincuente. La detención preventiva no se reputa castigo, sino medida indispensable á la instrucción, por más que luego sea preciso aceptar el hecho consumado y deducir de la pena la detención preventiva. Pero no es esta la única razón que aconsejaba la adopción de la forma consignada en el artículo 50. Durante el proceso, la persona del reo interesa al procedimiento; será la ley de forma la que dirá qué se hace con el delincuente loco.

Nada obstará á que pueda ejecutarse contra el loco la condenación de pena pecuniaria.

**282.** Hay una cuestión aún que no aparece resuelta por el artículo: ¿podrá ejecutarse en un loco la pena de muerte? Esta duda puede surgir de referirse el artículo solamente á las penas temporarias. La duda no era posible con el texto de Tejedor, *no sufrirán castigo alguno*. Chauveau y Hélie tratan la cuestión en estos términos: “Sería injusto, sería inhumano subir al cadalso á un demente. *Differtur exequutio*, decían los jurisconsultos, *usque ad supervinientiam sanæ mentis*. Sin embargo, Rousseau de la Combe ha contestado este sobreseimiento; quiere que el condenado á muerte enloquecido sea ejecutado, por ser el ejemplo, decía, el principal objeto de la ejecución de las penas. Pero el ejemplo ó la intimidación es uno de los efectos legítimos de la pena, y no su objeto principal; y, luego, en este mismo sistema ¿sería el terror de la pena el único efecto moral de semejante ejecución? ¿No se mezclaría á él alguna piedad para la víctima, alguna indignación de semejante espectáculo? ¿No se sublevaría la conciencia pública contra esa pena



sufrida por un ser sin conciencia de haberla merecido?" (1)

No es posible que llegue á sostenerse en ningún momento entre nosotros la opinión de Rousseau de la Combe; pero de todas maneras hubiera sido mejor declarar, como otros códigos, que se suspenden por la demencia del reo los efectos de la sentencia condenatoria ó su ejecución (2).

**283.** Por el artículo 51 se declara que no se reputan penas la separación ó suspensión de los empleados públicos acordada por las autoridades gubernativas en uso de sus atribuciones, ó por los tribunales durante el proceso ó para instruirlo; ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan á sus subordinados y administradores en uso de su jurisdicción disciplinaria ó atribuciones gubernativas.

Este artículo es igual al 25 del código español, respecto del cual ha dicho uno de sus comentaristas: "juzgámosle de tan escasa significación é importancia dentro de la esfera de la materia penal, que ninguna dificultad hallamos en que se hubiera suprimido en la reforma realizada en el Código" (3).

Pero no es cierto que con no consignar el Código que fueran penas los actos que declara expresamente no ser tales, bastaría para que no fueran estimadas como penas.

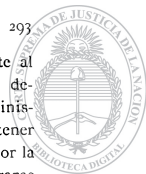
El artículo tiene entre nosotros una importancia que surge del sistema de nuestra organización política. La

(1) *Théorie du code pénal*, número 366.

(2) Código español, artículo 101; código uruguayo, artículo 87; código de Portugal, artículo 93.

(3) GROIZARD. *El código penal de 1870*, tomo 1º, página 109.

sanción de la ley penal está conferida únicamente al Congreso. La separación ó suspensión, la multa y demás correcciones indispensables para el orden administrativo, podrían ser tachadas de ilegítimas por no tener la sanción del Congreso, cuando fueran aplicadas por la autoridad administrativa, aparte de que podría negarse á ésta competencia para aplicar la ley penal. La salvedad consignada en el artículo 51, tiene, pues, para nosotros suficiente utilidad.





## CAPÍTULO XV

### DE LAS CLASES DE PENA

(Artículos 54 y 63)



284. Bajo qué punto de vista conviene considerar aquí las penas. — 285. El *mal* del delito y el *mal* de la pena. — 286. Peligros de los extremos de benignidad y de severidad de las penas. — 287. Necesidad de que se apliquen cierta é ineludiblemente. — 288. Divisibilidad de las penas. — 289. Las penas deben ser reparables. — 290. Deben tener por *efecto* la ejemplaridad. — 291. Debe tenderse á que reformen á ciertos delincuentes. — 292. Penas principales adoptadas por el Código. — 293. Penas no enumeradas en la Parte general. — 294. Penas accesorias. — 295. Sistema del código Tejedor. — 296. Sistema del proyecto de la Comisión revisora.

**284.** La parte más delicada y difícil en la preparación de un código penal es ciertamente la elección de las penas con que debe ordenarse el sistema de represión. No podrá, pues, extrañarse que haya al respecto tanta variedad de opiniones en la doctrina, y tanta diversidad de sistemas en la legislación general.

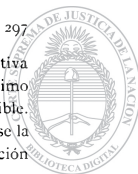




Para mi objeto del momento, limitado á exponer el sistema represivo del Código Penal argentino, juzgo conveniente prescindir de las discusiones doctrinarias de la pena para referirme sólo á algunas de las condiciones que debe revestir, y sobre las cuales no puedan caber dudas ni vacilaciones.

**285.** La idea de *pena*, implica la idea de un *mal*, y en este sentido todas las legislaciones al establecer una pena tratan de infligir un *mal* al autor de otro *mal* que se llama *delito*. Sucede así que la acción del Estado al perseguir el delito tiene por efecto doblar el número de males que el delito produce. Sin embargo, los efectos que en la sociedad producen los dos males son de consecuencias distintas, ó por lo menos, *deben ser* de consecuencias diversas. El mal producido por el delito infunde la alarma y el desórden en la sociedad; el mal producido por la pena tiende á restablecer la tranquilidad y el orden.

**286.** Para que este objeto de la pena se realice es indispensable que la pena no sea tan benigna que no pese como motivo de inhibición en el ánimo del que va á delinquir, ni que revista tales caracteres de crueldad que choque con la civilización y cultura del pueblo en que debe aplicarse. Dado el sentimiento de respeto que el hombre normal tiene hoy por la vida humana, pecaría por benigna la ley que impusiera pena pecuniaria por el delito de homicidio; á la vez que chocarían violentamente con nuestra cultura social las penas de la hoguera, la horca, la castración, la marca, la mutilación y tantas otras que más que actos de represión son signos manifiestos de barbarie.

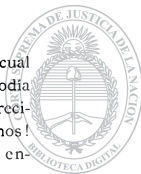


**287.** No basta que la pena pueda pesar por su relativa gravedad como un motivo de inhibición para el ánimo del delincuente; es necesario que sea cierta é ineludible. Pero esta condición, que es de la que puede esperarse la mayor eficacia de la pena, depende en poco de la acción del código penal. Más alienta al crimen una policía inesperta, briosa con los inocentes y torpe con los culpables, y más le alienta el vergonzoso abuso de los indultos y conmutaciones, que lo que podría contenerlo la brutal amenaza de la pena de muerte.

**288.** Dada la infinita variedad de circunstancias con que el delito se produce, debe ser la *divisibilidad* de las penas otra de sus condiciones primordiales. De otra manera resulta una verdadera desigualdad que, pugnando con las nociones de equidad y de justicia, perjudica la aplicación de la ley.

He indicado en otro momento que el proyecto Tejedor, reconociendo en principio la divisibilidad de las penas, no le daba en la parte especial la aplicación necesaria; aplicación que se da con suficiente extensión en el Código actualmente en vigencia.

**289.** Otra de las condiciones de las penas, y de que está absolutamente privada la pena de muerte, es la de ser remisibles ó revocables. “Mientras que las pruebas sean susceptibles de imperfección, dice Bentham, mientras que las apariencias puedan ser engañosas, mientras que los hombres no tengan algún carácter cierto para distinguir lo verdadero de lo falso, una de las primeras seguridades que se deben reciprocamente, es no admitir sin una necesidad demostrada, penas absolutamente irreparables: ¿no se ha visto reunirse contra un acusa-



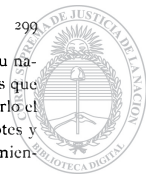
do todas las apariencias del delito, á pesar de lo cual luego se demostró su inocencia, cuando ya no podía hacerse más que gemir sobre los errores de una precipitación presuntuosa? ¡Qué débiles é inocentes somos! Juzgamos como entes limitados y castigamos como entes infalibles! ” (1).

Puede afirmarse en absoluto que sólo las penas pecuniarias son reparables; pero las penas privativas de la libertad si no son totalmente reparables lo son parcialmente, y de esto deriva su superioridad sobre la pena de muerte.

**290.** La pena debe tener *por efecto*, en tanto sea posible, la *ejemplaridad*. Pero la intimidación que se procure obtener en la pena, no debe conducir á imponer al que ha delinquido una pena que exceda la proporción correspondiente á su delito. La mejor ejemplaridad de la pena es la que se deriva de su justicia, y una pena no es justa sinó en la medida que es *necesaria* para el delito especialmente cometido, sin relación á los que otros delinquentes pudieran cometer en lo futuro.

**291.** Debe tenderse en la aplicación de las penas á obtener la reforma del delincuente. La exageración de esta condición de la pena, ha llevado á considerar la enmienda del culpable como único objeto de la penalidad. Yo no veo en esto sinó una razón de conveniencia y utilidad, no con respecto á la aplicación de todas las penas en general, sinó con relación á cierta clase de delinquentes que el hábito y el medio social en que han vivido han podido llevar á una vida inmoral ó viciosa. Lo que, en cambio,

(1) BENTHAM, *Tratados de legislación*, parte III, capítulo IV.



considero indispensable en las penas, es que por su naturaleza no envilezcan, corrompan y degraden á los que deban sufrirla, mucho más de lo que podría hacerlo el delito mismo, como sucedía con las penas de azotes y de marca que conducían á la pérdida de todo sentimiento de dignidad.

**292.** Apuntadas estas condiciones generales que deben revestir las penas, y que podrán servir de antecedente, corresponde enumerar las penas adoptadas por el Código.

En primer término el artículo 54 consigna cuales son las penas que podríamos llamar principales ó de escala, y son las siguientes :

- 1ª Muerte;
- 2ª Presidio por tiempo indeterminado;
- 3ª Presidio desde tres á quince años;
- 4ª Penitenciaria por tiempo indeterminado;
- 5ª Penitenciaria desde tres á quince años;
- 6ª Prisión de uno á tres años ;
- 7ª Arresto de un mes á un año;
- 8ª Destierro de uno á seis años;
- 9ª Inhabilitación absoluta, perpetua y temporal ;
- 10ª Inhabilitación especial, perpetua y temporal;
- 11ª Multa.

**293.** En la parte especial aparecen, en segundo término como penas principales ó accesorias algunas de que no se hace mención en la parte general.

En los artículos 198, 199, 248, 265, 266, 267, 270 y 297 se sanciona la pena de *inhabilitación profesional*; en el artículo 233 la de *servicio de las armas*; en el artículo 244 la de *suspensión* de empleo y en el artículo 262 la de *destitución*.



**294.** El presidio y la penitenciaria llevan como penas accesorias las siguientes:

Inhabilitación absoluta para cargos públicos y para el ejercicio de los derechos políticos activos y pasivos; interdicción civil que importa privación de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos; y sujeción á la vigilancia de la autoridad.

**295.** Próximamente las mismas penas y en un orden semejante constituían el sistema de penalidad del proyecto Tejedor. Pero éste traía á la vez una clasificación de las penas que ha sido justamente suprimida. ¿Qué necesidad había en denominar á unas penas *corporales*, á otras privativas del *honor* y *humillantes*, y á otras *pecuniarias*, si no cabe duda de que las primeras y las últimas tengan tal carácter, y si es una vana presunción que las segundas deban necesariamente humillar á quienes se aplican?

**296.** En el proyecto de la Comisión revisora se proponía dos clases de pena: las penas generales de escala y las penas especiales para ciertos delitos.

Las de la primera se aplicaban á la mayor parte de los delitos clasificados en el proyecto, y las de la segunda á los delitos políticos, “sujetos á un criterio excepcional, y cuyos móviles no pueden confundirse, en la mayor parte de los casos, con los que determinan los delitos comunes”.

No había ciertamente necesidad de la doble escala para aplicar á estos delitos la pena que les era apropiada; pero, bajo el punto de vista de determinar la relativa gravedad de las penas, me parece útil la gradación que proponía el proyecto mencionado.

## CAPÍTULO XVI

### DE LA PENA DE MUERTE

(Artículos 54, inciso 1º, y 55 á 59)



297. La pena de muerte abolida de hecho. — 298. Es perjudicial al sistema penal. — 299. Está abolida por varias disposiciones legales. — 300. Artículo 18 de la Constitución Nacional. — 301. El código Tejedor avanzó en el sentido de la abolición. — 302. Motivos que obstaron á la abolición total. — 303. Juicio sobre la subsistencia de esos motivos. — 304. Artículo 156 inciso 5º de la Constitución de Buenos Aires y 89 de la ley orgánica de los tribunales de la Capital Federal. — 305. Casos en que debe aplicarse según la ley la pena de muerte. — 306. Influencia de las circunstancias atenuantes. — 307. Duración del proceso por más de dos años. — 308. Repugnancia de los magistrados en aplicar la pena de muerte. — 309. Motivo por el cual se impone más fácilmente la pena de muerte en primera instancia. — 310. Consideración sobre la existencia de atenuantes que no pueden probarse. — 311. Argumento deducido de la inestabilidad de la legislación penal. — 312. Incompatibilidad de la pena de muerte con los nuevos principios sobre retroactividad de la ley penal. — 313. Influencia del indulto. — 314. Universal tendencia abolicionista. — 315. Consecuencias de tener en la ley una pena resistida por la opinión. Conveniencia de su sustitución por la pena perpetua. — 316. La



escuela positivista y la pena de muerte. — 317. Formas de ejecución de esta pena. — 318. Medio de ejecución. — 319. Excepción de las mujeres y de los menores de edad. — 320. A qué época debe referirse la menor edad.

**297.** La abolición de la pena de muerte no podía presentar entre nosotros, al sancionarse el Código Penal, los inconvenientes de que podía hacerse mérito en otras épocas y que se ha aducido en otros países.

Por poco que se hubiera prescindido de las discusiones doctrinarias ó de las preocupaciones de escuela para abrir los ojos y mirar la realidad, se hubiera podido anticipar este argumento que al proyectar el código penal italiano hacia el eminente Zanardelli: “en Italia la pena de muerte está abolida de hecho. ¿Se puede vacilar en abolirla de derecho?” (1). También entre nosotros estaba de hecho abolida, y sin embargo se vaciló en abolirla de derecho.

**298.** Parecería, por esto, que estando abolida de hecho, fuera indiferente que la ley la consignara ó nó, pues que en la realidad se tendría por no escrita.

Pero antes de ahora he hecho notar que la adopción de la pena de muerte trastorna nuestro sistema de represión y nos es completamente ineficaz á los propósitos que podría procurarse al sancionarla (2); de manera que, aún sin discutir su legitimidad, aún sin cuestio-

(1) *Relazione ministeriale.*

(2) *Crítica de la pena de muerte en el Código Penal argentino.* Buenos Aires, 1888.



nar su eficacia (teórica) debe tenérsela por inútil y perjudicial y borrarla de la escala penal.

**299.** La pena de muerte está abolida de hecho, decía hace un momento, y ahora podría afirmar que lo está también de derecho; pues, aunque el Código Penal la fulmine, es por virtud del mismo Código Penal y por otras leyes concurrentes que ha dejado de usarse.

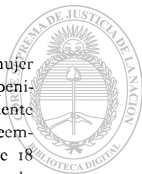
**300.** La primera manifestación legal, franca y firmemente abolicionista aparece en el artículo 18 de la Constitución Nacional, que declaró abolida para siempre la pena de muerte por causas políticas. Los hombres que acababan de atravesar la época de mayor desquicio y de más bárbaro desorden de nuestra historia, no temieron que la sociedad se desorganizara por falta del decantado freno de la pena de muerte. No debemos, pues, á la pena de muerte el beneficio del orden político nacional.

**301.** La Constitución no podía ser código penal, y no abolió la pena de muerte para todos los delitos. Quedó subsistente la legislación penal española que la imponía con frecuencia, aunque sus efectos estaban moderados por la práctica de los tribunales.

El proyecto Tejedor, al regir como ley provincial, adelantó otro paso en el sentido de la abolición para los crímenes ordinarios. Siguiendo al código de Baviera, redujo la aplicación de la pena capital á casos limitadísimos, é hizo tan raros estos casos que fué difícil, si no imposible, que llegara á ejecutarse una sentencia de muerte.

Comenzó por declarar que ninguna presunción, por vehemente que fuera, daría lugar á la aplicación de





aquella pena: declaró en seguida que ninguna mujer sería ejecutada: redujo la pena de muerte á la de penitenciaría por diez á quince años, para el delincuente menor de 18 años, y autorizó á los tribunales á reemplazarla por la de penitenciaría para el mayor de 18 años y menor de 21; y consignó, por último, que la detención preventiva que durara dos años ó más, impediría la aplicación de la pena de muerte, que sería conmutada por la de presidio ó penitenciaría por tiempo indeterminado.

Después de estas reglas generales sobre la aplicación de la pena capital, no la infligió sinó á los delitos de parricidio, que declaró no ser excusable en caso alguno, y de asesinato, que lo constituía el homicidio cometido con premeditación ó alevosía, ó por precio ó promesa remuneratoria, ó con ensañamiento ó por medio de inundación, incendio ó veneno: pero otra disposición de la parte general, daba lugar á que la pena comunemente aplicada á aquellos delitos fuera la de presidio ó penitenciaría: cuando se demostrara regularmente el crimen contra el acusado, pero uno ó varios de los elementos que lo constituyen fueran inciertos ó incompletos, los tribunales debían aplicar una pena inferior á la señalada por la ley.

**302.** El doctor Tejedor, por otra parte, no fundaba su proyecto sobre la pena de muerte sinó en consideraciones transitorias: “Cualesquiera que sean, decía, las opiniones que se tenga sobre la pena de muerte, nadie negará que ella es una *necesidad actual de las costumbres*, y de la *escasez de nuestros medios de represión*, y esto sólo debe bastar á justificar entre nosotros su aplicación,



para casos *muy raros* y con *las pruebas más evidentes*. El legislador, antes de acordar la supresión definitiva, debe esperar á que ésta pueda conciliarse con la seguridad de todos, á que ella haya sido adoptada por las costumbres."

**303.** Aún cuando fueran válidas y buenas éstas razones en la época en que se dieron, no es posible afirmar que ellas subsistieran al sancionarse el Código Penal. No es cierto que nuestras costumbres estén tan depravadas que la ley no pueda imponerse sinó por el terror, ni que la opinión acepte sin dificultad la pena de muerte. Si pudo afirmarse que las costumbres requerían la sanción de la pena de muerte en una época de luchas civiles que sucedía á otra de desorganización y tiranía, en las que la vida no era apreciada ni respetada como en las épocas de paz, de orden y de trabajo que alcanzamos, el cambio de situación y de condiciones es tan manifiesto que no puede encontrarse condición alguna de nuestras costumbres actuales que requiera la aplicación de aquella pena.

En cuanto á la escasez de medios de represión, pudo enunciársela como argumento en 1865, porque entónces no había cárceles ni dinero para construirlas: pero en una época en que los recursos abundan, y en que se aplica á lo superfluo y lo suntuoso sumas que hubieran sido enormes caudales veinte años antes, no es posible argumentar que deba conservarse la pena de muerte por falta de establecimientos de represión.

A este propósito dije en mi *Crítica á la pena de muerte*:

"Se dirá que subsisten las condiciones enunciadas



por el Dr. Tejedor, porque la casi totalidad de las Provincias carecen de presidios y penitenciarías.

“En primer lugar, esto no cambia las condiciones de la cuestión sobre la pena de muerte, sinó que la lleva á otro terreno: si son tan escasos estos dos medios de represión, el presidio y la penitenciaría, ¿para qué país está escrito éste Código que tanto las prodiga? Pero esta discusión es de otro momento.

“Por ahora nos bastará reconocer que el medio de represión que puede sustituir á la pena de muerte no puede ser otro que colocar al delincuente *vivo* fuera de toda posibilidad de volver á causar un mal á la sociedad. Puede recurrirse para éste objeto al presidio, á la ergástula, á la penitenciaría, á la colonia penitenciaría, á cualquier establecimiento de represión que se haya imaginado ó se invente en lo sucesivo. ¿Deberá tener cada Provincia un establecimiento aparte? ¿Deberemos contar quince presidios, quince penitenciarías ó quince colonias penitenciarías, sin contar las que requerirán los territorios nacionales? Cuando algunos estados, por ejemplo la provincia de Buenos Aires y la Capital de la República, se colocaran en condiciones de tener “medios de represión” bastantes para excluir la necesidad de la pena de muerte ¿seguirá aplicándose en ellos ésta pena hasta que Catamarca y Jujuy se coloquen en igualdad de condiciones? Pero esto sería monstruoso; la pena de muerte podría estar desmoralizando donde fuera absolutamente superflua y repugnante á las costumbres, sólo porque en otra parte no se había conseguido reunir los medios de represión que fueran necesarios para sustituirla. Lo que se deduciría de ésto es que nuestros convencionales



se habrían equivocado en dejar consignada como base fundamental la unidad de la legislación penal, que resultaría absurda y de imposible ejecución.

“Sin dejar de reconocer que se presta á objeciones serias la unidad de legislación penal en la República, creo que no hay tal imposible y tal absurdo dentro de los principios de la Constitución. El inciso 11 del artículo 67 declara que es atribución del Congreso Nacional dictar el Código Penal, con ésta sola restricción: que éste Código no altere las jurisdicciones locales, esto es, la potestad de juzgar que conservará cada Provincia. La fundación de un establecimiento al que cada Provincia tenga derecho de remitir los criminales que ha juzgado (juzgarlos en su derecho constitucional), es casi una consecuencia necesaria de la facultad de dictar códigos penales. A la facultad de imponer á las Provincias el uso de determinadas clases de pena, debe correr anexo el deber de proveer los medios de hacerlas efectivas. Y este deber entra precisamente en los fines de la unión nacional. Bastaría recordar que uno de los objetos de ella es “afianzar la justicia”; que ésta está declarada en las leyes y se hace práctica por los tribunales; que para éste objeto de la Constitución no basta dejar en su integridad las jurisdicciones provinciales, sinó que es indispensable proveer los medios conducentes á aquel objeto. Planteando un establecimiento penal de la Nación, fácil sería, por otra parte, establecer el sostenimiento en común por todas las Provincias.

“Creo dejar demostrado que los dos motivos que fundaban la pena de muerte en 1865, habían desaparecido en 1886. No será difícil demostrar que la sanción de la



pena de muerte en el Código fomenta el descrédito de la ley y disminuye su eficacia”.

**304.** Otra ley abolicionista apareció en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, de 1873.

El artículo 156, inciso 5º, creaba un recurso forzoso en las causas de pena de muerte: la Suprema Corte de Justicia conoce en *consulta* ó en grado de apelación de las causas en que se imponga la pena capital, siendo necesario *unanimidad* para declarar aplicable la ley.

Una disposición análoga se reprodujo en el artículo 89 de la ley de organización de los tribunales de la capital federal: “la pena de muerte sólo puede aplicarse por el tribunal *íntegro* y por *unanimidad* de votos y cuando el juez inferior la hubiere impuesto.

Se tenía, pues, que el voto de uno solo de los cinco miembros de la Suprema Corte de Justicia en la Provincia de Buenos Aires, que el voto de uno solo de los cinco miembros de la Cámara de Apelaciones de la Capital, podía salvar la vida de un individuo, aunque fuera un criminal, en quien siempre es forzoso mirar algo humano y contemplar la desgracia.

La Convención introdujo recientemente una reforma en el inciso de la Constitución citada, suprimiéndose el requisito de la *unanimidad* para declarar aplicable la pena en razón de una dificultad en la aplicación de la ley, la de no estar determinado legalmente el procedimiento que la Corte debía observar cuando declaraba inaplicable la ley por haber un voto disidente. Se había producido, efectivamente, en la práctica más de un conflicto de difícil solución entre la ley penal que imponía para una calificación determinada la pena de muerte y



la Constitución que mandaba no imponerla si no había unanimidad en el Tribunal. La dificultad se hubiera salvado lógicamente convirtiendo el recurso de inaplicabilidad en un recurso de rigurosa casación, como yo lo propuse por la prensa (1); pero quizás estuvo la mayoría de la Convención bajo la impresión del desenlace de la causa de Castro Rodríguez. Era necesario evitar que en otro caso como el del cura de Olavarría, el asesino salvara la vida!... Pero, si debo expresar con toda sinceridad mi juicio sobre estas cosas, diré que si la reforma se ha aceptado, no por el motivo jurídico que la fundó, sino por reaccionar contra la tendencia abolicionista, terminantemente manifestada con la sentencia de aquella causa, esa reacción no es más que una fantasía de color de sangre, que se desvanecerá pronto. ¿Se conseguirá tal vez, una ejecución más de condena capital? ¿Qué importa! Otra Convención restablecerá entonces la unanimidad. La corriente recobrará su curso. Los sentimientos inherentes á cierto estado social de cultura, de abundancia y de progreso, son un hecho natural que no puede ser suprimido por el capricho de los legisladores. Las leyes naturales de la sociedad no pueden ser derogadas por las civiles.

**305.** Expuestos estos antecedentes, véase ahora cómo legisla el Código Penal la pena de que trato.

Como disposiciones generales, se establece que no se impondrá la pena de muerte cuando sólo haya prueba de presunciones, por vehementes que sean; que la pena de muerte no se impondrá á las mujeres, á los menores

(1) Números 5794 y 5796 de *La Nación*.



de edad y á los mayores de setenta años, y que tampoco se impondrá cuando la causa dure más de dos años sin culpa del procesado ó de su defensor.

Los casos á que se aplica la pena son los siguientes:

1º Al que mata al padre, madre ó hijo legítimo ó natural, ó á cualquier otro ascendiente, descendiente ó á su cónyuge, *si no concurre circunstancia atenuante alguna*;

2º Al que perpetra homicidio por precio, ó con alevosía, ó por medio de veneno, incendio ó descarrilamiento, *siempre que no haya circunstancia atenuante alguna*.

**306.** Ahora bien: en los únicos casos en que la ley fulmina la pena de muerte lo hace con la salvedad de que no concorra alguna circunstancia atenuante. Bastará recordar cómo es indefinido el número de circunstancias atenuantes, para pensar que es imposible que en cualquier delito no concorra algo que pueda llamarse circunstancia atenuante. El artículo 81 enumera quince causas eximentes de pena; esas mismas circunstancias, cuando no concurren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en los respectivos casos, son circunstancias de atenuación (art. 83, inc. 1º), luego hay siete circunstancias más, enumeradas en el artículo 83, y por último se declara circunstancia atenuante “cualquiera otro análoga á las anteriores”. No es, ciertamente, por falta de circunstancias atenuantes que se tendrá que aplicar la pena.

**307.** Entre las causas generales que impiden la aplicación de la pena de muerte acabo de mencionar la duración de la causa por dos años ó más. Ningún defensor medianamente hábil y sin necesidad de incurrir en chicana, dejará terminar la causa antes de dos años. Para



que suceda lo contrario es preciso desconocer todas las dilaciones de un procedimiento ajustado estrictamente á las leyes. La misión del defensor consistiría únicamente en no permitir al juez que violara con trámites irregulares, aconsejados por los famosos *prácticos*, las formas legales del juicio criminal. Pero la materia del procedimiento en lo criminal es frecuentemente tan ignorada por los jueces como por los defensores, y de ello he tenido numerosos testimonios en mis manos. Es violando arbitrariamente las formas legales de procedimiento como puede despacharse brevemente una causa de mucha gravedad.

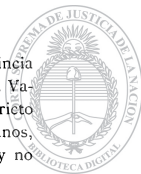
308. A las dificultades del procedimiento para que la causa pueda concluirse brevemente, se une la repugnancia de los magistrados á pronunciar la pena de muerte.

Una pena usada en un país, dice Mittermaier, no sirve sinó bajo la condición de que no tenga adversarios en los hombres que participan de la administración de justicia y de la aplicación de las penas: si el pueblo y los jueces tienen una aversión determinada, es cierto, y la experiencia lo demuestra, que emplearán toda especie de medios para apartarla. Se tiene ésta experiencia especialmente sobre la pena de muerte siempre que ha sido contraria al sentimiento de una parte importante de la población (1). En Inglaterra, agrega citando un importante testimonio, magistrados, jurados, defensores, testigos y acusadores se ponen de acuerdo para impedir la aplicación de la pena de muerte de que son adversarios.

Todos deben recordar las dificultades que se tuvo pa-

(1) *De la peine de mort*, § 1X.





ra integrar la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el proceso de Castro Rodríguez. Varios abogados, hombres educados en el más estricto cumplimiento de sus deberes, ex-magistrados algunos, adujeron diversas excusas que el Tribunal aceptó, y no pudo integrarse la Corte sino cuando se decidió á contestar al último insaculado que se esperaba á que pasara el motivo transitorio de impedimento. De otra manera, aún no se hubiera constituido tribunal.

309. Parecería formarse un argumento contrario del hecho de que en varias causas el juez del crimen, los miembros de la Cámara de Apelación y cuatro jueces de la Corte hayan votado la pena de muerte. Pero no es así. En el lenguaje íntimo de los Tribunales esos votos y sentencias se llaman *liricos*. Tanto más enérgicos se muestran los jueces para aplicar la pena de muerte cuanto más seguros están de que tras ello vendrá quien impedirá la ejecución de la condena. Tras el juez del crimen que pronuncia la sentencia, sujeta forzosamente al trámite de la consulta, está la Cámara que podría revocarla; pero como la misma sentencia de la Cámara debe forzosamente ir á la Corte (1), la Cámara confirma en la seguridad de que la sentencia no será cumplida.

No creo con estas revelaciones faltar al profundo respeto que merece una dignísima administración de justicia, á la que tengo en mayor honra el pertenecer. Hay un poco de comedia en todo lo que pasa en las causas de pena capital: pero la culpa no está en que los jueces

(1) Me refiero siempre al procedimiento en la Provincia de Buenos Aires.



scan hombres, en que tengan sentimientos humanitarios que no puedan arrojar bajo la mesa cuando abren un expediente, en que sientan invencible repugnancia á la complicidad en el asesinato legal, lentamente pensado, fríamente meditado, compulsando una prueba y otra prueba, rebuscando en apolilladas leyes un convencimiento que falta á su alma.

**310.** Y ¿bastará invocar las leyes Recopiladas y de Partida, para que tengamos por cierto, por evidente, que el hecho ocurrió con todas las circunstancias que determinan la aplicación de la pena de muerte, y que no concurrió ninguna circunstancia atenuante? ¿Cuántas circunstancias atenuantes, así declaradas por la ley, no tienen su fundamento en cierto estado del ánimo que no puede probarse por testigos?

**311.** Pero, dado que se alcanzara el íntimo convencimiento del hecho á que debe aplicarse la ley, es imposible imponer con tranquila conciencia una pena *irrefrazable* y respecto de la cual tanto se discute y tanto vacila la legislación. Hoy nos parecería bárbaro aplicar la pena de muerte por el delito de hurto ó robo: y estos delitos no tuvieron en otras épocas otra pena que la de muerte (1); ayer mismo, vigente el código Tejedor se infligia la pena de muerte al homicidio cometido con premeditación: y hoy no se cree que baste esta circunstancia, como mañana puede creerse que no baste el precio, la alevosía, el incendio ó el descarrilamiento; ayer el có-

(1) Según recientes investigaciones la última sentencia de muerte por delito de hurto se ejecutó en Argovia, Suiza, el 3 de Mayo de 1854 contra Bernardo Metter, por hurto de 1800 thalers. *Rivista Penale*, Julio 1889, página 88.



digo Tejedor declaraba no ser admisible excusa alguna en el parricidio, y hoy la ley consigna expresamente la admisión de circunstancias atenuantes.

**312.** La pena de muerte es por aquella calidad de irreparable, incompatible con un principio modernamente aceptado en las leyes penales: la retroactividad de la ley penal, en cuanto favorezca al reo, *aun cuando estuviera ya condenado*, y la reducción de su pena al límite de la ley nueva. ¿Cómo haríamos hoy para reducir la pena á sus justos límites á los parricidas que hubieran tenido en su favor causas de excusa? ¿Cómo haríamos mañana para reducir la pena en razón de homicidio con alevosía si siguiendo al nuevo código italiano dejáramos de atribuir á aquella circunstancia el gran valor que hoy le damos? ¡Y se pretende que los jueces crean en la infalibilidad de los legisladores!

**313.** A estas consideraciones, agregaba las siguientes en mi pequeño trabajo ya citado:

“Pero supóngase que el caso es tan grave que no encuentra defensor que no sienta cierto temor de marchar contra la corriente de una opinión impresionada. El fallo definitivo se pronuncia antes del plazo salvador. ¿No queda más que hacer para evitar la ejecución? ¡Sí! queda la magnanimidad del presidente ó gobernador, provisto de la augusta facultad de perdonar. El es el único que puede salvar la vida de un desgraciado; él no tiene que juzgar, él tiene que perdonar: ese es su derecho. ¿Quién era ese miserable que la justicia humana declara indigno de vivir? Una de tantas víctimas de la mala educación, del abandono de los padres, del descuido de la sociedad, del medio funesto en que se ha desarrollado, ó



de los caprichos adversos de la suerte, llevado y traído por la ola de la desgracia hasta colocarse en una situación que no tenía otra solución que el oprobio y el crimen, ó el suicidio... y no se mató. Las madres enternecidas piensan en la pobre y desesperada madre del condenado ¡qué horror si el hijo propio fuera el sentenciado! El presidente, el gobernador, acariciado por la fortuna, feliz, rico, jefe de sus conciudadanos, siente que se le habla al corazón al recordársele la madre que ama y venera... y, ¿si ese condenado por la justicia no fuera el autor del crimen, si el error de los magistrados le hubiera tomado por el verdadero delincuente; si era, al contrario, una alma grande y generosa que aceptaba el sacrificio para salvar al padre, al hijo, al hermano ó al amigo ó la honra comprometida de la mujer amada?... Que los médicos afirman que el delincuente no estuvo loco, que los antropólogos demuestran que tiene el tipo del delincuente nato. ¿Quién les dice á todos esos señores que no están equivocados?... Fueron perdonados Chavarría y Medina, y el pueblo recibió el perdón con aplausos y bendiciones...

“Si por todos los otros caminos estuviera perdida la vida de un condenado á muerte, siempre le queda en la facultad de conmutar las penas y en los sentimientos generosos de la sociedad una salvación casi segura.

**314.** “La pena de muerte evitada por tantos medios resulta, pues, un vano fantasma con que la ley se propone intimidar á los pícaros... y hace mucho que éstos se han apercibido de la cosa.

“Pero no es posible borrar el carácter que á las ideas y sentimientos ha impuesto la civilización que alcanza-



mos, y por eso no creo que prospere la reacción iniciada por los gefes de la escuela positivista. Podrá llegarse a demostrar que en absoluto la sociedad tiene derecho de matar al delincuente para defenderse. Pero no es *positivista* (esta es la palabra) descuidar, al tratar esta grave cuestión penal, un factor social tan importante como las costumbres y el grado de cultura del pueblo á cuyo provecho debe aplicarse el remedio que se llama la pena.

“Que esta resistencia á la pena de muerte no sea otra cosa que un resultado de la marcha general de la civilización nos lo demuestra la marcada tendencia abolicionista de los países cultos. Tomaré algunos datos de la memoria de Zanardelli :

“En Portugal, la ley de 1.<sup>o</sup> de Julio de 1867 abolió la pena de muerte después que hacía veinticuatro años que no se efectuaba ninguna ejecución. En la Cámara de Diputados, de *cien* presentes sólo *dos* votaron contra la abolición, mientras que el Senado se pronunció por unanimidad de votos en favor de ésta.

“En Holanda, fué abolida en 1870, pero desde 1860 no se había aplicado.

“En Bélgica, no está abolida de derecho, pero no ha habido ninguna ejecución desde 1863.

“En Prusia, en once años, 1870-1880, sobre 558 condenaciones de muerte, sólo fué ejecutado en 1878 la del regicida Hoedel: todas las demás fueron conmutadas.

“En el mismo período, de 28 condenaciones á muerte pronunciadas en Sajonia, no se ejecutó ninguna: de 26 en el gran ducado de Baden, se ejecutó una: una en Wurtemberg sobre 30; 7 en Baviera, de 134.



“En Francia, de 1826 á 1830 sobre 100 condenaciones se ejecutaron 65; y de 1881 á 1884 los condenados fueron 109, y á 94 se les conmutó la pena: solo 15 ejecuciones.

“En Austria de 1865 á 1869, los condenados fueron 253 y los ejecutados 40; y de 1880 á 1884, los condenados fueron 456 y los ejecutados 15.

**315.** “Se dirá que todas estas circunstancias no demuestran que sea inconveniente que la pena de muerte se conserve en el Código para casos muy raros y con las pruebas más evidentes, como decía el doctor Tejedor. Esos *casos raros* y esas *pruebas evidentes* nos han acostumbrado ya á no creer en la pena de muerte y cuando el caso raro y la prueba evidente llegan á presentarse, siempre nos queda el horror de la escena sangrienta ó las dilaciones del procedimiento que hacen conmutar la pena ¿por cuál otra? por la de presidio por tiempo indeterminado, que á los quince años devuelve los delincuentes á la sociedad, aptos todavía para el crimen, con un odio reconcentrado por ocho años de hipocresía para dar muestras de una reforma positiva: más precavidos para sustraerse á la policía, más hábiles para preparar su delito, más tenaces para negarlo si la justicia les echa mano: autores quizás de crímenes desconocidos, que no se descubren nunca ó se saben tarde.

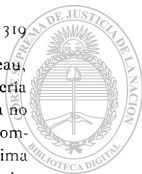
“Si á aquellos que dan muestra de la mayor ferocidad la ley castiga con pena de muerte, los objetos finales de esa pena son: prevenir con la desaparición del delincuente los delitos futuros que pudiera cometer si viviera; servir de ejemplo á otros criminales. Se comprende



que tiene que estar muy desacreditada la ejemplaridad de una pena que no se ejecuta jamás; y merced á cualquier circunstancia tan independiente del delito y del delincuente como la de haber transcurrido dos años de detención preventiva, el otro objeto de la pena se olvida. Es malo tener inscrita en la ley una pena que es casi una mentira y es malo devolver á la sociedad un individuo que debió sustraérsele para siempre. El Código no ha fijado en su penalidad la única sustitución posible de la pena de muerte, la pena perpetua que sustraiga para siempre al delincuente de la sociedad á que hizo daño y para la cual era un peligro. Ese es su grave defecto. La pena perpetua puede ser cierta, segura, ineludible. La sociedad no se conmueve porque se la preserve para siempre de un peligro; ya no implora gracia: siempre es susceptible la reparación; ya no choca el espectáculo sangriento; los jueces ya no vacilan; ya no preparan lentamente el homicidio legal; ya se borra del Código la atenuante de la detención preventiva; ya se puede ser más severo; ya se cumple con más frecuencia y mayor seguridad de conciencia esa segregación del individuo que no se adapta á la vida de sociedad: ya se respeta en el magistrado el sentimiento por la vida humana y no se le impone el violento sacrificio.

“Esa pena perpetua es la que falta en el Código, y con íntima convicción la creo necesaria, no por compasión de los delincuentes, sinó para el bien de la sociedad (1).

(1) La pena perpetua no es tampoco una pena indiscutida; pero, quizás, recorriéndolas todas no encontraríamos una pena que no hubiera



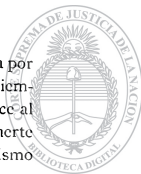
“La pena de muerte, dice con razón el abate Moreau, es una pena terrible; pero para que fuera eficaz sería desde luego necesario que estuviera en vigencia”. Ya no lo está; es por eso que no intimida á los malvados. Lombroso explica el hecho: “cuando se tiene la máxima probabilidad de que una pena no será ejecutada, el de-

sido ó que no pudiera ser objeto de discusiones. Se ha pensado muchas veces que el aislamiento de los condenados, indefinidamente prolongado, es una pena más terrible que la muerte, y por este motivo llegó á proscribirla la Asamblea Constituyente de Francia. Agrégase, además, que la perpetuidad es un obstáculo insuperable para la corrección del culpable; que es desigual según la edad del condenado, pues para un viejo importa la reclusión de pocos años y de toda una vida para un joven. Pacheco, que la acepta, dice de ella: “Toda pena *perpetua* tiene para nosotros algo de *repugnante* que difícilmente perdonamos por todas las consideraciones que la recomiendan”.

Si la pena es terrible y no desmoraliza como la pena de muerte, tendremos en ella una pena eminentemente útil y la mejor para los más grandes criminales. Esa, sin embargo, no es una cualidad absoluta de la pena perpetua; depende del temperamento individual, del mayor ó menor apego del condenado á su vida. Habría quien espantado de ella acudiría al suicidio; y quien se resignaría estimando en mucho la existencia por desgraciada que fuera; pero tan poderosa como es en el hombre la fuerza del hábito, la prisión perpetua es soportada, donde se aplica.

Que la perpetuidad fuera un obstáculo insuperable para la corrección del condenado, poco importaría, tratándose de quien queda para siempre imposibilitado de dañar. Pero ni para el reo ni para la sociedad deja de existir alguna probabilidad, por remota que sea, de una reintegración del condenado á la comunidad social. Entre los hechos posibles que pueden determinarla, cuéntase la reforma de leyes penales y la gracia, dos hechos en que el condenado puede esperar, y que la sociedad debe prever. No es entonces bueno descuidar la remota posibilidad de enmienda, y ésta no es absolutamente insuperable cuando hay algo que puede alentar al miserable en sus anhelos de libertad. Aún sin esto, dentro de la pena perpetua hay graduaciones posibles, condiciones distintas que pueden determinar una aspiración, un estímulo. Desde la reclusión absoluta, celular, ó el trabajo penoso, hasta el trabajo común y más liviano, y hasta la dirección de talleres ú otros cargos internos, ó la traslación á una colonia, se ha reconocido que los reglamentos penitenciarios pueden dirigirse á la posible enmienda del condenado.



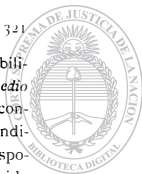


linciente, sea por su acostumbrada imprevisión, sea por la esperanza natural en todo ser humano, convierte siempre aquella probabilidad en una certeza". Ferri hace al respecto una comparación amena: "la pena de muerte tal como se encuentra hoy en Italia (agregaré, lo mismo que en la República Argentina), hace el efecto de los espanta pájaros que se pone en los campos sembrados. Al principio los pájaros los toman por hombres y se asustan: pero luego, descubierto que, aún comiendo el grano sembrado, los fantoches no se mueven, pierden el miedo y saltan al rededor".

"El desarrollo de mis conclusiones contra la pena de muerte pudiera ser mucho más extenso: pero creo haber dicho lo bastante para reclamar la sustitución de la pena de muerte por la pena perpetua, y la fundación del establecimiento nacional que facilitará su cumplimiento.

**316.** "Llegado á esta altura de mi exposición, declaro que no me es posible, en el seno de una asociación que tiene por objeto el estudio de la cuestión penal bajo el criterio positivo, que prescinde de los artificiosos sistemas levantados sobre principios dogmáticos, dejar de tomar en cuenta el razonamiento claro y estrictamente lógico con que ha sido formulada por Garofalo la teoría de la pena de muerte (1). Después de establecer cómo la eliminación del individuo que no se adapta á la vida social es para la sociedad una ley natural de conservación, estudia cuales serían los medios de sustitución de la pena de muerte, y dice: "Otro sucedáneo es la reclusión

(1) *Criminología*, capítulo II.



sión perpétua, pero ésta deja al delincuente la posibilidad de la fuga y la del perdón. *No hay pues otro medio absoluto, completo de eliminación que la muerte*". Esta conclusión era axiomática: la privación de la vida del individuo es el medio eliminativo más seguro de que dispone la sociedad; pero no podía escapar á tan distinguido pensador que del fondo de tamaña verdad podía surgir una duda muy grande también, y él la percibe inmediatamente: "el delito revela al hombre incapaz de adaptarse á la vida social. Es preciso, pues, privarlo de la *sociedad*, no de la *existencia animal*. Con la pena de muerte se excede la reacción." Prevé esta objeción y la contesta: un hombre no puede estar absolutamente privado de la vida social sinó con la muerte; y, por otra parte, si el fin del hombre es la vida social ¿para qué sirve conservar la existencia física si nunca debe ser reintegrado á la sociedad? De donde deduce que la irrevocabilidad de la pena es su mejor condición.

"La primera parte de esta argumentación reconoce que la reclusión perpetua es en sí misma un medio completo de eliminación: la posibilidad de la fuga y del perdón no son consecuencias necesarias, naturales de este género de pena, como la irreparabilidad es una consecuencia natural y necesaria de la pena de muerte. La fuga y el perdón son dos accidentes posibles, pero no necesarios, que violarían la ley de eliminación. Si bien todas las obras del hombre tienen siempre un lado imperfecto, esta imperfección estimula el deseo de la corrección y con él crea una ley de perfeccionamiento general. ¿Podemos decir sustraídas á esta ley la construcción y la vigilancia de las cárceles? Si con cárceles mal construí-



das y peor vigiladas fugan el diez por ciento de los reclusos, nada nos dice que mejorando las condiciones de la construcción, del régimen y de la vigilancia no reduzcamos la fuga al cinco ó al dos por ciento.

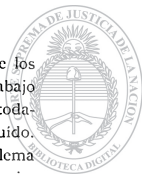
“El perdón no es un accidente propio de la reclusión perpetua sino común á todas las penas.

“Se dirá que en la pena de muerte el perdón sólo es posible en un momento dado, mientras que en la reclusión perpetua lo es durante toda una vida. Pero obsérvese que siendo el perdón una facultad que permite la expansión de un sentimiento generoso y humanitario, en esa lucha interna entre el corazón y la cabeza, entre el sentimiento y el cálculo del que ha de perdonar, en el momento fatal en que uno de los dos debe vencer se levanta la duda, que en nuestros tiempos da por lo general razón al sentimiento. ¿Se quería la muerte sin perdón? Pero si el perdón es la obra de una atribución conferida por la ley, si es posible suprimir el perdón para la pena de muerte, es igualmente posible suprimirlo para todas las penas; y este medio de eludir todo género de penas ó de cambiar las penas pronunciadas por la justicia, si es inconveniente, no debe reputarse como tacha únicamente á la reclusión perpetua. Pero, sea que se suprima la facultad de perdonar ó de conmutar las penas, sea que se las conserve en límites estrechos, creo que siempre la autoridad que la ejercita se sentirá más inclinada á usarla cuanto más irreparable sea la pena, y hace un momento he suministrado la prueba de ésto al recordar el número de veces que según las estadísticas europeas se ha usado el derecho de gracia en las condenaciones capitales.



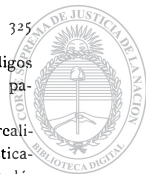
“En presencia de la regla de eliminación del delincuente, la cuestión entre los dos medios que alcanzarían este fin queda reducida á estos términos: 1° *pena de muerte*, produce eliminación irrevocable, pero hace imposible la reintegración del inocente eliminado: 2° *pena de reclusión perpetua*, produce eliminación, pero puede ser violada por la fuga. Una y otra tienen, pues, inconvenientes á la cabeza de los cuales están, para la primera, la imposibilidad de reintegrar al inocente eliminado, para la segunda la posibilidad de que se reintegre el delincuente eliminado; en una el peligro de que la sociedad, que es el medio en que se desenvuelve naturalmente la vida del individuo, sea la causa que lo prive de la realización de su fin, violando así la sociedad el objeto de su propia existencia; en otra, el peligro de que reaparezca en la sociedad el que dió muestras evidentes de no adaptarse á la vida social. Podrá decirse que, por hoy, el peligro de que el delincuente fugue es mayor, porque la fuga es más frecuente que el error judicial; pero observaré que siempre será más grave el peligro del error judicial, porque la sociedad habrá violado sus propios fines con relación al individuo. En la fuga del delincuente no se habrá hecho todo lo que se debe por la defensa social contra el que se declaró enemigo de la sociedad; en la muerte del inocente la sociedad se habrá declarado inconsciente enemiga del individuo.

“Se pregunta Garofalo, en los términos transcritos, si el fin del hombre es la vida social, ¿qué objeto tiene conservarle la existencia física, puesto que no debe nunca ser reintegrado á la sociedad? Me parece á mí que lo que pueda hacer el hombre fuera de la vida de sociedad



queda totalmente excluido de las especulaciones de los sociólogos y de los juristas. Una cantidad de trabajo suficiente para procurarse el alimento del día sería todavía un pequeño vínculo entre la sociedad y el excluido. Lo que éste haría fuera de la vida social es un problema que sólo á él le correspondería resolver y que á la sociedad no interesa, desde que todos los demás vínculos que constituirían su adaptación al organismo social estarían rotos. Pero, si fuera indispensable responder á aquella observación, bastaría saber que la sociedad podría conservar al individuo para satisfacción de la conciencia de su propia falibilidad. ¿Cómo declarar, en efecto, que somos poseedores de la verdad absoluta y eterna, sólo porque hemos encontrado fundamentos al principio eliminativo? ¿No podríamos encontrar mañana los medios de previsión de todos los delitos y repetir con Romagnosi que, si tenemos la certeza moral de que no se cometerá más delitos, ha cesado el derecho de castigar? ¿No conviene mantener al segregado para reintegrarlo si cambiáramos de opinión á su respecto?

“Dentro de la escuela positivista encontramos á propósito de la pena de muerte las mismas disidencias que nos presenta la escuela clásica. Así, Ferri, otro de sus notables propagandistas, funda la legitimidad de la pena de muerte en su indudable aptitud para producir la selección artificial en la especie humana; pero se detiene ante la imposibilidad de realizarla. Ferri dice así: ó se quiere sacar de la pena de muerte alguna utilidad, por ejemplo su única eficacia que es la selección artificial, y entonces es necesario aplicarla seriamente y tener el coraje de matar en Italia más de 1500 individuos



por año; ó la pena de muerte está escrita en los códigos como espantajo inútil nunca aplicada, y, entonces, para ser serios es preciso abolirla" (1).

"Yo no creo en la legitimidad de un hecho cuya realización es imposible. Las leyes no pueden fantásticamente ordenar la sociedad según las consecuencias lógicas que se derivan de principios absolutos. A la lógica de las consecuencias se opondrá siempre, como una muralla, el hecho social, más poderoso porque es un resultado natural y no una creación meramente intelectual. Digo sólo con esto que no admito la legitimidad absoluta ni niego la legitimidad relativa (2) de la pena de muerte, en lo que muchos están de acuerdo; y, tra-

(1) *I nuovi orizzonti*, capítulo IV.

(2) "La legitimidad *relativa* de la pena de muerte es aceptada por todos los que no pierden de vista las condiciones sociales del pueblo á que la ley debe aplicarse. Transcribo lo que al respecto dice la Comisión de la Cámara italiana:

"Es oportuno declarar que la propuesta del Ministro y el voto de la Comisión no se fundan sobre razones abstractas de metafísica, que nieguen á la sociedad en cualquier tiempo y condición la potestad de irrogar la pena de muerte. No se trata sinó de una cuestión relativa á la necesidad social. Reconocido ya que la pena de muerte en condiciones normales es completamente inútil y aún fuente de daños y peligros, ella debe contarse en el número de las instituciones que Bagehot llamó acertadamente provisionales: la humanidad ha pasado ya de la necesidad ó del sentimiento que las hizo surgir. Pero si por desventura aparecieran de nuevo las bandas feroces que antes infestaban nuestras comarcas, en abierto estado de guerra contra la sociedad, ¿quién negaría á ésta el supremo derecho de defenderse? La sociedad puede defenderse aún con medios extremos contra aquellos cuya existencia constituyera un peligro para el orden público y para la vida ó intereses de los ciudadanos. Deseamos que el país nunca atraviese épocas excepcionales y dolorosas necesidades, pero el voto abolitivo nunca podrá invocarse como una renuncia ó como un reconocimiento de la absoluta falta de potestad en el Estado para recurrir á los medios de represión que puedan juzgarse indispensables para las necesidades supremas de la seguridad social," (*Relaz.*, VILLA, pág. 60).



yendo la observación á nuestro país, repito con Ferri lo que éste dice de Italia: las ejecuciones capitales para los casos muy raros tienen todos los defectos y ninguna de las posibles ventajas de la pena de muerte, despertando por un lado la compasión de los buenos y la antipatía hacia la ley, y por otro los instintos feroces de la multitud, especialmente en las ejecuciones públicas.

“Por su parte, Puglia declara que no se persuadirá jamás de que la pena de muerte sea consecuencia legítima de los principios de la escuela positiva. Fin de la represión, agrega, es la conservación del orden jurídico, y este fin se alcanza cuando se emplean todos los medios que son necesarios para modificar á los delincuentes incorregibles y para alejar del consorcio civilizado á los incorregibles ó peligrosos (1).

“Vito Porto cree que la pena capital no es necesaria, y que es en cambio necesario evitar sus consecuencias perjudiciales, y concluye diciendo que en un tiempo no lejano será imposible toda ejecución. ¿Qué dirían los anti-abolicionistas, pregunta, si un día los verdugos infamados como están hoy, mientras debieran ser amados en razón del número de incorregibles de que libertan á la sociedad, decidieran cambiar de oficio y fuera necesario que la suerte indicara cada vez á qué ciudadano debía confiarse el cargo de matar legalmente á un semejante?

“Carnevale, en un estudio profundo y serio recientemente publicado sobre la pena de muerte, demuestra su ilegitimidad partiendo de estos principios: la idea del derecho ha sido hoy completada, reuniéndose en

(1) PUGLIA. *Risorgimento ed avvenire della scienza criminale*.



ella al elemento formal, que era el principio jurídico en el sentido de las viejas escuelas, el elemento sustancial, que es la utilidad. La necesidad, para la defensa social de la función punitiva en género y de todas las penas en especie, es su valor utilitario ó fundamento jurídico: mientras tienen este valor son justas, no lo son ya cuando lo pierden (1).

“Y volviendo los ojos á nuestra casa, donde indudablemente tenemos opiniones que pueden valer lo que aquellas, recuerdo con agrado, para no citar las opiniones particulares que he recogido, y atenerme á las que constan por testimonio público, estas palabras de una nota del libro del Dr. Drago: “No porque reclamemos la aplicación de la pena capital vaya á creerse que somos teóricamente partidarios de este medio eliminativo”. La acepta sólo mientras no se la sustituya por la cárcel perpetua.

“Así, pues, no obstante Lombroso (2) y Garofalo, no

(1) CARNEVALE. *La questione della pena di morte nella filosofia scientifica*. Torino 1888.

(2) Lombroso, que se ha mantenido decidido sostenedor de la pena de muerte, reconoce en su última publicación que la pena de muerte, reducida á los límites actuales, sirve muy poco ó nada para el ejemplo, y de ninguna manera para la selección, y, buscándole sus ventajas prácticas, dice:

“El mantener la pena de muerte para casos rarísimos tiene ésta ventaja práctica: que para los delitos pasibles de tal pena, cuando los jurados concedan las atenuantes, lo que sucede, puede decirse, de costumbre, se descende de la pena capital á la galera perpetua.”

Luego agrega: “No se diga con el honorable Ferri que, para ser práctica, la pena de muerte debiera ser una verdadera matanza, lo que naturalmente repugna al espíritu humano; mantenerla no quiere decir multiplicarla: nos basta que quede suspendida como espada de Damocles sobre la cabeza de los más terribles malhechores, para que sean verdaderamente condenados por toda la vida, y cuando, condenados por toda la vida





obstante el Ferri teórico en contra el Ferri práctico, la escuela positivista tiende á la abolición de la pena de muerte, y podemos, como dice Puglia, recoger los argumentos que contra la pena capital aducen los criminalistas de las escuelas opuestas, porque ellos tienen un fundamento científico.

“El entusiasmo de los iniciadores puede haberles llevado al error en esta cuestión. Nos corresponde apartarnos de él y demostrar con nuestra actitud que la escuela positivista argentina no va contra una corriente, que no es otra cosa que la marcha natural de la humanidad en su constante evolución.

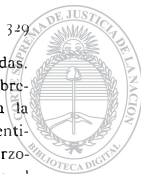
“Si epilogara esta larga demostración, haría algo en beneficio de la claridad de mis conclusiones y del orden

hayan atentado contra la de los honestos guardianes ó aún se la hayan arrebatado. La queremos aún mantenida cuando bajo forma de camorra, *mafia*, bandolerismo, la criminalidad asociada amenace la seguridad y el honor del país.” (*Troppo presto*, pág. 26 y 27).

No difieren, pues, grandemente las conclusiones de Lombroso de las de los que combaten la pena de muerte por inadecuada á las condiciones de la civilización moderna. Querer la pena de muerte, no para que se aplique, sino para que en la práctica se la sustituya por el presidio perpetuo mediante el auxilio de las circunstancias atenuantes, es, en realidad poco práctico: bastaría al mismo efecto restringir la aplicación de las circunstancias atenuantes, y no continuaríamos engañándonos sobre la existencia de una pena no aplicable.

Quedaría, entonces, la pena de muerte reservada para los delincuentes que atacaran á los guardianes, ó para el desarrollo de bandolerismo. En este último caso es indiscutible su necesidad, pero por lo mismo que se trataría de estados anormales, regirían, si llegasen á reproducirse, leyes transitorias ó excepcionales; no las de la ley común que reprime la criminalidad normal, sino la ley de la guerra.

En cuanto á reservar la pena para el condenado que atacara á sus guardianes, habría mucho que decir. Pero, por extraordinariamente raro que sea el caso, nos basta recordar el ejemplo de Medina, ya citado en el texto de la conferencia, para demostrar con él, que aún para ese caso la sociedad rechaza la pena de muerte.



de ideas mal colocadas y deficientemente desarrolladas. Pero renunciaré á este propósito en obsequio á la brevedad, limitándome á hacer constar que, estudiada la cuestión de la pena de muerte en la República Argentina con entera independencia de sistemas, se llega forzosamente á la abolición; y estudiada en seguida con el criterio de la escuela positivista, en la propaganda de cuyos principios nos hemos empeñado con íntimo convencimiento, se llega al mismo resultado.

“Por eso contesto de esta manera las tres cuestiones formuladas al principio :

“1° La pena de muerte en el Código argentino no alcanza á disminuir el número de delitos, porque para que una pena realice este objeto, no basta que esté escrita en la ley : es necesario que se ejecute. Entre nosotros ni se ejecuta ni es posible que se haga efectiva, porque se opone á ello un hecho social : la repugnancia de los sentimientos generales de nuestro pueblo, y un hecho legal : las trabas que la misma ley ha impuesto á su aplicación :

“2° La solución negativa de la primera cuestión aparta la necesidad de resolver la segunda. Una pena que no se ejecuta no puede decirse que se exceda en la cualidad de intimidación :

“3° El Código que la sancionó no tuvo en cuenta las condiciones sociales referidas, en cuanto la colocó en la escala penal; pero tuvo en cuenta esas condiciones en cuanto le impuso las restricciones que han hecho casi imposible su aplicación ”.

**317.** En cuanto á las formas de ejecución de la pena de muerte, dispone el Código que ella tenga lugar dentro del establecimiento en que se encuentre el condenado,



quien será asistido por el sacerdote ó ministro del culto cuyo auxilio hubiera solicitado ó aceptado. El juez de la causa hará constar la ejecución de la pena en una acta que se unirá al proceso.

El código Tejedor prescribía que el condenado á la pena de muerte fuera conducido al lugar del suplicio con su traje ordinario, acompañado del juez del crimen, del escribano y de la fuerza militar necesaria, y *precedido el cortejo del pregonero que leería en alta voz la sentencia*.

Sin desconocer que una turba de sentimientos depravados rodearía el sitio de la ejecución pública, hay que reconocer que ésta sería repugnante á las clases cultas cuyas costumbres son las que dirigen los progresos de la sociedad y las que en definitiva debe tener en cuenta el legislador. “El espectáculo de las ejecuciones capitales, dice Vibert, es simplemente desmoralizador y se sabe á qué curiosidad malsana obedece el público anheloso que asiste á ellas. Ninguna impresión de terror saludable para los criminales en germen se produce ante semejante espectáculo; al contrario, hay en esta exhibición del ejecutado algo teatral que seduce á ciertos espíritus depravados, y á veces se ha oído á los asesinos antes de cometer su crimen anunciar con cierto orgullo que se hablaría de ellos algun día en la plaza pública.” (1)

**318.** Respecto al medio de ejecución, no hay prescripción alguna en el Código Penal. Este silencio ha dado lugar en una sentencia muy conocida á que el Juez mandara que el reo fuera ejecutado en la horca, medio de ejecución completamente extraño en la República. Podría

(1) Esta observación está acreditada por numerosos testimonios.



creerse que el Código ha tenido razón en callar la forma de ejecución y que la determinación de ésta corresponde á los códigos de procedimientos, como aparece en algunos proyectos y códigos locales. Pero en ésta materia la forma está tan íntimamente ligada al fondo que no pudo regirla sinó el Código Penal. No debe ser indiferente que se recurra al fusilamiento, á la horca ó al destroza-miento. Debe creerse que no ocurrió á los legisladores que pudiera decretarse otro medio de ejecución que el único que se había conocido en el país; y de que sea ésta la razón del silencio de la ley, y no su naturaleza formal, lo demuestran los artículos 56, 57 y 58 que prescriben reglas para la ejecución de la sentencia: el primero respecto á la forma de ejecución; el segundo disponiendo que la ejecución de la pena de muerte tenga lugar al día siguiente de la notificación de la sentencia irrevocable, notificación que no podrá ser vispera de domingo ni de fiesta religiosa ó nacional; y el último que el cadáver del ejecutado se entregará á sus parientes, si lo pidiesen al juez de la causa, pero que no podrán enterarlo con pompa, bajo pena de arresto de un mes á un año.

**319.** He recordado antes que la pena de muerte no se impondrá á las mujeres, á los *menores de edad*, y á los mayores de setenta años.

Esta es la disposición del artículo 59.

Por *menores de edad* no puede entenderse tales sinó los que lo sean por la ley civil, esto es los que hayan cumplido veintidos años. Debiera haberse dicho esto expresamente, puesto que la ley se refiere á otra edad para la imputación de la completa responsabilidad criminal.



**320.** ¿Se trata de la menor edad en el momento de la imposición de la pena ó de la ejecución del delito? Los términos del artículo parecen indicar lo primero: pero basta recordar la razón de la disposición para convenirse de lo contrario. Las excusas fundadas en la edad tienen en cuenta que por la pasión, la irreflexión ó ligereza de la primera edad se haya llegado á extremos que no se tocarían en edad proveyta.

## CAPÍTULO XVII

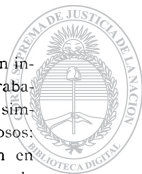
### PRESIDIO Y PENITENCIARIA

(Artículos 60 á 67)



321. Distinciones legales entre las penas de presidio y penitenciaría. — 322. Fundamento enunciado de esta doble penalidad. — 323. La ley no lo ha tenido en cuenta. — 324. Ha podido procurarse en las dos penas distintos objetos prácticos. — 325. El proyecto Tejedor tuvo en cuenta las condiciones del país para la aplicación de la doble penalidad. — 326. No deben subsistir en la ley penas realmente equivalentes entre sí en la práctica. — 327. La ley no contiene prescripciones sobre el régimen de las penas. — 328. Imposición del trabajo. — 329. Aplicación del trabajo de los condenados. Crítica de las disposiciones legales. — 330. El presidio no se aplica á hombres débiles ó enfermos, mayores de sesenta años ó mujeres. — 331. Penas accesorias del presidio y de la penitenciaría. — 332. Agravación que admiten las dos penas. — 333. Reducción de pena.

**321.** Los incisos 2º al 5º del artículo 54 establecen las penas de presidio y penitenciaría, cada una de ellas con dos grados: 1º por tiempo indeterminado: 2º por tres á quince años.



Estas penas, iguales en duración, se diferencian en intensidad: 1° en cuanto el presidio se cumple con trabajos *duros y penosos*, y la penitenciaria con trabajos simplemente *forzosos*, no *forzados*; obligatorios, no penosos: 2° en cuanto los condenados á presidio trabajarán en beneficio del Estado y no recibirán auxilio alguno de fuera del establecimiento, y el trabajo del penitenciado se aplicará á satisfacer la responsabilidad en que hubiese incurrido por el delito cometido, al sostenimiento de su familia y á la formación de un fondo propio.

Las penas accesorias que corresponden á ambas difieren sólo en extensión, y en ellas se reserva la gracia después de los mismos términos.

El presidio y la penitenciaria deben cumplirse en establecimientos distintos.

**322.** No es fácil acertar con la razón de estas dos penas casi paralelas, que presumen la creación de distintos establecimientos penales en un país que en esta materia no se ha procurado aún lo indispensable, y que no puede suponersele en aptitud de ostentar lo superfluo. Pero, sin entrar á este terreno, ¿cuál es el motivo fundamental de esta doble penalidad?

En las notas del proyecto primitivo se encuentra algo que podría ser una explicación. La adopción de las dos penas está inspirada en estas palabras del comentario oficial del código de Baviera: "Si los individuos condenados á penitenciaria no se someten á trabajos públicos, viene no sólo de que los trabajos que el Estado puede tener que ejecutar no bastan para todos los condenados, sinó también y principalmente porque cuando el legislador se decide á hacer trabajar en público á un



condenado es porque supone extinguido en él todo sentimiento de honor, y *que ya no hay esperanza* de reformarlo. En el condenado á penitenciaría, por el contrario, supone que *hay todavía esperanza de que vuelva al camino del bien*; y aunque la reforma del condenado no sea la base única del derecho penal, debe, sin embargo, el Estado organizar de tal modo las prisiones que ofrezcan al condenado la *posibilidad de la enmienda*".

**323.** Dedúcese de estas palabras, colocadas como fundamento de la duplicidad de penas, que se ha querido buscar una pena para los *incorregibles*, para aquellos á quienes *no hay esperanza de reformar*, y otra para los *corregibles*, para aquellos que *ofrezcan la posibilidad de la enmienda*.

La distinción bajo este punto de vista es aceptable, por estar fundada en hechos manifiestamente revelados por la experiencia. Pero la duración y la aplicación de las penas demuestran ó que los objetos expresados han sido inmediatamente olvidados, ó que no son ellos los motivos de la ley.

En efecto, si la pena de presidio debe aplicarse á los *incorregibles*, parecería natural que hubiera sido reservada para los *reincidentes*. ¿De qué manera se sabrá que un delincuente es incorregible, sinó teniendo en cuenta el número de delitos que haya cometido? Entretanto, en ninguna parte del Código se reserva á los reincidentes, por ser tales, la pena de presidio. Más aún, un delincuente no es reincidente sinó cuando comete delitos de la misma especie ó penados con castigo igual ó mayor que el último delito: el que, por efecto de una vida desarreglada, una vez hiere, otra comete un rapto; otra





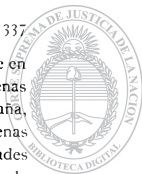
un hurto, otra un homicidio, no será reincidente según las disposiciones de nuestra ley.

Un homicidio con una circunstancia atenuante es castigado con presidio; si hay dos circunstancias atenuantes con penitenciaría, sin que importen nada las condiciones personales del delincuente. Este ejemplo, y podría citar muchos otros, demuestra que no es la posibilidad de corrección ó nó, lo que ha determinado la adopción de las dos penas. Además, ¿por qué habría incorregibles á quienes se devolviera la libertad á los tres años de presidio, y corregibles á quienes se tuviera en penitenciaría por tiempo indeterminado?

**324.** La escala penal, en los cuatro incisos que comento es manifiestamente viciosa, porque multiplica sin un objeto práctico explicable el número de establecimientos penales de difícil creación en todas las Provincias. En 1884 el Ministro de Justicia hacía esta declaración: “El proyecto fija la pena de presidio, y la Nación no dispone tampoco de sitios destinados á ejecutarla en la forma en que el legislador lo ha querido”. Subsistente ésta declaración y comprendiéndose las dificultades que tendrían las Provincias para la aplicación de ese doble sistema carcelario, hubiera sido conveniente meditar cuál fuera el objeto práctico de las dos penas; y siendo posible la creación de un presidio nacional (uno basta para toda la República), existiendo por otra parte una penitenciaría que puede ser usada por las Provincias (1) podría haberse dado á las dos penas objetos efectivamente diversos.

**325.** El doctor Tejedor en su nota de remisión del

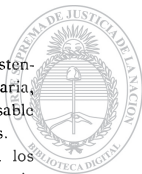
(1) Circular del Ministerio de Justicia, 24 de Setiembre de 1886.



proyecto al Poder Ejecutivo, daba otras razones que en la anotación al artículo, para la aceptación de las penas de presidio y penitenciaria: "Parecerá quizás extraña, decía, ésta sanción en el mismo código de dos penas que, según establezco, poco difieren por sus cualidades esenciales: pero siendo el presidio y la penitenciaria la escala indispensable para conseguir la abolición gradual de la pena de muerte, preciso era ponerse en el caso de que sólo hubiera en muchas partes uno ú otro establecimiento". Esta declaración estaba confirmada por varios artículos del proyecto en que se imponía indistintamente las penas de presidio ó penitenciaria. Que esto no estuviera muy de acuerdo con una justicia igual para todo el país, no es dudoso: pero es también cierto que tenía más en cuenta las condiciones en que el país se encontraba para el uso de aquellas penas, que la distinción racional enunciada en la nota del artículo.

**326.** La simplicidad del sistema penal es un principio que el legislador no puede perder de vista (1); y aunque sea ciertamente difícil, lo mismo que aplicar con éxito á diversos males un solo remedio, hallar la pena aplicable á las múltiples manifestaciones del delito, no se incurra en error de crear penas paralelas ó equivalentes, ó de aplicación alternativa que, sin una razón fundamental que las distinga, dificulten su aplicación y hagan imposible alcanzar la noción clara de su

(1) El código español tiene una larga y complicada lista de penas, distribuidas en distintas escalas. Pacheco aprueba este sistema; cree que con él la ley ha recorrido todos los puntos por donde el hombre es vulnerable para hacerlo objeto de sus tiros (t. 1º, pág. 313). Groizard lo desapruueba con buenas razones. (*El código penal de 1870*, t. 1º, página 123).



importancia relativa y una explicación de su coexistencia. Que se conserve el presidio y la penitenciaría, puede ser indispensable; pero es también indispensable que las dos penas sean fundamentalmente distintas.

Para alcanzar éste objeto y reorganizar según los principios que estoy enunciando, la escala penal, sería menester elevar el minimum del presidio hasta hacer de él una pena que pudiera considerarse por lo menos equivalente al máximo de la penitenciaría ó inmediatamente más grave; elevar, en seguida, el máximo del presidio como pena temporaria á un término que pudiera considerarse según la medida normal de la vida, como inmediatamente inferior á la de presidio perpetuo que debiera reemplazar á la de muerte (1).

**327.** Nuestro Código no ha determinado, como otros códigos modernos, todos los principios á que deba ajustarse el régimen carcelario; no dice si la reclusión del presidio es ó no celular; si el trabajo debe ó no ser en común; etc. Se reconoce que la cárcel es el medio de represión comunmente usado hoy, y el que aparece apto en la distinta intensidad de que es susceptible, para seguir al delito en la variedad de sus manifestaciones. Al no determinar desde luego todos los principios del régimen carcelario se ha querido dejar á la reglamentación de los establecimientos el ensayo de siste-

(1) El reciente Código Penal de la República Oriental del Uruguay, país cuyas costumbres y condiciones sociales pueden reputarse los de una provincia argentina, ha adoptado un sistema de penas privativas de la libertad mucho más sencillo que el nuestro. Las penas privativas de la libertad son solamente las de prisión, cuyo término puede ser de tres meses á dos años, y la de penitenciaría cuyo minimum es de dos años y cuyo máximo de treinta.



mas sobre los cuales no está agotada la discusión, y que cambiarán de un punto á otro según las necesidades locales.

**328.** La imposición del trabajo en las penas de presidio y penitenciaria, más que un principio de reglamentación, es una condición característica de la pena.

A ella se ha señalado la restricción de no emplearse á los condenados en obras de particulares ni en públicas que se ejecuten por empresas ó contratos con el gobierno. Se ha reconocido, en donde se ha permitido á particulares ó contratistas del gobierno emplear el trabajo de los condenados, que van anexos á ese sistema dos graves males: la alteración del régimen y moralización de los condenados, y la explotación por los contratistas.

**329.** Los artículos 60 y 65 determinan la diversa aplicación que deberá darse á los trabajos de los condenados á presidio y penitenciaria.

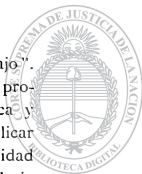
Los sentenciados á presidio trabajarán en beneficio del Estado.

En cuanto al trabajo de los condenados se aplicará á los objetos siguientes:

“Si el condenado no tuviera medios propios para satisfacer la responsabilidad civil en que hubiese incurrido por el delito cometido, el producto de su trabajo se destinará, íntegro, á éste objeto, y al sostén de su familia, si la tuviese.

“Satisfecha la responsabilidad civil, el producto del trabajo se aplicará á satisfacer los gastos que cause en el establecimiento, y á formarle un fondo propio que se le entregará á su salida.

“Lo que se aplique á gastos del penado no excederá



de las dos terceras partes del producto de su trabajo”.

¿Cuál es el motivo de esta distinta aplicación del producto del trabajo de los condenados? ¿A qué lógica y á qué principio de equidad obedece el hecho de aplicar el trabajo del penitenciado á satisfacer la responsabilidad civil y no aplicar parte alguna del trabajo del presidario á tal objeto?

La reparación á las víctimas del delito debiera ser el destino primordial del trabajo del condenado. Fuera inútil insistir sobre este punto, que puede tenerse por indiscutible. Lo que el Código reconoce con respecto al trabajo del condenado á penitenciaría debiera establecerlo del condenado á presidio: y agregaré que estas disposiciones no debieran ser, como son, letra muerta.

**230.** El artículo 62 sustituye el presidio por la penitenciaría, cuando se trata de hombres débiles ó enfermos, de menores de edad y de mayores de sesenta años, y de mujeres.

La naturaleza de los trabajos del presidio *duros* y *penosos*, crueldad inútil y detestable, aún tratándose de hombres fuertes y vigorosos, hubiera sido refinada crueldad aplicándose á mujeres, ancianos y niños.

**331.** A las penas de presidio y penitenciaría van anexas por disposición de los artículos 63 y 67, las penas de inhabilitación absoluta para cargos públicos, y para el ejercicio de derechos políticos, interdicción civil y sujeción á la vigilancia de la autoridad.

Qué sea la pena de inhabilitación, es materia que corresponderá tratar al estudiar el artículo 75, por ser ésta pena de la escala del artículo 51, que puede aplicarse como principal á determinados delitos; y en cuanto á la



interdicción civil, su alcance está bien circunscripto a la privación de la patria potestad, de la administración de los bienes y de la facultad de disponer de ellos por actos entre vivos.

La sujeción á la vigilancia de la autoridad es siempre una pena accesoria. Ella produce, según la disposición del artículo 78, la obligación de no variar de domicilio sin conocimiento de la autoridad encargada de su vigilancia: la de observar las reglas de inspección que ella le presije y la de adoptar oficio, arte, industria ó profesión, si no tuviese medios propios y conocidos de subsistencia.

Esta pena estaba consignada también en el proyecto Tejedor: pero respecto de la manera de cumplirse traía lo siguiente: “Inmediatamente después de la condena- ción, los nombres y designaciones exactas de los individuos detenidos en los presidios serán comunicados á todas las autoridades policiales más inmediatas”. En esta forma la sujeción á la vigilancia de la autoridad no restringía libertad ni derecho alguno, y sólo impropia- mente podía llamársela pena.

Pero si bajo el código Tejedor la sujeción á la vigilan- cia de la autoridad no era pena, porque no causaba nin- gún mal, ni importaba privación de ningún género, los términos del artículo 78 del Código actual son, en cam- bio, declaraciones sin sanción que la autoridad no tendrá medio de hacer cumplir.

**332.** Los artículos 64 y 66 declaran las agravaciones de que son susceptibles las penas de presidio y peni- tenciaria: treinta ó veinte dias de reclusión *solitaria* en los aniversarios del crimen.



La consecuencia que surge de estos artículos es la de que los reglamentos de los presidios ó penitenciarías no podrán adoptar como regla general la reclusión solitaria.

**333.** Carácter común de las penas de presidio y penitenciaria es el de ser susceptibles de reducirse el término de la condena, si, pasado cierto término, los condenados diesen pruebas de reforma positiva.

Ha sido tan mal entendida, á mi juicio, esta disposición que he determinado consagrar á su examen el capítulo siguiente.

## CAPÍTULO XVIII



### CUESTIONES SOBRE LA GRACIA EN LAS PENAS DE PRESIDIO Y PENITENCIARIA.

(Artículos 73 y 74).

#### *Naturaleza jurídica de la gracia en el Código Penal.*—334.

Las penas de presidio y de penitenciaría se imponen con términos sujetos á condición.—335. Los precedentes legislativos en este sentido son escasos.—336. Antecedentes de los artículos 73 y 74 del Código Penal: código de Tejedor; código de Baviera.—337. La pena accesoria de inhabilitación absoluta no restringe el derecho de pedir gracia. El derecho de petición, en interés privado, es esencialmente del orden civil; no político.—338. La disposición del Código no tendría objeto, si el *derecho de pedir* no importara la obligación de *otorgar*.—339. La obligación de otorgar existe desde que se han cumplido las condiciones del derecho de pedir. Estas se limitan al transcurso del tiempo y á las pruebas de reforma positiva.—340. El objeto final de la pena es la reforma del delincuente. Entiende lograr este objeto con la promesa de remisión parcial. Necesidad de que sea cierto el cumplimiento de la promesa.—341. La facultad de perdonar implica el derecho de pedir perdón.—342. Conclusión de las demostraciones precedentes.—343. Objeción resultante del comentario oficial del código de Baviera.—





Refutación. — *Gracia extraordinaria y gracia ordinaria.* —

344. La facultad de perdonar, como atributo de la soberanía, no es, en general, susceptible de reglamentación. Tiene lugar en circunstancias extraordinarias. — 345. Exactísima distinción de Ortolán, entre la gracia ordinaria y la extraordinaria. — *El conocimiento y resolución de la gracia del Código Penal, corresponde al Poder Judicial.* — 346. La gracia extraordinaria es la determinada por la Constitución; la ordinaria, por el Código Penal. — 347. Solución contraria de la cuestión, por la Suprema Corte. — 348. Las objeciones no han sido previstas ni enunciadas. — 349. La aplicación del Código Penal es función exclusiva de los Tribunales. — 350. Precepto de la Constitución Nacional. — 351. Por razón de la distinta organización constitucional, no puede invocarse la autoridad del código de Baviera. — 352. La facultad de indultar, conferida en la Provincia de Buenos Aires al Poder Ejecutivo, está reglamentada por la ley de 17 de Octubre de 1877. El Código Penal no es reglamentario de ella. — 353. Error en la vista del Fiscal doctor Victorica. — 354. Distinta naturaleza de las funciones del Poder Ejecutivo y del Judicial. La gracia ordinaria requiere la declaración de un derecho. — 355. Aún dando la más completa autoridad al Código de Baviera, es inaceptable la solución de la Corte. — *Antecedentes legislativos de la tesis sostenida.* — 356. La reducción de pena por cumplimiento de condiciones establecidas, es acto de *justicia*, no de *gracia*. — 357. Ejemplo importante del código de procedimientos penales de Austria. — 358. La gracia de nuestro Código Penal debería aplicarse de la misma manera. — *Procedimientos actuales y conclusión.* — Cómo se procede actualmente en los casos de gracia ordinaria. La Corte no tiene por qué informar. — 360. Necesidad y oportunidad de cambiar las prácticas establecidas. — OBSERVACIONES ADICIONALES (1). — 361. Reforma de la Cons-

(1) Hallándose en prensa este capítulo al reformarse la Constitución de Buenos Aires en lo relativo al punto de que trata, he determinado no alterar su redacción por razón de aquella reforma, ocupándome de ella y



titudin de Buenos Aires, y declaraci3n de la Suprema Corte en el sentido de mi exposici3n. — 362. Condiciones que deber3n examinar los Tribunales para el otorgamiento de la libertad. — 363. Qu3 debe entenderse por *reforma positiva*. — 364. Superioridad del sistema de la *libertad condicional*.

**334.** Las penas de presidio 3 penitenciaria pueden ser impuestas por tiempo determinado 3 indeterminado.

Pero el pronunciamiento de 3ltima instancia que imponga una de esas penas, no es definitivo, en el sentido de que la pena podr3 no cumplirse tal como est3 impuesta por la sentencia. Son penas sujetas 3 una condici3n establecida por la ley, y cuando se las impone queda dicho impl3citamente que el t3rmino ser3 reducido si se cumple la condici3n de *reforma positiva*.

**335.** Aparte de la facultad de perdonar que pertenece al monarca, donde la soberan3a reside en 3ste, 3 que constitucionalmente se atribuye al Poder Ejecutivo, donde los poderes p3blicos ejercen un mandato, residiendo la soberan3a en el pueblo 3 la naci3n, son escas3simos los precedentes legislativos que tengan analog3a con lo dispuesto en los art3culos 73 y 74 del C3digo Penal: y las que 3stos guardan con aquella facultad es m3s aparente que real, como se demostrar3 en el curso de este trabajo.

**336.** Los art3culos 73 y 74 est3n tomados del c3digo Tejedor, que 3 su vez los tradujo del c3digo de Baviera.

Sin embargo la redacci3n no es textualmente la mis-

de sus consecuencias en los n3meros bajo el t3tulo de *Observaciones adicionales*.



ma en los tres códigos, y ésta circunstancia puede influir en la interpretación.

He aquí los textos respectivos:

### *Código Penal*

Art. 73.—Los condenados á presidio ó penitenciaría por tiempo indeterminado, que durante los últimos ocho años hubieran dado pruebas de una *reforma positiva*, después de sufrir quince años de condena, *tendrán derecho á pedir* gracia del resto de la pena.

Art. 74. El mismo *derecho* tendrán los condenados á presidio ó penitenciaría por tiempo determinado, después de haber cumplido las dos terceras partes de su condena, si *durante la última* tercera parte de *ella*, hubiesen dado *pruebas de una reforma positiva*.

### *Código Tejedor*

Art. 99.—La condenación por tiempo indeterminado *deja*, sin embargo, al condenado la esperanza de merecer su libertad dando pruebas de reforma positiva, especialmente si durante ocho años continuos muestra una aplicación notable al trabajo, no incurre en castigos por actos de maldad ó desobediencia, ó da cualquiera otra señal irrecusable de corrección. En estos casos *podrá obtener* su gracia después de quince años de pena.

Art. 100.—El presidio por tiempo determinado, no podrá pasar de quince años ni ser menor de seis, *pudiendo*



los condenados *abreviar también su duración*, si llenan las condiciones prescriptas en el artículo anterior, con excepción del caso de reincidencia. Esta gracia, sin embargo, no podrá acordarse sinó después de cumplida la mitad del tiempo de condena.

### *Código de Baviera*

Art. 12.—La condenación por tiempo indeterminado, dejará al condenado la esperanza de merecer su libertad dando pruebas de una *mejora real*; especialmente si muestra durante diez años no interrumpidos, una aplicación notable al trabajo, si no incurre en castigos por actos de maldad ó desobediencia y da otras pruebas irrecusables de una *reforma en su moralidad*, *podrá obtener* su gracia después de haber sufrido 16 años de pena.

Art. 13.—Los condenados por tiempo determinado *podrán abreviar* la duración de la pena, llenando las condiciones prescriptas por el artículo 12. pero esta gracia no podrá *ser propuesta* sinó después de cumplidas las *tres cuartas partes* de la condena.

337. De la comparación de estos textos legales, resulta como más saliente diferencia entre nuestro Código y el de Tejedor y el de Baviera, la de que estos últimos dicen que el condenado *podrá obtener* su gracia, *podrá abreviar pena*, en tanto que el primero dice que *tendrá derecho á pedir* gracia.

De aquí nace esta cuestión: si los redactores del Código, que tenían á la vista el proyecto del doctor Tejedor, cambiaron la redacción del artículo, han podido hacerlo



con uno de estos dos objetos: expresar mejor la misma disposición; cambiar la disposición.

¿Qué se propusieron?

El *derecho de pedir* que confiere el texto actual es bien poca cosa, si la condenación no ha privado de la facultad de “peticionar á las autoridades”, que acuerda el texto de la Constitución.

Debo confesar que en algún momento he dudado de la conservación ó subsistencia de aquel derecho cuando ha sido impuesta la pena accesoria de inhabilitación absoluta, que importa la pérdida de *todos* los derechos políticos activos y pasivos (art. 75, inc. 2°, Código Penal); pero toda duda desaparece cuando se piensa que el derecho de petición puede ser esencialmente civil ó privado, y esencialmente político, según que la petición tenga un objeto meramente particular ó de interés individual, ó se refiera á un interés público ó general (1). En el primer sentido no requiere un reconocimiento especial, porque así resulta de los términos de la Constitución Nacional. Por eso la Constitución de los Estados Unidos, no contiene un reconocimiento expreso del derecho *individual* de peticionar á las autoridades. El artículo 1° de las Enmiendas habla del *derecho del pueblo* para reunirse pacíficamente y *peticionar* al Gobierno por reparación de agravios.

**338.** Si el derecho de pedir en causa propia ó en propio interés no es un derecho político que haya podido ser anulado por la inhabilitación absoluta, carecería to-

(1) Véase PACHECO, *El Código Penal*, tomo 1°, página 334; GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, tomo 2°, página 208.



talmente de objeto la ley que acordara, á título de recompensa, un derecho que no se tiene por la ley ni que la ley ha podido quitar: el derecho de pedir.

Regla de buena interpretación de una ley es la de pensar que algo ha querido reconocer, dispensar, declarar ó mandar. En tanto que se piense que el *derecho* de pedir gracia, no tenga como correlativo la *obligación* de otorgarla al que se encontrara en condiciones legales, se tendrá una ley que nada manda, nada declara, nada prohíbe, nada reconoce ó dispensa. Con la ley y sin la ley, el penado tendría derecho de pedir en su propio interés por habérselo reconocido así expresamente la Constitución, y no estarle limitado ese derecho por razón alguna.

Si se toma aisladamente la frase *derecho de pedir*, resultará cierto que ésta no importa obligación de otorgar, puesto que el *pedir* no crea obligación en el que *oye pedir*.

Pero la frase es de tanta importancia que ella sola basta para caracterizar un sistema penal cuando se reflexiona cómo, dónde, y por qué se ha colocado.

**339.** Tomemos, pues, en su conjunto toda la disposición en que se contiene el derecho de pedir gracia.

El Estado, por órgano del Poder Judicial, impone al reo de un delito la pena que fija la ley: pero á la vez el Estado ha escrito en la misma ley la promesa. ó aunque sea solamente "la esperanza", como decía el Código Tejedor, de que esa pena será *reducida*, si el reo se ajusta á cumplir tales ó cuales condiciones determinadas desde luego, por ejemplo, la de probar una reforma positiva después de algunos años.



¿Quién podría sostener que el Estado hizo la promesa sólo para obtener el *fin* que deseaba, pero sin intención de cumplirla una vez logrado? Aunque el fin sea excelente ¿quién podrá afirmar que la ley se propone alcanzarlo por el engaño ó la felonía?

La frase no tiene éste objeto, que sería indigno de la ley. El penado *podrá pedir gracia*, y es cierto que á ese pedido podrá no accederse en cuanto que el solo derecho de pedir no importa *inmediatamente* el deber de otorgar. El derecho de pedir importa el deber de examinar si se han producido todas las condiciones á que estaba sujeta la pena impuesta.

Según los artículos que comento, las condiciones de la ley se reducen á estas dos circunstancias: *a)* tiempo transcurrido; *b)* pruebas de reforma positiva.

Verificada la existencia de estas dos circunstancias ¿con qué fundamento podrá el poder público, á quien corresponda la concesión de la gracia, negarla? ¿qué razón legal invocará?

Solo la de que el texto dice *pedir* donde pudo decir *obtener!* Para tal conclusión, es preciso cerrar los ojos sobre el objeto y fin de la disposición.

**340.** Se reconoce como objeto final de la pena la *reforma positiva* del delincuente. Pero la pena por sí sola puede no reformarlo en manera alguna, y aun su duración irremediable apagar en él todo estímulo de reforma. Se ha creído, entonces, oportuno no ahogar el estímulo de reforma; más aún, se cree necesario fomentarlo; por eso decía clara y distintamente el código Tejedor: “*los condenados podrán* abreviar la duración de la pena”; esto es, el *hecho* que autorice la reducción será



obra del penado, su propio esfuerzo: es él quien se abreviará la pena, y la autoridad no hará otra cosa que reconocerle esta abreviación.

Admitiéndose que el texto quita toda seguridad á la promesa, sustitúyese lo cierto por lo dudoso, y el estímulo, si no desaparece totalmente, disminuirá en gran proporción. El objeto final de la ley, ilusorio ó nó, pero propósito al fin, lejos de lograrse fracasará.

**341.** Hay todavía otro argumento con que insistir, en que si el *derecho de pedir* no es otra cosa que la facultad de peticionar á las autoridades, reconocida por la Constitución, toda la disposición del Código carece de objeto, porque la privación de derechos políticos (y considerando como tal en todos los casos el de petición), no ha alcanzado á suprimir la facultad de peticionar.

Anticipando una demostración que vendrá después, afirmo que la reducción de penas de que habla el Código no debe entenderse como limitativa de la facultad de perdonar que las constituciones acuerdan á alguno de los poderes públicos (1), sea tratándose de una pena impuesta por sentencia definitiva, sea anticipándose al fallo con el indulto y la amnistía.

Si en representación y ejercicio de la soberanía se puede en todo momento remitir total ó parcialmente una pena, aún fuera de las condiciones de transcurso de tiempo y de reforma positiva, este poder implica la fa-

(1) Esto ha sido luminosamente demostrado por el Doctor Cortés. Véase el tomo 1º, página 22 de la *Revista General de Administración*, y tomo 1º, página 310 de la *Jurisprudencia Criminal de la Capital*. Es de sentir que el Dr. Cortés no haya tratado directamente la cuestión de competencia y que incidentalmente haya atribuido al P. E. la conmutación de penas del Código Penal.





cultad de excitarlo ó de moverlo en aquel á quien interesa, esto es, el derecho de pedir gracia, de clamar piedad en todo tiempo. Está declarado por la Constitución que es *facultad* del P. E. conceder la conmutación de una pena. *Facultad* implica *derecho*, *poder*. Por esto la petición del indulto al P. E. no importa derecho de obtenerlo, pues no hay derecho contra derecho.

**342.** Concluyo de lo expuesto hasta aquí, que si las disposiciones del Código Penal tienen un objeto distinto y más noble que el de engañar á los presidarios, permitiendo la facultad de negar, á los que estuvieran en condiciones legales, la libertad que hubieran adquirido por su propia obra, por su propio esfuerzo, los términos “derecho de pedir gracia”, implican necesariamente la obligación de otorgarla cuando se hubieran verificado las condiciones de la ley.

**343.** Preveo que se podrá contestar con el comentario oficial del código de Baviera: “Es esencial observar: 1º que de aquí no resulta para los condenados un derecho adquirido de obtener su gracia, sinó una *posibilidad de solicitarla*: 2º que ésta solicitud debe hacerse *de oficio*, por los Tribunales”.

Creo que esta objeción puede salvarse brevemente, y contesto:

1º Que el comentario oficial del código de Baviera, no es comentario oficial del Código argentino:

2º Que, aun cuando lo fuera, en la diverjencia entre el comentario y el texto de la ley, éste debe prevalecer;

3º Que esa diverjencia existe en cuanto el comentario habla de *posibilidad* de solicitar, donde el texto dice *derecho de pedir*;



4º Que, mientras el comentario habla de una *solicitud* que harán los *Tribunales de oficio*, el texto atribuye el *derecho* á los mismos condenados.

A otras observaciones se prestaría éste punto, pero lo dicho basta para apartar la objeción.

**344.** ¿A quién debe dirigirse la petición de gracia? ¿quién tiene el deber de atender ó declarar aquel derecho?

Esta cuestión ha sido ya motivo de resoluciones judiciales, que en seguida expodré.

He hecho antes referencia á la facultad de la gracia, reservada como un atributo de la soberanía en los países monárquicos y conferida á alguno de los poderes públicos en los países representativos.

Para saber si la gracia de que habla nuestro Código Penal, corresponde al privilegio de reformar ó revocar las sentencias judiciales, me basta ver cuál es la naturaleza de aquel derecho.

La facultad de perdonar no es, por lo general, susceptible de reglamentación, y se la reconoce como una arbitrariedad necesaria para moderar el rigor excesivo de las leyes en casos no susceptibles de ser previstos, y en que puede aparecer manifestamente injusta la más estricta aplicación de la ley.

No es el momento de discutir la legitimidad de ese derecho.

Tan enorme poder, que no falta en manos de los monarcas absolutos, lo confía al Presidente la Constitución en que mayor eficacia han tenido las instituciones republicanas. Los tribunales de los Estados Unidos han declarado que el poder de perdonar que ejerce el Presi-



dente es ilimitado, se extiende á todo delito cometido legalmente y puede ser ejercido en cualquier tiempo, no estando sujeto á control legislativo, ni el Congreso puede limitar el efecto del perdón (1).

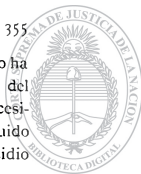
Nuestra Constitución Nacional, reserva también al Poder Ejecutivo la facultad de indultar ó conmutar, previo informe del Tribunal correspondiente. No hay otra limitación.

Algunas Constituciones provinciales reservan al P. E. sólo la facultad de conmutar la pena de muerte. La de la Provincia de Buenos Aires lo faculta para conmutar las penas por delitos sujetos á la jurisdicción provincial, previo informe motivado del Tribunal Superior sobre la oportunidad y conveniencia, *con arreglo á la ley que determine los casos y forma en que pueda solicitarse*, debiendo ponerse en conocimiento de la Asamblea Legislativa las razones que hayan motivado en *cada caso* la conmutación de la pena.

Según el texto de este artículo constitucional en que con tanta desconfianza se entrega al Poder Ejecutivo la facultad de *conmutar* (cambiar *una* pena por *otra*; *no remitir*); según este artículo en que esa misma facultad de conmutar queda sujeta á la ley reglamentaria, la *conveniencia* de la conmutación y las *razones que deban motivarla*, son *indeterminables* previamente por la ley.

Luego, las circunstancias en que se otorgue la conmutación tienen que ser *extraordinarias*, de mera ocasión, puramente referentes al caso de que se trate, sin analogía ni vínculo genérico con otros casos de conmutación.

(1) BUMP, *Decisiones Constitucionales*, números 1939, 1940, 1944.



La ley reglamentaria de 17 de Octubre de 1877 (1) no ha determinado las *condiciones* en que debería usarse del derecho de conmutación, sinó que, pareciéndole excesiva la facultad de conmutar todas las penas, ha excluido de la conmutación las menores de 10 años de presidio y otras.

**345.** La conveniencia de la facultad de perdonar conferida como poder extraordinario, de que se usará más ó menos discrecionalmente, es una cuestión discutida hoy como en la más antigua filosofía.

La reducción de la pena á todo condenado que se coloca en determinadas condiciones, es relativamente una novedad.

Es con la mayor exactitud que Ortolan llama á la primera gracia *extraordinaria* y á la segunda gracia *ordinaria*.

Tanto estoy de acuerdo con esta distinción, que me complazco en transcribir los términos en que la explica :

“Nosotros consideramos la gracia *según la ciencia racional*, como un complemento necesario de la penalidad social. Debe intervenir allí con dos condiciones: la una extraordinaria ó excepcional, y la otra ordinaria ó regular, y en ambos casos se justifica.

“El destino de la gracia extraordinaria es proveer á situaciones excepcionales que pueden resultar ya de las imperfecciones inevitables de la ley penal, ya de las imperfecciones inevitables de los juicios humanos, porque en las legislaciones penales mejor formadas, es posible

(1) De la Provincia de Buenos Aires.



que la ley, que no formula sus preceptos sino en abstracción y para los casos generales, incurra en alguna falta con respecto á los casos particulares; y que el juez, que debe aplicarla tal cual es, lo haga con sentimiento, diciendo *dura lex, sed lex est*; y hasta es posible que las situaciones ó hechos excepcionales no se revelen hasta después del hecho; es posible que el interés público, una de las condiciones esenciales del derecho de castigar, no exija que la pena sea aplicada, ó que lo sea en toda su severidad. Es preciso, pues, un poder superior que se eleve sobre la fórmula general de la ley y por encima de las atribuciones ordinarias del juez, que se determine no por favor ni por misericordia, sino por espíritu de justicia ó de utilidad pública, que esté encargada de rectificar, en la aplicación especial, los extravíos de las generalidades.

“Por eso la libertad de apreciación, cuando se trata de motivos excepcionales, es indispensable, y no se la puede someter á reglas; el uso de esa especie de gracia debe ser raro. Es la única posible con respecto á la pena de muerte.

“*La gracia ordinaria* que funciona regularmente con otro destino, es una rueda obligada de todo sistema constituido á la vez sobre la idea de represión y la de corrección. Ella es la que muestra el porvenir; es la esperanza de la enmienda que debe producirse, la recompensa de lo que se ha producido, el paliativo indispensable de las penas perpetuas. Como tal tiene necesidad de estar sometida á reglas que *hagan concordar su ejercicio con ese destino*” (1).

(1) ORTOLÁN, *Tratado de Derecho Penal*, 998 y 999.



**346.** He creído indispensable precisar con las palabras de tan distinguido criminalista, una distinción de cuya verdad tengo completo convencimiento, que es de la mayor importancia para el esclarecimiento de esta cuestión, y á la que mi sola afirmación no podría dar autoridad.

Hablaré, pues, en el curso de este trabajo, de la gracia *extraordinaria* y de la *ordinaria*, como de dos cosas esencialmente diversas, entendiendo por la primera la que es determinada por el derecho constitucional, y por la segunda la que está consignada en el Código Penal.

**347.** Volviendo ahora á la cuestión con que comenzaba un número precedente, ¿á quién corresponde conocer y resolver los casos de gracia ordinaria?

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de acuerdo con la vista del Fiscal doctor Victorica, en ejercicio de la Procuración General, ha resuelto:

1° Que la limitación del término de la condena, que autorizaban los artículos 99 y 100 del Código Penal (1), importaba una verdadera conmutación:

2° Que la Corte no tenía jurisdicción para conceder la gracia que aquellos artículos autorizaban:

3° Que estando conferida por la Constitución de la Provincia al Gobernador, la facultad de conmutar, correspondía á éste otorgar la gracia que aquellos artículos autorizaban.

Los fundamentos de esta resolución consisten en *reputar* la reducción de penas establecidas por el Código Penal como una verdadera conmutación; en que, en

(1) El de Tejedor, cuando regía como ley de la Provincia.



Baviera la facultad de reducir los términos de penas, según el código penal, es ejercida por el soberano; en que el artículo 113 del Código era el único que confería á los jueces el poder de conmutar una pena determinada; y en que, al ejercer éstos tal facultad, *no conmutaban* propiamente, sinó que aplicaban la pena alternativa que la misma ley establecía.

Son éstas también las conclusiones del fiscal, doctor Victorica, pero éste expresa además, que por *analogía* podría adoptarse para los casos del Código Penal el procedimiento que marca la ley de Octubre de 1877 para los casos extraordinarios de conmutación (1).

**348.** Están consignados en la sentencia de la Corte, y en la vista que la precede, todos los fundamentos con que puede atribuirse al Poder Ejecutivo de la Provincia el ejercicio del derecho á que hacen referencia los artículos 73 y 74 del Código Penal vigente, 99 y 100 del anterior.

Pero hay serias objeciones que oponer á esa resolución, no previstas ó por lo menos no enunciadas en ella. Hay, además, nuevos fundamentos para una resolución contraria que pueden derivarse de estas dos circunstancias: 1ª la reforma del texto legal; 2ª el distinto origen del Código Penal, *provincial* antes; hoy *nacional*.

Omitiendo consideraciones que no tendrían objeto, estudiaré solamente la sentencia de la Corte en presencia de la ley actual, prescindiendo de lo que pudo ser bajo la ley anterior.

**349.** Admitiendo el fundamento de la sentencia de

(1) *Acuerdos y Sentencias*, 1ª Serie, tomo 9º, página 374.



que la reducción de la pena autorizada por el Código Penal debe ser equiparada á la conmutación de las penas que autoriza la Constitución Provincial, hay, sin embargo, que distinguir que en el primer caso la conmutación se opera *por aplicación del Código Penal*.

¿A quién corresponde en general la aplicación del Código Penal?

La pregunta es demasiado sencilla; pero contiene una objeción importante á las conclusiones de la resolución de la Corte. Nadie vacilaría en contestar que la aplicación de los códigos es función exclusiva de los Tribunales. ¿Por qué admitir, entónces, sin que un texto lo consagre *expresamente*, que los artículos 73 y 74 del Código Penal no podrán ser aplicados por los Tribunales? ¿Por qué atribuir al Poder Ejecutivo una facultad judicial, que puede ser *de efectos análogos* á una atribución propiamente suya, pero que no le ha sido conferida?

**350.** Dispone la Constitución Nacional que los códigos Civil, Penal y de Minería serán aplicados por "*los Tribunales provinciales ó federales*", sin suponer en momento alguno que su aplicación pueda confiarse á otro Poder.

Si al disponerlo así la Constitución hubiera querido limitarse á separar lo que corresponde al régimen provincial de lo que pertenece al nacional, no hubiera usado la palabra *tribunales* para atribuir á éstos la aplicación de los códigos, sinó una palabra genérica que comprendiera á cualquier poder público.

Hay, pues, en los términos del artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional, éste principio: ninguna





ley nacional ni provincial podrá limitar la facultad de aplicar los códigos que tiene el poder judicial y confiarla á otro poder.

Y esto, que está así prescripto en “la ley suprema de la Nación” no puede ser derogado ni por texto de la Constitución Provincial, ni por una ley del Congreso.

**351.** Se ve, pues, que, comparada nuestra legislación general, puesto el Código Penal en presencia de la Constitución Nacional y de la Provincial, el comentario oficial del código de Baviera pierde toda su autoridad en la interpretación.

En Baviera no existía el sistema representativo, republicano, federal; en Baviera no había un texto supremo que consagrara como atribución exclusiva de los tribunales la aplicación del código penal; en Baviera la administración de justicia es una delegación del rey: entre nosotros el *Poder Judicial* es independiente: en una palabra: aquí no rige la constitución de Baviera: allí no rige la Constitución argentina.

**352.** En la provincia de Buenos Aires la facultad de conmutar las penas (gracia extraordinaria) está conferida al Poder Ejecutivo, con sujeción á la ley reglamentaria.

Esa ley reglamentaria de la facultad constitucional fué dictada en 17 de Octubre de 1877. En la discusión de esta ley triunfó en la Cámara de Diputados, la limitación de la facultad de conmutar á los casos de pena de muerte. En el Senado se extendió á los casos de presidio por tiempo mayor de diez años; y en la revisión de la Cámara de Diputados se aceptó ésta modificación. (1)

(1) Véase el *Diario de Sesiones*.



Tan cierto es que no se dudaba de que esa era una facultad moderadora de los rigores injustos de la ley con respecto á casos excepcionales, que debía ser ejercida á continuación de la sentencia y solicitada dentro de quince días del pronunciamiento del fallo definitivo; reduciéndose la facultad del Poder Ejecutivo á imponer la pena inmediatamente inferior.

Mientras el Código Penal fué ley de la Provincia, *pudo* considerarse que los artículos 99 y 100 del Código Tejedor eran reglamentarios de la facultad constitucional; pero desde el momento que comenzó á regir el Código Penal de la Nación perdieron ese carácter.

Hoy, tendríamos un Código Penal de la Nación, reglamentando artículos de constituciones *provinciales*!

**353.** Dice la vista del Dr. Victorica que la ley reglamentaria no quiso alterar las disposiciones del Código Penal.

Hay en esto un error. La ley reglamentaria fué *anterior* al Código y era, en consecuencia, imposible que tuviera en cuenta disposiciones de la ley futura.

Acababa de sancionarse la ley reglamentaria, con todas las desconfianzas y restricciones posibles á la facultad que se reglamentaba, ¿cómo podría entenderse que el Código derogaba á los quince días la ley tan laboriosamente discutida?

¿No es de suponer que si se hubiera pensado en aquél momento, que llegaría á interpretarse que la *gracia* del Código Penal es la misma *conmutación* de la Constitución, aquélla facultad hubiera sido limitada á los términos de la ley recientemente dictada?

Se ve, pues, que aun dentro de la legislación pura-



mente provincial, un examen detenido de la cuestión lleva á conclusiones diversas de la resolución de la Corte.

**354.** Rehusó considerar las razones que puedan abonar el supuesto que hizo la Corte de que la gracia era lo mismo que la conmutación.

Dado este mismo supuesto de que la reducción de la pena es una conmutación, había que atender á las distinciones palpables entre la gracia ordinaria y la extraordinaria; y dada la distinta naturaleza y origen de ambas, examinar si constitucionalmente podía ser atribuido su conocimiento y decisión al mismo poder.

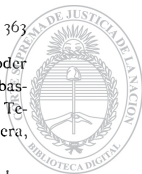
Del examen de este punto hubiera resultado, sin duda, que se tuviera presente la distinta naturaleza de las funciones de los poderes ejecutivo y judicial: el uno ejecutor de las leyes con el criterio de las conveniencias generales del bien público; el otro encargado de declarar en cada caso la *existencia del derecho*.

En el caso de la gracia *ordinaria*, no se trataba de satisfacer el interés general, de que la pena, aplicada en la estrictez de la ley, no resultara injusta de una manera alarmante; sinó de declarar si un penado había cumplido ó nó las condiciones legales que le daban *derecho* á una reducción de pena.

Hoy el caso es más claro todavía: la ley pronuncia la palabra *derecho* refiriéndose á la gracia.

Cualquiera que sea la importancia que se acuerde al *derecho de pedir*, aun en la interpretación más estrecha, es un *derecho*; y la declaración de su existencia corresponde al Poder Judicial.

**355.** Por último, y para demostrar que bajo todos aspectos es criticable la resolución de la Corte, por no



haber distinguido la gracia que corresponde al Poder Ejecutivo de la que corresponde al Poder Judicial, bastará admitir como enteramente aplicable al código Tejedor el mismo comentario oficial del código de Baviera, á que se atribuyó tanta autoridad.

“Es esencial observar: 2º que la petición debe ser hecha de oficio por *los tribunales*, estando obligados los encargados de los presidios á tener relaciones exactas de la conducta de los condenados para suministrarlas á los Tribunales de Apelación (últimas palabras suprimidas en la nota de Tejedor): 3º Finalmente (parte también omitida por Tejedor) que esta disposición no *restringe á título alguno el derecho de gracia del Soberano y que ella tiene por único efecto dar á los condenados que se encuentran en el caso del artículo, el derecho de pedir y á los tribunales el derecho de proponer la remisión de la cuarta parte de la pena*” (1).

Prescindiendo, pues, de todos los obstáculos constitucionales que dejo apuntados para que el Ejecutivo Provincial aplique el Código Penal, la Corte debió optar por el procedimiento indicado en el Comentario, y no por uno *sui generis* semejante al de la ley reglamentaria de 1877, que por referirse á un derecho distinto, aumentó la confusión.

Dado, pues, que la gracia del Código Penal debiera ser otorgada por el Poder Ejecutivo, no podría serlo sinó previa declaración de los Tribunales de que existía el derecho de pedir y á *propuesta de éstos*, no á solicitud del penado.

(1) *Code de Bavière*. Traducción de Vattel.



**356.** He demostrado que el conocimiento y resolución de las reducciones de pena autorizadas por el Código Penal corresponde á los Tribunales, y hasta qué punto fué equivocada la resolución de la Corte que lo atribuyó al Poder Ejecutivo.

Llamándose *gracia* á esa reducción de pena, parecería traerse á los Tribunales una misión extraña á su propia naturaleza, por ser su objeto la *justicia* y no la *gracia*. Pero no hay que atribuir mayor efecto á estas palabras, desde que á la *gracia* se llega por el uso de un *derecho*, y al declararse éste se hace acto de *justicia* y no de *gracia*. No es por favor ó misericordia que se reduce la pena, sinó por la *reforma positiva* que se impuso al penado.

**357.** Esta gracia ejercida en *justicia* por tribunales no es una novedad sin precedentes.

El código de instrucción criminal de Austria crea al lado del derecho de gracia que pertenece al Emperador (art. 411) un derecho de atenuación especial, puesto en manos de la autoridad judicial.

“Art. 410. Cuando después que un juicio condenatorio haya adquirido autoridad de cosa juzgada, se produzcan circunstancias atenuantes que *no existían* en el momento de la sentencia ó que no eran conocidas y que hubieran importado ciertamente una atenuación de la pena, la Corte de 1ª instancia, desde que esté convencida de la existencia de esas circunstancias, propondrá una atenuación de la pena á la Corte de 2ª instancia que decidirá, previas las conclusiones del Procurador General.”

En este artículo la reducción de la pena no se llama *gracia*, y esto es lo propio, puesto que el que llega á la



reducción de la pena por su propio esfuerzo no debe nada á la clemencia del príncipe.

El artículo 93 del código de la República Oriental dice: “los condenados á penitenciaría por más de cuatro años, que hayan dado pruebas ciertas de buena conducta y corrección moral, durante la mitad del tiempo de su condena podrán optar, cumplidos que sean los tres cuartos de ésta, á libertad condicional revocable por el resto de la misma.

“El otorgamiento de la libertad condicional revocable *corresponderá á la Alta Corte, ó en su defecto al Superior Tribunal de Justicia en Sala plena, etc.*”

**358.** Todos los argumentos que he aducido para demostrar que la gracia de los artículos 73 y 74 del Código Penal es un derecho que debe ser declarado por los tribunales, convienen para reconocer que nada se opondría entre nosotros á que se prescribiera una disposición semejante.

A falta de disposición legal, la declaración no podría ser hecha por los tribunales superiores, sinó por vía de consulta ó apelación, pues la regla general es que la gestión de todo derecho deba iniciarse ante los tribunales de primera instancia.

Pero de esto podrá pensarse después de reivindicado para el Poder Judicial el derecho de juzgar cuándo debe de otorgarse la reducción de la pena, aplicando los artículos 73 y 74 del Código Penal.

**359.** En la provincia de Buenos Aires desde la fecha de la resolución de la Corte que he discutido en las páginas precedentes, hasta hoy, todas las solicitudes de gracia son presentadas al Poder Ejecutivo, quien



pide informe á los Directores de las Cárceles de penados. Ellos informan sobre el tiempo de la pena sufrida y aseguran invariablemente que el penado ha observado "buena conducta". El Poder Ejecutivo remite la solicitud á informe de la Suprema Corte, pero como no es el caso de la gracia constitucional, ésta no puede decir nada sobre "la oportunidad ni conveniencia de la conmutación", y el informe se convierte en un acto de deferencia del Poder Ejecutivo, sin fundamento legal.

La Suprema Corte no tiene el deber de informar sino en el caso del artículo 142, inciso 3º de la Constitución de la Provincia.

En los casos ordinarios su intervención no tiene otro efecto que repetir al Poder Ejecutivo, lo que éste ya podía ver en las actuaciones que remite á informe.

**360.** Pero la *práctica* constantemente observada por la Corte no ha podido *cambiar el derecho* y modificar las condiciones jurídicas de la gracia ordinaria.

La práctica es una razón secundaria de resolver. Entre nosotros el uso no deroga ni crea derechos.

Por otra parte, las modificaciones de la legislación desde la declaración fundada de la Corte, autorizan un cambio en la jurisprudencia.

Todas estas consideraciones me inclinan á sostener que los Tribunales deben reivindicar su derecho de entender exclusivamente en las reducciones de pena que autoriza el Código Penal.

*Observaciones adicionales*

361. Lo que precede de este capítulo fué publicado en la *Revista General de Administración*, en la entrega correspondiente al mes de Marzo de 1889. Con posterioridad á esa publicación, en Octubre del mismo año, la *Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires*, incluyó entre las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia la de entender privativamente en los casos de reducción de pena que autorizan los artículos 73 y 74 del Código Penal; y antes de que el artículo constitucional entrara en vigencia, la Suprema Corte reconoció implícitamente que no era atribución del Poder Ejecutivo la reducción de penas en los casos del Código Penal. “La Suprema Corte procede en este sentido, decía la nota de devolución al Poder Ejecutivo de numerosas solicitudes de gracia que le habían sido remitidas á informe, porque, no obstante la práctica que en contrario ha seguido antes de ahora, un detenido examen del asunto le ha demostrado que su intervención en aquellos expedientes no estaría justificada por ninguna disposición legal.

“La gracia que solicitan los referidos penados es la que según los artículos 73 y 74 del Código Penal tienen derecho de pedir los condenados á presidio ó penitencia.

“La forma de aplicación de esta disposición no ha sido legislada por la Provincia bajo la Constitución vi-





gente aún, ni la intervención de los tribunales superiores provinciales en el otorgamiento de aquella gracia resulta del texto del Código Penal de la Nación.

“ En los casos de *conmutación* de penas, la intervención de la Corte está ordenada por el artículo 142, inciso 3º de la Constitución de la Provincia que acuerda á V. E. esa facultad con arreglo á la ley de reglamentación que fué dictada en 27 de Octubre de 1877.

“ Pero, resultando de los casos y de la forma en que dicha conmutación puede tener lugar, que ella no tiene el mismo objeto que las prescripciones del Código Penal, y que se trata de disposiciones distintas por su origen, por sus fundamentos y por su propósito, como lo reconoce la nueva Constitución de la Provincia, atribuyendo el conocimiento en los casos de conmutación á V. E. y en los de reducción de penas á este Tribunal, la Corte ha creído, en los casos de las solicitudes que devuelve, que no debía seguir observando por una aparente analogía entre la *conmutación* de que habla la Constitución y la *gracia* de que habla el Código Penal, un trámite exclusivamente ordenado para la primera.” (1)

La solución dada á esta cuestión en la Provincia de Buenos Aires podrá ser el punto de partida para una interpretación en el mismo sentido por los demás tribunales de las Provincias, en las cuales según los informes que he podido obtener se ha observado en los casos de reducción de pena, un procedimiento análogo al que se seguía en aquella.

**362.** Me he preocupado en las páginas precedentes

(1) Nota dirigida por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia al Poder Ejecutivo, con fecha 28 de Octubre de 1889.



casi exclusivamente de la cuestión de competencia relacionada con la reducción de penas, porque la he considerado tan íntimamente ligada al fondo de las prescripciones legales que reputaba alterado completamente el sistema según que fuera ó no discrecional la gracia que debía acordarse á los penados. Pero, establecido que aquella procede mediante el cumplimiento de condiciones legales, los tribunales deberán determinar en cada caso si se han llenado los dos únicos requisitos que la ley establece: transcurso de tiempo: pruebas de reforma positiva.

**363.** La primera de éstas dos circunstancias no se presta á consideración alguna. En cuanto á la segunda, los tribunales con los elementos de juicio de que dispongan, sometidos al mismo criterio con que declaran ó nó probados los *hechos* que dan origen al *derecho*, juzgarán si un penado ha dado pruebas de *reforma positiva*. Aunque son en sí mismo muy vagos los términos en que se establece esta condición, surge de ellos la necesidad de informarse no solamente de la conducta del penado dentro del establecimiento penal ó durante la condena, sinó también el conocimiento completo de la conducta anterior á la condena: pues es manifiesto que para saber si se ha operado una *reforma* en una cosa cualquiera es necesario comparar su estado en dos épocas distintas. La reforma, por otra parte, no puede resultar de la absoluta inacción para el mal, de que diera muestras el penado; se requiere que la reforma sea *positiva*, esto es demostrada por *hechos*: una manifestación *activa* en el sentido del bien, y no una *inactiva* en el sentido del mal.

**364.** Por último, observaré que es preferente al siste-

ma adoptado por el Código, el de la *libertad condicional* que adoptan los códigos modernos. La buena conducta durante una parte de la pena no es motivo suficiente para una remisión absoluta é incondicional del resto. No basta para convencer que el criminal se haya convertido en un hombre honesto: y, racionalmente, la buena conducta sólo autoriza una mera *presunción* de seguridad para lo futuro, presunción que debe desaparecer ante la prueba manifiesta de la mala conducta. Será siempre un poderoso freno moral para el delincuente saber que la puerta de la cárcel ha quedado abierta para él, cuando su pena no ha sido totalmente cumplida.



## CAPÍTULO XIX

PRISIÓN. ARRESTO. DESTIERRO. INHABILITACIÓN.

MULTA

(Artículos 68 á 72: 75 á 80)



365. En qué consiste la pena de prisión. — 366. Inmoralidad consiguiente á la manera como se cumple. — 367. Modificaciones al proyecto Tejedor. — 368. Superfluidad de la pena de arresto. — 369. Pena de destierro. — 370. Esta pena ha perdido toda su gravedad. — 371. Inhabilitación absoluta. — 372. Inhabilitación especial. — 373. Inhabilitación profesional. — 374. Efectos de la inhabilitación contra eclesiásticos. — 375. Sujeción á la vigilancia de la autoridad. — 376. Multa. — 377. Pena que equivalga á la multa. — 378. Determinación de la multa. — 379. Comiso. — 380. Destino de los objetos comisados.

**365.** La pena de prisión, con minimum de un año y maximum de tres, es la que sigue inmediatamente en importancia á la de penitenciaria.

Consiste en la detención en establecimiento que no sea presidio, ni penitenciaria, y no tiene otra accesoria



que la inhabilitación para cargos públicos y ejercicio de derechos políticos.

Esta pena se aplica á delitos leves, aunque muy numerosos.

**366.** Tal como se cumple hoy la pena de prisión, en las cárceles de detenidos y en la sociedad de los delincuentes de todo género, es una escuela de vicios y de infamia. Detenidos y condenados viven en la más completa holgazanería, y la cárcel es el club social de los criminales de toda especie.

La dignidad de los inocentes detenidos, y aún de los autores de delitos leves, exige que se adopte respecto de ellos el régimen de aislamiento, suavizando éste rigor que sólo tiene por fin su propio beneficio, con facilitarles la sociedad de personas libres.

**367.** El Código no ha consignado algunas disposiciones que traía el proyecto Tejedor, y que podían considerarse justas y útiles :

La pena de prisión podía conmutarse en servicio á las armas por el término de su duración, si los condenados fuesen solteros y no tuviesen medios con que subsistir.

Los condenados á prisión podían ocuparse para su propio beneficio en trabajos compatibles con la disciplina reglamentaria. Esta disposición era más propia de los reglamentos que del Código Penal.

Cuando la pena de prisión comprometía por su duración la profesión de que vivía el condenado ó su familia, podía reducirse á la mitad agravándola con trabajos forzosos dentro del establecimiento penal.

**368.** El artículo 70 dispone que el condenado á arres-



to será puesto en cárcel, policía ó cuerpo de guardia, pudiendo ser arrestadas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas ancianas ó valetudinarias.

Si la pena de arresto puede cumplirse en cárcel es una pena exactamente igual á la de prisión. No habria necesidad alguna de crear una pena más, ó establecer una denominación más en la escala penal, cuando la naturaleza de la pena no se cambia. Hubiera bastado bajar el minimum de prisión á un mes y disponer que cuando la prisión fuera menor de un año pudiera cumplirse en cárcel, policía ó cuerpo de guardia, y en sus casas las mujeres honestas y las personas ancianas y valetudinarias. El Código de la República Oriental del Uruguay no ha adoptado como pena el *arresto*, pero ha establecido en tres meses el minimum de la de prisión.

**369.** La pena de destierro consiste en expulsar de la República al condenado conduciéndolo hasta ponerlo fuera del territorio de la Nación.

La violación del destierro se castiga con reagravar la pena en la mitad de la primera condenación.

No puede aplicarse sinó á los delitos políticos, pues es á los autores de este género de delitos á quienes puede causar un daño más efectivo.

La ley la impone, además, en el delito de adulterio.

**370.** La pena de destierro, que pudo ser en otras épocas y en otros países una pena muy grave, ha perdido completamente ese carácter por las condiciones de la civilización moderna, y por la abolición de la confisca-



ción de bienes que le era accesoria. En el mundo moderno nadie es extranjero sinó para el ejercicio de derechos políticos, y éstos no consisten en nuestra actualidad, en otra cosa que en gozar de la benevolencia y la amistad de los que mandan, sea que en ello tengan la culpa los gobiernos, sea que la tengan los partidos ó los individuos faltos de aspiraciones puras.

**371.** La pena de inhabilitación absoluta consiste en la pérdida del empleo ó cargo público que ejercía el penado, aunque proviniese de elección popular; en la privación de todos los derechos políticos, activos y pasivos, durante el tiempo de la condena y en la incapacidad para obtener cargos y empleos públicos, igualmente por el tiempo de la condena.

El inciso 1º del artículo 75, que es el que prescribe la primera condición no puede ofrecer dificultades de aplicación. No así el segundo.

¿Qué debe entenderse por privación de todos los derechos políticos activos y pasivos?

Los autores del Código tomaron para este inciso el 2º del artículo 31 del antiguo código español. Esa redacción fué objeto de las más atinadas críticas por parte de distinguidos comentaristas. “¿Qué eran derechos políticos, preguntábanse todos. Y cada uno se respondía á su modo, restringiendo ó ampliando el círculo de acción de la ley. En oposición á derechos civiles puede bien colegirse lo que se quiere decir con la frase derechos políticos; en oposición á derechos privados puede también inferirse; pero ¿sucede lo mismo tratando de todas las calificaciones que sobre los derechos pueden recaer y recaen frecuentemente? ¿Qué diferencias universal-



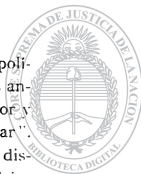
mente proclamadas hay, por ejemplo, entre derechos políticos y derechos naturales ó individuales? La ley debió precisar más las cosas: derecho político era, y es ciertamente el de expresar libremente las ideas de palabra y por escrito. ¿Quedaba suprimido por la inhabilitación? Derecho político era y es el de ir y venir, permanecer en un punto ó trasladarse á otro según nuestra libre voluntad. ¿Quedaba mermado por la inhabilitación? Derecho político era y es el de petición: derecho político el de ser juzgado por aquellos tribunales que la ley tiene establecidos antes de la comisión del delito. ¿Estaban, sin embargo, comprendidos dentro de la inhabilitación de que hablaba el número? No creemos que nadie hubiera contestado á éstas preguntas en sentido afirmativo. No conocemos en nuestra larga práctica una sentencia donde análogas prohibiciones se hayan impuesto. Y, sin embargo, derechos políticos notorios eran todos los citados; todos estaban consagrados por la Constitución, y por tanto comprendidos en las palabras de la ley *privación de todos los derechos políticos activos y pasivos*" (1).

Críticas semejantes hicieron adoptar en la reforma del código español de 1870 esta otra redacción: "La pena de inhabilitación absoluta producirá los efectos siguientes: 2º La privación del derecho de elegir y ser elegido para cargos públicos".

El Código de la República Oriental, después de referirse en el artículo 41 á derechos políticos, activos y pa-

(1) GROIZARD, tomo 1º, página 208.—PACHECO, desde la página 334 del tomo 1º.





sivos, los define así en el artículo 46: “ Los derechos políticos, activos y pasivos, á que se refieren los artículos anteriores, son : la capacidad para ser ciudadano elector y la capacidad para obtener cargos de elección popular”.

Si ésta es la única extensión que debe darse á la disposición del artículo, hubiera sido conveniente no dejar subsistente la duda sobre su alcance.

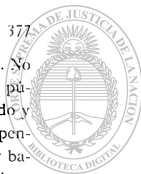
**372.** El artículo 76 declara que la inhabilitación especial para cargos públicos, que puede ser perpetua ó temporal (artículo 51), produce la privación del cargo ó empleo sobre qué recae y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena.

Agrega el artículo que la inhabilitación especial para derechos políticos produce la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recae.

Esta segunda parte carece de objeto. Ningún delito previsto en el Código tiene por pena principal ó accesoria la inhabilitación de ciertos derechos políticos. Esta parte del artículo es copia de los artículos 33 y 35 del código español de 1850, cuyo texto ha sido modificado en la reforma de 1870.

**373.** Falta, en cambio, una referencia á la inhabilitación profesional. Los artículos 198 y 199 imponen al comerciante fallido la inhabilitación especial para ejercer el comercio. El artículo 248 impone á los abogados y procuradores que han prevaricado la inhabilitación temporaria del ejercicio de su profesión.

**374.** “ Cuando la pena de inhabilitación, destitución ó suspensión recaiga en personas eclesiásticas, se limitarán sus efectos á los cargos y derechos que no tengan por la Iglesia”. (Art. 77).



Poca importancia tiene en realidad este artículo. No se entiende en el lenguaje común por cargo ó empleo público sinó el que se desempeña en servicio del Estado y de él depende. El servicio de un cargo religioso depende entre nosotros bajo ciertos aspectos del Estado y bajo otros de la Iglesia; y no hay duda de que los únicos efectos cuya suspensión interesaría al Estado serían los no dependientes exclusivamente de la Iglesia.

**375.** El artículo 78 dice cuáles son los efectos que produce en el penado la sujeción á la vigilancia de la autoridad :

1º No variar de domicilio sin conocimiento de la autoridad encargada de su vigilancia :

2º Observar las reglas de inspección que ella le prefije:

3º Adoptar oficio, arte, industria ó profesión, si no tuviese medios propios y conocidos de subsistencia.

Queda dicho que estas disposiciones carecen de sanción, por lo que nunca serán cumplidas. ¿Qué se hará con el que cambia de domicilio sin dar conocimiento á la autoridad encargada de su vigilancia? ¿Qué se hará con el que no observe las reglas de inspección que la autoridad le prefije? ¿Qué se hará con el que no quiere adoptar oficio, arte, industria ni profesión?

Nuestro artículo está tomado del 42 del código español de 1850, respecto del cual hizo Pacheco las mismas observaciones que acabo de apuntar (1), considerando más completo el código francés que contiene la siguiente disposición: “En caso de desobediencia á las disposiciones del artículo precedente, el individuo sujeto á la vi-

(1) *El Código Penal*, tomo 1º, página 317.



gilancia de la alta policía, será condenado correccionalmente á una prisión que no podrá exceder de cinco años." (1)

En España la pena de sujeción á la vigilancia de la autoridad fué suprimida por la reforma de 1870.

**376.** La pena de multa obliga al reo al pago de la cantidad pecuniaria á que ha sido condenado.

Si el reo no puede pagar la multa, dice el final del artículo 79, sufrirá arresto *equivalente* que no podrá pasar de nueve meses.

Con esto quedá dicho que el cumplimiento de esta pena se obtiene por vía de apremio personal, y no por la de ejecución civil.

**377.** El Código no da regla alguna para determinar la equivalencia de la multa con el arresto, tratándose del cumplimiento de la condena: según las reglas del artículo 49, tratándose de la computación de la detención preventiva, un día de arresto será equivalente á dos pesos de multa.

**378.** "La multa será proporcionada á los bienes, empleo ó industria del delincuente, *salvo los casos especiales de la ley.*"

¿ Han de tenerse en cuenta las expresadas circunstancias cuando la multa debe imponerse con sujeción á un máximo y un mínimo, ó ha de observarse lo dispuesto por el artículo 52 ?

Los "casos especiales de la ley", son precisamente los que fijan las cantidades dentro de las cuales puede graduarse la multa, y son las que constituyen la excep-

(1) Artículo 45, reformado en 1872.



ción, según los términos en que está redactado el artículo. Y digo esto, porque, con excepción del artículo 149, que faculta al Juez para *fixar* la multa según el caso, todos los demás del Código que imponen esta clase de pena lo hacen fijando los extremos de su monto.

La propiedad en la redacción del artículo requería que no se presentara como excepcional el caso general, y vice-versa. No concuerdan con las disposiciones del código éstas palabras de la nota del proyecto (transcriptas en la edición del Doctor Aguirre): “ En el presente código se sienta el principio de que la multa debe ser proporcionada á la fortuna de los delincuentes, y *se deja al juez la latitud más completa para fijar la cantidad*, no sólo según la fortuna de cada delincuente, sinó también según las circunstancias atenuantes ó agravantes del hecho.” Este no es el sistema del Código. El juez no tiene otra latitud, con excepción del caso del artículo 149, que la determinada por el máximo y el minimum dentro del cual impondrá la pena ajustándose á las prescripciones de los artículos 52 y 53, porque ese máximo y minimum fijados para el caso general, no pueden tener en cuenta las condiciones de solvencia del delincuente.

**379.** Según la disposición del artículo 80 “ toda pena que se imponga por un delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, debiendo unos y otros ser decomisados á no ser que pertenezcan á un tercero no responsable”.

Los objetos provenientes del delito no pueden en rea



lidad ser decomisados : el dueño que fué víctima del delito, no ha perdido su dominio, según las reglas del derecho civil. Los objetos provenientes del delito no pueden ser otros que las cosas obtenidas con fraude ó violencia por el delincuente, y deben restituirse á su dueño.

En cuanto á los instrumentos con que *se ejecutó* el delito, los términos son tomados del código español ; y esa redacción ha sido razonablemente observada : “ Respecto á los instrumentos, dice Groizard, los autores del código debieron consultar la redacción de los códigos de Prusia, Italia y Bélgica. Según nuestro texto, “ toda pena que se imponga por un delito llevará consigo la pérdida de los instrumentos con que se hubiese ejecutado ” ; según aquellos, no sólo llevará consigo esa pérdida de instrumentos sinó también la de las cosas que hubieren estado *destinadas* á cometerlo. De este modo desaparece toda ambigüedad.

“ No caben dudas acerca del legítimo comiso de los objetos destinados á la perpetración de todo delito, aún cuando no llegue éste á su último y completo desarrollo, sinó que se quede en los grados respectivamente inferiores de frustración, tentativa, conspiración ó proposición. ” (1)

**380.** La ley no dice qué destino debe darse á los objetos decomisados. Acumulándose las armas decomisadas ha sido necesario en ciertas épocas deshacerse de ellas, y se ha recurrido á la venta en remate público. No obstante el respeto que merecen las autoridades que

(1) GROIZARD, obra citada, tomo 2º, página 309.



así lo dispusieron, repruebo el procedimiento, porque encuentro poco moral entregar al mejor postor el puñal ó el rewólver de un asesino. Sería preferible la destrucción, ya que las armas decomisadas son generalmente de poco valor.



## CAPÍTULO XX

### DE LA PRESCRIPCIÓN

(Artículos 89 á 93)



381. Las leyes de la prescripción de las penas como de las acciones son leyes de fondo. — 382. La prescripción es generalmente admitida en derecho penal. — 383. Fundamentos de la prescripción de las acciones. — 384. Crítica de los fundamentos del interés social y de las dificultades de la prueba. — 385. Posibilidad de un fundamento distinto. — 386. Prescripción de la pena. — 387. Fundamento de esta prescripción. — 388. De los términos de la prescripción. — 389. Los términos en el proyecto Tejedor. — 390. Debe desaprobarse toda reducción de los términos de la prescripción. — 391. Proporcionalidad entre el término de la prescripción y el de la duración de la pena. — 392. Necesidad de calificar el delito. — 393. Cuestiones sobre el punto de partida para contar el término de la prescripción. — 394. Delitos continuos ó sucesivos. — 395. La discusión sobre este punto no se basa en un texto legal. — 396. Cómo debe entenderse la segunda parte del artículo 91. — 397. Interrupción de la prescripción. — 398. Modificación que requiere la ley en este punto. — 399. Interrupción de la prescripción de la acción. — 400. Sólo puede tener lugar dentro del término.

**381.** El título *De la prescripción*, en el Código Penal consigna las reglas de la prescripción de la acción (*derecho de acusar*) y de la prescripción de la pena.





Puede presentarse con este motivo esta cuestión: las leyes de la prescripción de las acciones ¿son leyes de forma ó de fondo?

Aunque en algunos códigos las leyes de la prescripción de las acciones se hayan incluido entre las procesales, creo, con Nypels, que la prescripción es una materia que pertenece al *fondo del derecho* (al *derecho material*, como dicen los jurisconsultos alemanes) y no á la *forma*. Los legisladores del Consulado no se engañaron en esto. Colocaron esta materia en el código civil y no en el de procedimientos...” “No existe ninguna razón jurídica para separar las dos prescripciones: una y otra establecen en favor del que puede invocarlas una *liberación*, es decir el *derecho* de no ser molestado ulteriormente, ni por el procedimiento, ni por la ejecución. No hay en esto nada que se refiera á la forma.” (1) Otro tanto ha hecho entre nosotros el código civil. Está, pues, bien colocada en el Código penal la materia de la prescripción de las acciones.

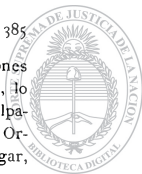
**382.** En cuanto á los fundamentos jurídicos de la prescripción en materia penal, existen las mismas discordancias que sobre los fundamentos del derecho de castigar.

La prescripción en materia penal es generalmente admitida por los tratadistas y por las legislaciones, cualesquiera que sean sus fundamentos.

Solamente el código del Brasil y el español de 1822 sancionaron la imprescriptibilidad de los delitos.

**383.** Los fundamentos más racionales y que gozan de

(1) *Code pénal belge*, tomo 1º, página 295.



mayor favor, en cuanto á la prescripción de las acciones son: el olvido producido por la marcha del tiempo, lo que haciendo desaparecer el recuerdo del hecho culpable y la necesidad del ejemplo, hace caer, como dice Ortolan, de manos de la sociedad el derecho de castigar, porque hace que se desvanezca el interés social en el castigo; y la falta de pruebas, especialmente cuando, como lo expresa Groizard, por la desaparición de las pruebas el acusado no justifique su inocencia y triunfe la calumnia en el debate judicial.

**384.** Pero estos dos argumentos del interés social y de las dificultades de la prueba pueden ser materia de nuevas objeciones ¿Por qué presumir de pleno derecho que después de un término fijo ha cesado el interés social de defenderse del autor, oculto mucho tiempo, de un crimen horrendo? ¿Por qué presumir de pleno derecho que puedan faltarle las pruebas de su inocencia? No podría suponerse cesado en absoluto el interés social sinó con el pleno convencimiento de la reforma positiva del delincuente. Pero las pruebas de la reforma positiva tanto del delincuente encarcelado como del que escapa á la acción de la justicia son ilusorias. Nunca podrá afirmarse ciertamente que se las posea. En cuanto á la falta de pruebas de la inocencia ¿por qué subsistirá esta presunción aun contra la confesión indudable del reo, en concordancia con pruebas testimoniales y con la plena comprobación del cuerpo de delito? La falta de pruebas de la inocencia puede ocurrir por mil circunstancias diversas inmediatamente de producido el delito. ¿Por qué no exime la ley de pena por este motivo todo delito? La falta de pruebas de la inocencia sería un argumento pa-



ra casos especiales; no para todos, aún contra la prueba completa de la culpabilidad.

**385.** En el fondo de las cosas, quizás no sea un argumento racional el que funda la prescripción, sinó una inclinación puramente sentimental.

Tan falsa como puede ser la novela de los remordimientos ó de los temores del delincuente sustraído á las persecuciones de la justicia, es el caso que el sentimiento público, después de cierto tiempo, se inclina á la conmiseración del desgraciado, tal como se lo imagina; y si algunas veces esa "conmiseración puede ser justa, como para un delincuente semejante á Juan Valjean, por ejemplo, en otros es cándidamente inmotivada, como cuando el delincuente sigue en constante lucha y burla contra la sociedad y las leyes, conservándose desconocido autor de un crimen ignorado ó nó.

**386.** Otro tanto puede decirse de la prescripción de la pena. El transcurso del tiempo influye en la opinión en el sentido de despertar la conmiseración. En todas las manifestaciones del sentimiento influye poderosamente la costumbre. Se piensa por hábito en la reforma de un desgraciado de quien se cree que cometió el delito en un arranque de perturbación; pero este argumento, que debe valer respecto de algunos delincuentes, no puede sinó arbitrariamente extenderse á todos.

**387.** El fundamento racional comunmente aceptado es el que se expresa en estos términos: "Para ser justa la pena social debe ser *necesaria* al mantenimiento del orden público y *útil* por los efectos que produce. Estas dos condiciones no se encuentran en las penalidades aplicadas después de cierto tiempo. En efecto, la sociedad no



tiene interés en reprimir infracciones cuyo recuerdo se ha borrado. En consecuencia, lejos de producir sobre los ánimos el efecto saludable de la intimidación por el ejemplo y de hacer nacer la *satisfacción moral* que experimenta la conciencia pública siempre que el castigo recae con mesura en el culpable, la ejecución tardía de la pena provocaría *sentimientos completamente opuestos*” (1).

Se ve que aún este fundamento racional tiene su raíz en el sentimiento favorable al condenado que origina supuestos muchas veces imaginarios.

**388.** Admitida por la ley la prescriptibilidad así de las acciones como de las penas, la cuestión á resolver inmediatamente era la de los términos en que debían operarse ambas prescripciones.

En primer lugar, y siguiendo todos los precedentes doctrinarios y legislativos, el Código adopta para la prescripción de las acciones términos relativamente más breves que para la prescripción de las penas. Es que va de una á otra la diferencia que media entre lo cierto y lo dudoso, y mayor efecto opera el tiempo en ésto que en aquello.

**389.** La reforma del Código con relación al proyecto Tejedor ha consistido en aumentar el término para la prescripción de las acciones y disminuir el de la prescripción de las penas.

Así, en los delitos que tenían la pena de muerte, presidio ó penitenciaria por tiempo indeterminado, la acción para acusar se prescribía á los doce años, término que ha sido elevado á quince, en tanto que la pena por

(1) HAUS, en NYELS. *Legislation criminelle*. Rapport XIII, 9.



los mismos delitos, que se prescribía á los treinta años, se prescribe á los veinte.

Las *acciones* por delitos sujetos á presidio ó penitenciaría por tiempo determinado, y cuya prescripción se operaba en ocho años, se produce hoy en diez; en tanto que para las *penas* por los mismos delitos, que se prescribían á los veinte años, se ha adoptado la regla que el mismo código Tejedor traía para los delitos que *no* se castigaban con aquellas penas: “un tiempo igual al de la condena con un aumento de dos años”.

Las acciones por infracciones castigadas con prisión ó arresto, se prescribían á los dos meses, según el proyecto primitivo (término extendido á dos años en algunas de las Provincias en que rigió) y hoy se prescriben en el de tres y de un año respectivamente.

**390.** La fijación del término legal es hasta cierto punto, ó en mucho, una mera cuestión de apreciación.

Así, pensando que la prescripción en sí misma suscita serias objeciones, todo aumento de término puede aprobarse como una restricción conveniente. Se puede pensar en todos los favores posibles para el inocente; se puede sentir alguna conmiseración para el simplemente sospechado; pero no puede extenderse el favor al delincuente declarado tal por sentencia definitiva. Toda abreviación de términos es un favor reprochable: y esto me conduce á desaprobare la reducción de los términos de la prescripción de las penas.

**391.** Dado el *minimum* de las penas de presidio y penitenciaría por tiempo determinado, la prescripción de las penas de aquella clase, en veinte años, como lo establecía el proyecto Tejedor, no ofrecía una proporcionalidad



equitativa, pues en el mismo lapso se operaba la prescripción de la pena de tres años de penitenciaría que la de quince años de presidio. Más equitativa es la regla del Código actual, que consta de un término variable, el tiempo de la condena, y un término fijo de dos años que se agrega á aquél. Pero no es todo lo que puede desearse.

Si el plazo de la prescripción debe llevar acuerdo con la relativa gravedad del delito, debe seguir la proporcionalidad de las penas. En vez de ésto, la generalidad de los códigos adoptan el sistema de plazos fijos. El nuestro, que forma excepción á este respecto, debió proporcionar en todos los casos de penas por tiempo determinado, el término de la prescripción al de la pena.

¿Cuál debió ser esa proporcionalidad ?

Pienso que así como se admite que la prescripción de la acción pueda ser interrumpida por cualquier acto directo del procedimiento, lo que puede *doblar* el término, debiera adoptarse en todos los casos de prescripción de penas, el doble del término de la condena.

**392.** Para declarar la prescripción de la acción será en general necesaria la *calificación* del delito con consideración de las circunstancias atenuantes ó agravantes, á no ser que el término transcurrido excediera toda agravación.

**393.** El artículo 91 fija el punto de partida del término de la prescripción : para las acusaciones, desde el día en que se cometa el delito : para las penas desde que se interrumpe su ejecución.

Suscitase sobre este punto varias cuestiones que, por tratarse de una materia en que toda solución es arbitraria del legislador, han podido ser resueltas por él.



Se ha atribuido mucha importancia, y puede tenerla efectivamente en la solución de algún caso, el saber si el día en que se comete la infracción debe ser contado en el término de la prescripción. Ortolan, ha tratado extensamente esta cuestión en el tomo 24 de la *Revue Critique*, sosteniendo la exclusión del día del delito, con estos argumentos: 1º Porque siendo el día del delito el del nacimiento de la acción, y siendo el término de la prescripción el que la extingue, si aquel día se contase en este término se añadiría cantidades heterogéneas: 2º Porque cuando se mide una distancia desde un determinado objeto, la extensión del objeto mismo, no se incluye sinó que se excluye de la medida; por ejemplo, si yo dijera á veinte brazas de la casa, las veinte brazas se medirían desde el muro exterior de la casa sin incluir el cuerpo de la misma. Carrara (1) piensa que la opinión de Ortolan es rigurosamente exacta porque en presencia de la ley que exige treinta días para prescribir, se contradice su voluntad haciendo prescribir en veintinueve días y doce horas, por la simplísima razón de que 29 días y 12 horas no son 30 días.

En sentido contrario se sostiene que “estando admitido que la prescripción comienza á correr desde el día de la perpetración del hecho punible, y que el plazo de la prescripción se cuenta por días y no por horas, debe decidirse que el *dies a quo* forma un todo indivisible que sirve de punto de partida al *ejercicio* como á la *extinción* de la acción pública. Comprendiendo totalmente este día en el plazo de la prescripción, se hace comenzar la

(1) *Programma*, § 579, nota 2.



prescripción no *antes* como se ha pretendido, sino al mismo tiempo que la acción pública ". (1)

Varias legislaciones han resuelto en diverso sentido esta cuestión. Para los plazos civiles la resuelve así el código civil : " los plazos de días no se contarán de momento á momento, ni por horas, *sinó desde la media noche* en que termina el día de su fecha " (artículo 24) : " los plazos de mes ó meses, de año ó años terminarán el día en que los respectivos meses tengan el número de días de su fecha. Así, un plazo que principie el quince de un mes, terminará el quince del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses ó el año " (artículo 25), debiendo esos plazos terminar siempre en la media noche del último día.

En el silencio de la ley, y á pesar de las dificultades que ofrece la interpretación analógica en materia penal, convendrá ajustarse á las reglas del código civil.

**394.** Otra dificultad para contar el término de la prescripción se presenta respecto de los delitos llamados *continuos ó sucesivos*, siendo de advertir que es más propia la primera denominación.

Si bien se reconoce, en general, la existencia de delitos continuos, en que la infracción toma nacimiento en un momento comenzando un *estado de infracción*, hay el mayor desacuerdo respecto de la inclusión de tales ó cuales delitos en la categoría de delitos continuados.

Versando las mayores divergencias suscitadas, sobre el carácter que debe atribuirse al delito de bigamia, tra-

(1) GARBAUD, *Précis de droit criminel*, número 417, con F. HÉLIE, LE SELLYER, etc.





taré detenidamente de ellas en el capítulo referente a este delito.

**395.** Conviene, sin embargo, en este sitio recordar que los términos del artículo 91 dan á entender que para el Código no hay delitos continuados: “El término se cuenta desde el día en que se cometa el delito”, de modo que puede inducirse de esto que todo delito es siempre un acto (se ejecuta en un día), y no un estado de infracción que pudiera durar más ó ménos tiempo.

Pero con el mismo texto, ó con textos semejantes, la discusión se ha producido por no parecer cierto que la ley desconozca que en algunos casos la infracción consista en un estado permanente ó duradero.

**396.** La segunda parte del artículo 91 está concebida en términos poco propios: “para las penas (comienza á contarse la prescripción) desde que se interrumpe su ejecución”.

No debiera decirse que lo que se prescribe sea la pena sinó la *condenación*, ó la ejecución de la sentencia. Tal como está redactado el artículo, y estando á su letra sería imprescriptible la pena del que, pronunciada ya la sentencia, definitiva é irrevocable, fugara de la cárcel antes de haber comenzado la ejecución de la pena. Esta no es, sin embargo, la voluntad de la ley, que, admitiendo la prescripción de la acción para acusar y de la pena interrumpida, no ha podido admitir la imprescriptibilidad de la condenación, ó de la pena no comenzada á cumplir.

Por el código español de 1850 y por el de 1870, el término de la prescripción se cuenta desde la notificación de la sentencia ejecutoria, ó del quebrantamiento de la



condena ; por el código de instrucción criminal de Francia, el término se cuenta desde la sentencia de última instancia ; según el código italiano la prescripción corre desde el día en que la sentencia se hace irrevocable ó desde el día en que se interrumpe la ejecución comenzada.

Estos ejemplos pueden servir para modificar nuestro texto.

**397.** El artículo 92 establece que la prescripción queda sin efecto, si antes de vencido el término comete el reo otro delito de la misma especie, ó que merezca igual ó mayor pena.

Sca que el primer delito se conozca ó no, sca que haya sido ó no juzgado, el gran favor que la ley dispensa al delincuente, atribuyendo al transcurso de tiempo un olvido completo del delito, no puede extenderse á aquellos que dan, por nuevas infracciones, motivo para revivir el recuerdo de las anteriores.

**398.** La ley puede admitir en este punto una modificación que contribuiría á su mayor justicia.

Resulta de sus términos que la ejecución de un delito de distinta naturaleza del primero, cualquiera que sea su gravedad intrínseca no interrumpirá la prescripción sinó en relación á su gravedad relativa al primer delito. Así, un robo con fractura, una violación ó un estupro, no interrumpirán la prescripción de un homicidio por envenenamiento : y, en cambio, el más simple de los hurtos interrumpirá la prescripción del más grave de los robos. Se ha partido en esta disposición del supuesto de que la índole del delincuente le lleva siempre á cometer delitos de la misma especie : y se ha perdido de vista las trans-



formaciones en que, merced á circunstancias exteriores, se operan en el delincuente, llevándole á cometer delitos de índole diversa. Sería, pues, preferible que en esta materia, como en la de reincidencia, no se atendiera á la medida de la pena ó á la identidad de especie de los delitos, sinó que se adoptara esta regla del artículo 134 del código español: “Se interrumpirá la prescripción cuando el reo cometiere *un nuevo delito* antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que esta pueda comenzar á correr de nuevo.”

**399.** Según el artículo,93 todo acto directo *del* procedimiento contra la persona del delincuente, *dentro del término de la prescripción* la interrumpe.

Se refiere esta interrupción al término de la prescripción de la acción, pues los actos *del procedimiento* sólo pueden tener lugar antes de la sentencia ejecutoria.

**400.** La interrupción sólo puede tener lugar *dentro del término* de la prescripción, de manera que el único efecto de las interrupciones será doblar el término de la prescripción, y no prolongar indefinidamente el término de la acción, “y con razón, dice Ortolán (1), porque la duración de la acción pública no puede eternizarse en contra de la obra del tiempo”.

(1) *Droit pénal*, numero 950.

# APENDICES

---



## APÉNDICE A

(Al número 89)

### SENTENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS

Vista esta causa seguida por don Nicolás Gagliano contra el doctor N., por culpa en la muerte de Domingo Gagliano, resulta :

1° En 3 de Julio de 1886, don Nicolás Gagliano se presentó al Juzgado manifestando que había fallecido su hijo Domingo, bajo la asistencia del Dr. N. ; que estaba convencido de que el Dr. N., había contribuido á la muerte prematura de su hijo, y que era responsable de ella en los términos establecidos por el Código Penal vigente. Expuso en seguida que el 5 de Diciembre del año anterior, estando su hijo en la escuela de Cabos y Sargentos de la Nación, de cuyo establecimiento era alumno, tuvo un vómito de sangre, y repuesto inmediatamente de tal accidente, y después de consultarlo con el doctor Herrera Vegas, fué traído á esta ciudad, en la que transcurridos casi dos meses, fué víctima de un nuevo ataque que le postró en cama hasta su fallecimiento; que en este nuevo ataque fué atendido por el Dr. Miguez y después



de varios días de asistencia se llamó en consulta al Dr. Díaz Mendez, quien opinó de acuerdo con el diagnóstico del Dr. Miguez y con el que había pronunciado el Dr. Herrera Vegas, que se trataba de un caso de *hemoptisis*; que en seguida se determinó a cambiar la asistencia del Dr. Miguez por la del Dr. N., quien después de observar tres ó cuatro días la marcha de la enfermedad, manifestó que en su concepto sólo se trataba de una simple *bronquiorragia*, perfectamente curable, repitiéndole muchas veces su diagnóstico y asegurándole que no debía abrigar temor alguno; que en ese estado se produjo una alteración desfavorable en la marcha de la enfermedad y á pesar de la resistencia opuesta por el Dr. N. á que se llamara otro médico, tomó la resolución de llamar en consulta al Dr. Greco; siendo el resultado de esa consulta que el Dr. N. modificara sustancialmente el diagnóstico que había dado; que un día antes de morir Domingo, el Dr. N. abandonó sin motivo su asistencia.

Acompaña á esta exposición una declaración suscrita por el Dr. N. de que Domingo Gagliano fué postrado en cama y murió de *neumonitis parenquimatosa*.

Fundado en estos antecedentes el querellante pide que se declare la culpabilidad del Dr. N. con arreglo á los artículos 24 y 25, incisos 3°, 5° y 7° y que se aplique la pena del artículo 27 inciso 1° del Código Penal de la Provincia.

2° El Dr. N. contesta que para la existencia del delito por culpa es necesario que se incurra en una infracción prevista por el Código; que en la querella no se ha dicho cual es la infracción cometida, por lo que no existe cuerpo del delito. En cuanto á los hechos, dice que la calificación de *hemoptisis* dada por los facultativos, citados no ha sido dada como un diagnóstico, sino como la constatación de un accidente sintomático; que cuando vió al paciente, éste no tenía tos ni la había tenido, ni tenía disnea, ni otros síntomas característicos de las afecciones pulmonares; que entonces diagnosticó *bronquiorragia*, y hallándose el enfermo mejorado y en pie, se produjo una alteración desfavorable, sobrevi-



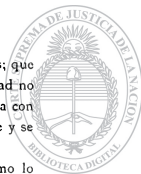
niéndole una *pulmonia parenquimatosa* que hizo rápidamente su proceso y concluyó con la vida del paciente.

3° Pedido dictámen á los Doctores Gonzalez, Diaz Menendez y Miguez si los medicamentos prescritos por el doctor N. convienen ó no al primero ó segundo diagnóstico, y si han podido causar ó acelerar la muerte, informan: El Dr. Gonzalez: 1° que las primeras fórmulas recetadas por el Dr. N. son destinadas á combatir la *hemoptisis*; 2° que las demás fórmulas ordenan medicamentos anti-flogísticos, anti-espasmódicos y expectorantes; 3° que no hay ninguno que pueda por sí acelerar ó causar la muerte. Los doctores Diaz Menendez y Miguez, informan 1° que vieron en consulta á Domingo Gagliano el 15 de Febrero de 1886 y manifestaron al padre del enfermo que se trataba de una enfermedad general localizada en el pulmón, denominada *tuberculosis*, de la que constituía un accidente inicial la *hemoptisis*, á la que sucedieron otros síntomas que les hicieron declarar incontestable la naturaleza tuberculosa de la enfermedad; 2° que en vista del diagnóstico expresado, ellos hubieran adoptado otro tratamiento más en armonía con la enfermedad; 3° que en la práctica de la profesión, cada médico adopta según su ciencia y experiencia, tratamientos que pueden diferir de los que adoptaren sus colegas; 4° que no creen que los medicamentos prescritos por el doctor N. hayan podido causar la muerte del enfermo.

Y considerando: 1° Que por el informe de los médicos Diaz Menendez y Miguez está establecido que Domingo Gagliano presentaba en 15 de Febrero síntomas que hacían declarar *incontestable* la naturaleza tuberculosa de la enfermedad *localizada en el pulmón*.

2° Que aunque las recetas suscriptas por el Dr. N. carecen de fecha no ha sido negado por él que su asistencia fué posterior á la de los expresados facultativos, y la prueba testimonial producida por el actor establece que ella tuvo lugar del 26 de Febrero en adelante.

3° Que por la misma prueba se establece que el Dr. N. asc-



guró que la enfermedad estaba en el pecho, en los bronquios; que los pulmones del paciente estaban sanos, que la enfermedad no presentaba gravedad alguna; que era innecesaria la consulta con otros médicos, y que esto no obstante se llamó al Dr. Greenc y se celebró la consulta.

Las declaraciones de testigos no carecen de mérito, como lo pretenden la defensa y la vista fiscal, por ser prestadas por legos en la ciencia médica: deponen sobre hechos comunes que no requieren conocimiento científico; sobre la época en que el médico asistió; sobre lo que dijo y le oyeron; sobre las seguridades que dió de la curación; sobre su resistencia á la consulta, etc., para recordar lo cual no se requiere un diploma facultativo.

4° Que la declaración del doctor Greenc, foja 144, y el certificado de foja... establecen que aquél estuvo en desacuerdo con el diagnóstico y pronóstico que de la enfermedad que aquejaba al paciente había hecho el doctor N. y que Gagliano murió de enfermedad pulmonar, habiéndose cambiado en la consulta el tratamiento, aunque no de una manera radical.

5° Si antes de la asistencia del Dr. N., se podía reconocer de una manera incontestable que existía una afección pulmonar, si el enfermo murió de ella y si en el intervalo el médico diagnosticó una afección bronquial, sin compromiso de los pulmones, fuerza es reconocer que hubo error en el diagnóstico; y así la cuestión á resolver por el Juzgado, queda reducida á éstos términos ¿debe ó no declararse culpable el error de diagnóstico en que ha incurrido el doctor N?

6° Es de la naturaleza de la culpa punible que se haya ejecutado un hecho (acción ú omisión) que acompañado de voluntad criminal constituya un delito. Para decir que el error de diagnóstico es culpable, y someter á responsabilidad al médico, no basta seguramente la sola comprobación del error, ni aún la demostración de que el médico insistió en él, no obstante los antecedentes y las observaciones que pudieron ilustrarlo ó hacerlo vacilar de su insistencia; es necesario que se demuestre que el resultado funesto



de la enfermedad es consecuencia necesaria del errado diagnóstico y del tratamiento adoptado, esto es, que el daño producido no tiene por causa el desarrollo preciso y fatal de la enfermedad, sino que es originado por el tratamiento inadecuado.

Este razonamiento que deriva de la naturaleza jurídica de la culpa, parece haberse impuesto al actor mismo al formular su querrela. El médico puede ser responsable por la omisión culpable, si, por error de diagnóstico ó tratamiento, causa la muerte; pero en el escrito de querrela no se imputa al Dr. N. el cargo de homicidio por culpa; el actor se limita á manifestar su convicción de que el Dr. N. ha *contribuido* á la muerte *prematura* de su hijo. No se imputa al médico *toda* la culpa en la muerte del enfermo, sino una porción de culpa, una *contribución* á la muerte *prematura*. Reconócese entónces que la muerte podía ser la consecuencia fatal de la enfermedad, y que una porción de causa de la muerte está en otra cosa que en el diagnóstico errado.

Se comprende que no puede sostenerse con tal razonamiento la responsabilidad judicial del médico. No debe creerse al médico poseedor del secreto de la vida y de la muerte, y capaz de poder apreciar en qué grado va á prolongar con su ciencia los momentos de la primera: y desde que este hecho escapa á todo conocimiento humano, puede comprenderse también que la ley no ha legislado ni podía legislar sobre hechos que no son susceptibles de apreciación.

Admitir que el médico es en parte causante de la muerte del enfermo, y que puede responsabilizársele por esa parte, es establecer una complicidad del médico con la naturaleza, contraria á toda noción del delito ó de la culpa.

7° Si se admite que la intención de la querrela fué imputar al error del médico *toda la causa* de la muerte del enfermo, debe declararse que no hay en autos elementos suficientes para reconocerlo así.

Los doctores Gonzalez, Diaz Menendez y Miguez, expidiéndose respecto de los medicamentos recetados por el doctor N. mani-





tiestan : el primero, que ninguno de los medicamentos prescritos podía por sí causar ni acelerar la muerte, y los segundos, que no creen que los medicamentos prescritos hayan podido causar la muerte del enfermo.

Es indudable que la prueba procedente de estos dictámenes sería más precisa, y facilitaría un criterio más seguro para la apreciación de la culpabilidad ó inculpabilidad del médico, si por ellos se estableciera que por la omisión del tratamiento adecuado á la verdadera naturaleza de la enfermedad, se causó ó no la muerte; pero á falta del informe especial sobre este punto, debe tenerse en cuenta lo aseverado por el médico en consulta doctor Greenc, que no obstante la rectificación del diagnóstico, no hubo que cambiar el tratamiento de una manera radical.

8° Si bien el dictamen de los médicos establece que se podía reconocer de una manera incontestable que la enfermedad estaba localizada en el pulmón, esto no importa asegurar la falta absoluta de síntomas que pudieran inducir en la creencia de que sólo se trataba de una afección de los bronquios : se ha reconocido la existencia de una *hemoptisis* y el error en que incurrió la querella al tomar la enunciación de este accidente sintomático por un diagnóstico ; pero no se ha demostrado que la hemoptisis sea un síntoma indudable de la enfermedad del pulmón, sin que corresponda en ningún caso á la enfermedad de los bronquios, ni el actor lo ha asegurado así, ni el contexto general del proceso induce en otra opinión que no sea la que aquél admite, de que la hemoptisis sea la manifestación visible de la bronquiorragia, como puede ser síntoma de otra enfermedad.

No siendo del resorte de los tribunales hacer una declaración que corresponde exclusivamente á la ciencia del médico, debe tomarse como fundamento el hecho que aparece reconocido en el proceso.

9° La falta de observación del enfermo ú omisión de la diligencia necesaria en su examen y tratamiento, fundarían la culpabilidad del médico. Si el error es propio de la imperfección de



nuestra naturaleza no podemos ser responsables de él sino cuando no ponemos la debida diligencia en evitarlo. Pero en este caso, está expresamente reconocido por la querella que el médico tuvo en observación por algunos días al enfermo, y después emitió su diagnóstico y pronóstico.

La manifestación de que era innecesaria una consulta, no es un motivo de culpabilidad, pues que la consulta depende de la voluntad de la familia del paciente y lo que aquella probaría en todo caso es el convencimiento de su diagnóstico, que tenía el médico.

10° En conclusión: resulta probado un error de diagnóstico; no resulta probado que se incurriera en él por falta de conocimientos profesionales; no ha habido omisión de la diligencia necesaria para formular el diagnóstico; tampoco se ha demostrado que el tratamiento fuera contraindicado según el diagnóstico, ó que era radicalmente contrario al que convenía á la enfermedad verdadera, ni que los remedios prescritos pudieran por sí causar ó acelerar la muerte.

11° El Código Penal vigente en la época de la demanda declaraba culpa grave la que causaba un daño proveniente de falta de conocimientos profesionales (art. 25, inciso 7). Esto no significa que los tribunales puedan pronunciarse sobre la competencia general del médico, y si se considera la misión que éste está llamado á desempeñar, y la situación moral en que se encuentra en presencia del enfermo, de la familia de éste, de la sociedad en que vive, y de su propia conciencia y su reputación profesional, debe reconocerse que la ley no está colocada sobre el médico para trabar su libertad de acción é imponerle mayores dudas y vacilaciones, sino para aplicarse cuando hay en sus procederces ignorancia manifiesta ó imprudencia temeraria. "La ley fija las pruebas necesarias para hacerse médico; el que ha obtenido sus grados posee una presunción legal de competencia, y los tribunales no pueden hacerse jueces de un hecho ó de un tratamiento médico, sin trabar completamente el ejercicio de su arte; no deberán, pues, admitir la responsabilidad, sea penal, sea civil, sino cuando esté bien establecido que el



médico ha obrado con una ligereza ó una negligencia imperdonables, ó que ha demostrado ignorancia de los procedimientos más elementales de su arte, una ignorancia *crasa* como dicen varios fallos" (BRIAND ET CHAUDÉ, *Médecine légale*, pág. 46).

La jurisprudencia francesa ofrece casos que comprueban esta conclusión y que están enunciados en la obra citada: á falta de jurisprudencia propia pueden ser consultados ventajosamente. Ellos establecen que no habiendo "imprudencia, ligereza ó ignorancia de la ciencia, sino una convicción concienzuda, fundada en apreciaciones científicas que el tribunal no puede controlar, debe absolverse al médico": y así lo fueron el doctor X que trató por flucción del pecho una fiebre tifoidea; un oficial de sanidad que combatió una neumonia por los medios indicados, pero con resultado funestos; el médico R, que en una fractura del fémur la sometió á compresión fuerte que fué seguida de gangrena, etc.

Por estos fundamentos y lo que disponen las leyes 12, título 14, partida 3ª, y 26, título 1º, partida 7ª, fallo absolviendo al doctor N. de la culpa imputada por la querella, y repuestas las fojas y consultada esta sentencia á la Cámara de Apelaciones, archívese el expediente.

Dada en Mercedes, á veinte de Julio de mil ochocientos ochenta y ocho, firmándola en la sala de mi despacho.

## APÉNDICE B

(A los números 126 á 137)

### SOBRE DEFENSA LEGÍTIMA



Una de las materias en que los tribunales encuentran mayores dificultades para uniformar su interpretación de la ley, es sin duda, la referente á la exención de pena procedente de la legítima defensa de la persona ó de los derechos propios, ó de los parientes ó extraños. No quisiera imputar á nadie la falta de un meditado estudio de la cuestión, pero es para mi indudable que aun se está bajo la influencia de ideas que podrán convenir con sistemas de moral ó con principios de derecho distintos de los que han encontrado su sanción en el Código, pero que no se avienen con el espíritu de la ley actual.

Lo mismo que ocurre entre nosotros da lugar á Viada á las siguientes observaciones que hace en su último *Suplemento al Código Penal reformado de 1870* : “Hemos de repetir una vez más lo que ya en los otros *Suplementos* anteriores dijimos : que algunas audiencias persisten en la tendencia contraria á la apreciación de la *exención de responsabilidad criminal* completa ó incompleta, cuando realmente se manifiesta en los sucesos procesales, estimando como simples circunstancias atenuantes de *provocación*, de *vindicación próxima de una ofensa grave* y de *obcecación y arrebatado*, actos de verdadera *agresión ilegítima*, limitándose así á imponer al procesado la pena en el grado mínimo, en vez de decretar la total exención de responsabilidad criminal, por concurrir todos los requisitos que exige el número 4° del artículo 8° del código para



que se estime como justa la defensa, ó en lugar de aplicar la pena inferior en uno ó dos grados á la señalada por la ley al delito, con arreglo al artículo 87, por concurrir el mayor número de los requisitos que aquélla exige para la referida exención de responsabilidad criminal. ”

A fin de provocar alguna reflexión sobre esta materia en los casos que puedan presentarse ante nuestros tribunales, extractaré de la misma obra de Viada algunas de las últimas decisiones del Tribunal Supremo de España, sobre los dos requisitos legales de la exención de que se trata, más ocasionados á dudas.

### I. *Agresión ilegítima*

Constituyen agresión ilegítima :

- 1º El acto de *asir fuertemente* á una persona y *derribarla violentamente* al suelo;
- 2º En ciertos casos, *una bofetada*;
- 3º El insultar á una persona y *dirigirse* hácia la misma, *navaja en mano*, en actitud amenazadora;
- 4º El acto de *apuntar con una pistola*;
- 5º El *insultar* á una persona y dirigirse hácia ella para maltratarla de obra;
- 6º El *proferir denuestos* contra una persona y *hacer ademán de sacar un arma*;
- 7º El acto de *echar mano de un revólver* para ofender á otro;
- 8º Un *puñetazo*, dado en actitud hostil;
- 9º El *arrojar piedras* á una persona;
- 10º Varios empujones dados á una persona con un palo ó cayado, en ademán hostil.

### II. *Necesidad racional del medio empleado*

Sobre este punto el Tribunal ha estimado :

- 1º Que el mayor alcance ó potencia del arma con que uno se



defiende, con relación á la empleada en el ataque, no empee á la apreciación del requisito de la *necesidad racional*;

2° Que hubo necesidad racional en rechazar con *arma blanca* la acometida con un *palo* que hiciera el agresor (caso análogo al referido en el texto);

3° No debe estimarse como excesiva la defensa que con arma de fuego se oponga á la agresión verificada con arma blanca;

4° Que usa un medio racionalmente necesario el que al sentirse golpeado de pronto con un *palo* en la cabeza repele la agresión con una *navaja*;

5° Que la necesidad racional no está precisamente subordinada á la existencia del *daño causado*, sino á la *inminencia* y *peligro* del mismo;

6° En consecuencia, se reconoció que la circunstancia de no haberle alcanzado al agredido los *palos* que le descargaba el agresor no es obstáculo para apreciar que empleó un medio racionalmente necesario al rechazar aquel ataque con un palo que dió á su vez á la cabeza de su adversario produciéndole la muerte;

7° La necesidad racional no exige que el mal causado por el que se defiende sea igual al causado por el agresor;

8° Se reconoció, en consecuencia, que unos golpes dados con un *ronsal* por un hombre de cuarenta años á un muchacho de diez y ocho, autorizaron como medio racional el disparo que hizo éste de una pistola contra aquél, aún cuando á consecuencia del mismo se produjo la muerte;

9° Se declaró medio racional y adecuado de defensa, el rechazar con un *disparo* productor de lesiones leves, un *bofetón* que recibió á la cara una persona. Se trataba en el caso de un joven que acompañaba á tres señoritas, y reconvinó á un sujeto por atreverse á galantear á una de ellas; y éste, en vez de reconocer su falta le dió un bofetón que fué inmediatamente contestado con un disparo de arma de fuego;

10° El *desarme* del agresor no excluye la necesidad racional del medio empleado, *si el peligro subsiste*. Esto se deduce de un caso



en que, aún después de estar desarmado el agresor no había dejado de estar ni un momento en peligro la vida del agredido.

Las decisiones del Tribunal Español son muy numerosas, como puede verse en el *Repertorio de jurisprudencia criminal*, y en los *Anales* de Pantoja, además de la citada obra de Viada.

Recientemente en la Provincia de Buenos Aires, se ha discutido en un proceso que en el momento de escribir estas líneas no ha recibido solución definitiva, si obró en legítima defensa de un derecho quien, tratando de impedir que otro sacara de su campo unos animales que habían causado daño, y que por esta circunstancia tenía derecho de retener hasta la competente indemnización, hirió y mató para impedir el hecho.

La sentencia de primera instancia juzgó que el heridor había hecho uso de un derecho perfecto para contener á quien obraba en contra de sus legítimos derechos al penetrar en su *domicilio* y querer llevarse por la fuerza los animales retenidos.

De igual opinión fueron el Agente Fiscal y el Fiscal de las Cámaras de Apelación. Pero elevada la sentencia en consulta á la Cámara, consideró que en el caso no había habido *necesidad racional* del medio empleado; que éste no significaba otra cosa sino que la defensa debía ser proporcionada al ataque, *cum moderamine inculpatæ tutela* según la fórmula consagrada, y es en este concepto que no se hallaba conforme á la razón ni á los principios de la sana moral, pronunciar la inculpabilidad del reo convicto y confeso de ser autor voluntario de un homicidio cometido sin otro móvil que el de impedir que la víctima se llevase dos caballos que le pertenecían, antes de abonar el daño que dichos animales pudieran haber causado; perjuicio que era de escaso valor y fácilmente reparable por la autoridad de la justicia.

La minoría opinó que la base de la exención de responsabilidad era la defensa del derecho, por insignificante que fuera, y que esta se había realizado en el caso sometido al fallo.

Hubiera deseado ocuparme con detención de este caso, pero hallándose aún pendiente del Tribunal la solución definitiva, creo



impropio anticipar mi juicio. Me limitaré, por el momento, a transcribir las conclusiones del Procurador General doctor Dimet, en su vista en el asunto, último documento que se encuentra en él. Dice así:

"Entraña suma gravedad la doctrina sostenida por la minoría de la Cámara al atribuir tan lata extensión á los términos empleados en la ley, suponiendo que según ella es lícita la defensa de un derecho, cualquiera que sea su importancia, y sin tener en consideración el peligro ó el riesgo á que le expone el ataque, y sin que concurra ni haya razón para presumir violencias personales de parte del agresor.

"No vacilaría el Procurador General en calificar de inícua la ley que tal cosa dispusiera, porque si el privilegio de la legítima defensa, cuando el ataque es á la persona, no puede extenderse jamás á otra cosa que á proteger el derecho de propia conservación y se halla por eso limitado á los casos en que verdaderamente pelagra la vida del que se defiende, ó á aquel en que haya riesgo atendible que no pueda alejarse ni repelerse de otra manera, no habría justicia, por más respetable que sea el derecho de propiedad, endar mayor extensión á su defensa, haciéndola lícita aun en los casos en que sea posible sin recurrir á la violencia, obtener la reparación del daño causado por el ataque.

"La legitimidad de las violencias ejercidas para la defensa de un derecho, es cuestión que ha dividido á los criminalistas y legisladores; pero aun sus más radicales sostenedores limitan la defensa á los casos en que [no existe] otro medio que la violencia para impedir la pérdida del derecho atacado.

"Dice el comentario oficial al artículo 120 del Código de Baviera, que consagra la legítima defensa de los bienes ó derechos: "Se puede herir de un tiro al ladrón que huye llevándose la cosa robada; se puede aun matarle si no existe otro medio de impedir la pérdida de la cosa. Solamente se requiere que haya *necesidad absoluta* de recurrir á estos medios, porque sin esto habría exceso en la defensa." (VATTEL, *Código Penal de Baviera*, pág. 109).





“ El criminalista Pacheco, comentando el inciso 4° del artículo 8 del código penal español, que es igual al inciso 8° del artículo 81 de nuestro Código, dice que la defensa de un derecho, cualquiera que sea su importancia, constituye la base de la exención de responsabilidad, pero es forzoso que concurra una verdadera é ilegítima agresión, y que esa agresión no haya podido repelerse sino con los medios ó por los medios empleados. Según el sentir de Pacheco es del alcance de esas condiciones que depende la solución de las dificultades á que puede dar lugar la aplicación del precepto legal.

“ El Tribunal Supremo de España, en un caso que le fué sometido y que tiene mucha analogía con el presente, declaró que hubo exceso en la defensa y fijando el alcance de la expresión empleada por la ley, agresión ilegítima, dice : “ que la agresión en esta calidad solamente es atendible, cuando se dirige como acto de violencia contra las personas ó cuando entraña para estos riesgo inminente de su integridad, de su honor ó de otros derechos que en el momento de ser atacados ó puestos en peligro no pueden ser sostenidos de otra suerte que con la fuerza, pero de ninguna manera lo es, por la mera violación de derechos en caso en que tiene lugar con independencia ó en ausencia de su dueño ó defensor, porque entonces las leyes ofrecen medios de repararla, sin daño mayor que el ya inferido”. *Anales de la jurisprudencia española*, por José María Pantoja, primer semestre de 1888, pág. 569.

“ Pienso el Procurador General, que esa misma doctrina es la que consagra nuestra ley penal y que por consiguiente según ella la violación de un derecho ó el atentado contra la propiedad debe ser de tal naturaleza que entrañe un peligro inminente de la pérdida del derecho ó de la propiedad, para que sea lícito rechazarla con la fuerza y que es eso lo que el legislador ha querido decir al exigir la concurrencia de las dos condiciones, agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado para impedir la ó repelerla.

“ Es evidente que en el presente caso no concurren esas circuns-



tancias. El atentado cometido por la víctima, no era un ataque al derecho de propiedad, era menos grave; tendía únicamente a privar al padre del procesado de la prenda, pero no a despojarlo completamente de su derecho a reclamar los daños cuyo pago la prenda aseguraba. No es ni siquiera discutible que el procesado haya tenido necesidad de recurrir al medio que emplea para repeler una agresión, que en rigor no comprometía la existencia del derecho atacado.

“Cree, pues, el Procurador General, fundado en las precedentes consideraciones, y en las invocadas por la mayoría de la Cámara, que V. E. debe declarar que no existe inaplicabilidad de la ley en el fallo recurrido.”



# INDICE

---



INTRODUCCIÓN .....

## PARTE GENERAL

### CAPITULO PRIMERO

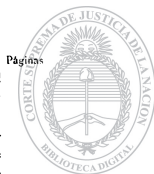
#### NOTICIA HISTÓRICA DEL CÓDIGO

1. Proyecto del doctor Tejedor. — 2. Proyecto de la Comisión revisora. — 3. Proyecto de la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados. Su sanción..... 1

### CAPÍTULO II

#### MATERIA LEGISLADA POR EL CÓDIGO

4. Cuestiones no resueltas expresamente por el Código. —
  5. ¿Legisla el Código Penal sobre faltas ó contravencio-



nes? Hipótesis posibles. — 6. Qué distinción hay entre el delito y la falta. — 7. Un código penal puede no legislar sobre faltas — 8. Solución que ha podido dar el Congreso. — 9. Solución á las cuestiones propuestas. — 10. ¿ Comprende el Código los delitos de imprenta? — 11. *Quid* de los delitos del fuero militar. — 12. No había por qué excluir del Código Penal los delitos del fuero federal...

### CAPÍTULO III

..

#### PLAN DEL CÓDIGO EN LA PARTE GENERAL.

13. División principal del Código. — 14. Materias que comprende la Parte General. — 15. Crítica de esa distribución. — 16. Definiciones superfluas. — 17. Disposición general sobre aplicación de la ley penal.....

### CAPÍTULO IV

#### DE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

18. Principio de la irretroactividad de la ley penal. — 19. Su consagración en la Constitución. — 20. Crítica de su inserción en el Código. — 21. Retroactividad de la ley más benigna. — 22. Fundamento de su aplicación á los casos no juzgados. — 23 y 24. Su aplicación á los casos juzgados en definitiva. — 25. Dificultades prácticas del precepto de la retroactividad de la ley más benigna. — 26. Casos en que debe aplicarse los dos códigos. — 27. Opiniones de Garraud y del doctor Cortés, sobre este punto. — 28. Revisión de procesos concluidos. Caso en que la

calificación no haya cambiado. — 29. Caso en que ha desaparecido ó ha cambiado la calificación. — 30. No se ha practicado la revisión de los procesos.....



## CAPÍTULO V

### DE LA VOLUNTAD CRIMINAL

31. Noción de la voluntad criminal. — 32. Inteligencia y libertad con que debe obrar el agente. — 33. Necesidad de una presunción legal sobre la voluntad criminal. — 34. Comparación entre el Código y el proyecto sobre esta materia. — 35. Inconvenientes de la redacción actual. — 36. Debe en algunos casos requerirse la prueba de la falta de voluntad criminal. — 37. Cómo debe aplicarse el artículo 6°. — 38. Disposición del artículo 4°. — 39. Incongruencia de este artículo con otras disposiciones del Código. — 40. Explicación del artículo 5°. — 41. Su disposición puede considerarse comprendida en la del artículo 6°. — 42. El artículo 5° se refiere al error ó ignorancia de *hecho*. — 43. Crítica al artículo 7°. — 44. Fórmula que comprendería todas las disposiciones de estos artículos.....

## CAPÍTULO VI

### DE LA TENTATIVA

45. Distinciones generales entre el delito, la tentativa y la culpa. — 46. La ley no puede seguir á la doctrina en todas sus clasificaciones del delito en general. — 47. No todos los grados de voluntad criminal son objeto de represión.



Páginas

— 48. Disposiciones legales al respecto. — 49. Los *actos exteriores* á que se refiere el artículo 8° ¿ deben constituir principio de ejecución ? — 50. Qué distinción hay entre los actos preparatorios y los exteriores que constituyen la tentativa. — 51. Reglas dadas por Carrara. — 52. Casos juzgados conforme á esas reglas. — 53. Objeciones á la redacción del artículo 8°. — 54. ¿ Hay tentativa de delitos cometidos sin reflexión ? Caso resuelto por la negativa. — 55. Jurisprudencia en contrario. — 56. Opinión de Haus. — 57. *Idoneidad* de los medios empleados en la tentativa. — 58. No hay referencia á ella en el texto legal. — 59. Distinción que puede hacerse según que el agente conozca ó nó la naturaleza del medio empleado. — 60. Caso en que con medios idóneos haya imposibilidad absoluta según las leyes de la naturaleza. — 61. La apreciación de estos casos está librada al criterio judicial. — 62. Desistimiento voluntario. — 63. El artículo 11 carece de objeto. — 64. Penas de la tentativa. — 65. Consideraciones sobre la represión de la tentativa. — 66. Tentativa que constituye por sí misma un delito diferente del tentado. — 67. De los actos preparatorios. — 68. Cómo se legislaban en el proyecto Tejedor. — 69. Juicio sobre la reforma. ....

47

## CAPÍTULO VII

### DE LA CULPA Ó IMPRUDENCIA

70. La culpa ó imprudencia no se define por la ley. — 71. Diversos sistemas para legislar la culpa. — 72. La culpa puede ser incluida entre las circunstancias atenuantes. — 73. Causa de las dificultades para legislar la culpa. — 74. La responsabilidad por la culpa no debe subordinarse á la naturaleza del mal causado. — 75. Condiciones



de imputabilidad de la culpa. — 76. 1ª condición: daño producido. — 77. 2ª condición: falta de voluntad criminal. — 78. La falta de voluntad criminal no caracteriza por sí sola la culpa imputable. — 79. Distinciones entre el delito perfecto, la culpa y el mero accidente. — 80. ¿Debe castigarse como culpa el accidente, si el hecho que lo produjo estaba prohibido? — 81. Examen de la 3ª condición: falta de debida diligencia en evitar el daño. — 82. Examen de la división doctrinaria de la culpa en *lata*, *leve* y *levisima*. — 83. No hay tentativa de culpa. — 84. No hay complicidad en la culpa. — 85. Examen del artículo 15. — 86. Distinción legal de la culpa en grave y leve. Exposición de esta distinción. — 87. Penalidad de la culpa ó imprudencia. — 88. ¿Debe graduarse la pena conforme á las reglas de los artículos 52 y 53? — 89. Responsabilidad de los médicos, por culpa ó imprudencia. — 90. Ejercicio ilegal de la medicina.....

73

## CAPÍTULO VIII

### DE LAS CAUSAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD

91. Consideraciones sobre la designación de *causas que eximen de pena*, hecha por el Código. — 92. Fundamento de la designación que adopto.....

93

§ 1. *Causas de exclusión de imputabilidad procedentes de falta de discernimiento en el agente.* — 93. LOCURA. — 94. La ley debe autorizar medidas de acción respecto del loco delincuente. — 95. De la locura según el lenguaje científico y el legal. — 96. Las leyes penales procuran establecer la fórmula que indique con precisión el estado de irresponsabilidad. — 97. Caracteres científicos de la





locura.— 98. Objeto que tenga en la ley la distinción entre la imbecilidad y la locura.— 99. SONAMBULISMO.— 100. Caso de responsabilidad del sonámbulo.— 101. BEODEZ COMPLETA É INVOLUNTARIA. Es la excepción más frecuentemente aducida en los juicios criminales.— 102. Legislación comparada respecto de la excepción de embriaguez.— 103. Dudas respecto de la perturbación total de la inteligencia por causa de embriaguez.— 104. Opiniones en sentido negativo.— 105. Opinión más general en sentido afirmativo.— 106. El Código legisla un hecho *posible*.— 107. La prueba de la embriaguez debe referirse a las cualidades de *completa é involuntaria*.— 108. Consideraciones sobre estas cualidades.— 109. Casos en que pueda considerarse ó nó involuntaria la embriaguez.— 110. Casos de embriaguez culpable.— 111. EDAD. Exposición del Código y del proyecto Tejedor.— 112. Periodo de irresponsabilidad absoluta.— 113. Irresponsabilidad de los mayores de diez años y menores de quince.— 114. Debe resolverse previamente si el menor es capaz de obrar con discernimiento.....

96

§ 2. *Causas procedentes de la falta de voluntad criminal*.— 115. FUERZA IRRESISTIBLE.— 116. Fuerza irresistible *interna*.— 117. La fuerza irresistible, como estado morboso, no está comprendida en el inciso 1º del artículo 81.— 118. Los casos de fuerza irresistible interna han sido considerados como casos de locura.— 119. Pueden comprenderse en la disposición del inciso 5º del artículo 81.— 120. FUERZA MAYOR.— 121. *Producción de un daño por mero accidente*.....

115

§ 3. *Causas procedentes del cumplimiento de un deber ó del ejercicio de un derecho*.— 122. Consideración general.— 123. Analogía entre los incisos 7º al 15 del artículo 81.— 124. CUMPLIMIENTO DEL DEBER Ó EJERCICIO DEL DERECHO.— 125. *Obediencia debida*.— 126. LEGÍTIMA DEFENSA. Consideraciones generales.— 127. Disposiciones



que se refieren á este derecho. — 128. Circunstancias que deben concurrir para que exista. — 129. <i>Agresión ilegítima.</i> — 130. <i>Necesidad racional del medio empleado para impedir la ó repelerla.</i> Jurisprudencia en la Provincia de Buenos Aires. — 131. <i>Falta de provocación suficiente en el que se defiende.</i> — 132. Defensa de parientes. Error en las ediciones del Código. — 133. La excepción debe extenderse á la <i>defensa</i> de un extraño. — 134. <i>Defensa del domicilio.</i> — 135. Caso del ladrón sorprendido <i>infraganti.</i> Divergencia de la doctrina. — 136. Legislación comparada sobre aquel caso. — 137. Crítica de la solución en nuestro Código. — 138. Defensa de la mujer contra el que intenta violarla ó robarla. — 139. Marido que sorprende á la mujer en adulterio. — 140. Obligación de denuncia impuesta por el artículo 82.....	125
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## CAPÍTULO IX

### DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

141. Carácter común de las circunstancias agravantes y atenuantes. Disposición de la ley de Partidas. — 142. Sistema del proyecto Tejedor. — 143 y 144. Sistema del Código Penal. — 145. Examen del inciso 1º del artículo 83. — 146. La <i>edad</i> como circunstancia atenuante. — 146. Circunstancia de no haber tenido intención de causar todo el mal producido. — 148. Circunstancia de haber procedido por provocación, amenaza ú ofensa. — 149. De las ofensas inferidas al cónyuge ó parientes próximos. — 150. Celo en reparar el mal causado ó impedir su consumación. — 151. Estado de irritación ó furor sin culpa del autor del delito. — 152. Circunstancias análogas á las anteriores. — 153. Circunstancias atenuantes no enumera-
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

das. — 154. Circunstancias posteriores al delito. — 155.  
Transcurso de la mitad del tiempo de la prescripción...

155



## CAPÍTULO X

### DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

156. Sistema del Código Penal en esta materia. — 157.  
Juicio sobre este sistema. — 158. Regla general del artículo 88 para la aplicación de las circunstancias agravantes. — 159. Circunstancia de agravación derivada del *parentesco del ofensor y de la víctima*. — 160. Circunstancia derivada del *respeto debido a la autoridad o al lugar en que ejerce sus funciones*. — 161. *Desprecio de los ministros de una religión o de lugar destinado al culto*. — 162. *Alevosía*. Disposiciones del código español y del proyecto Tejedor. — 163. La agravante de alevosía se refiere solamente a los delitos contra las personas. — 164. Necesidad del estudio completo de la alevosía en este sitio. — 165. Relaciones entre la alevosía y la premeditación en nuestro derecho y en la legislación comparada. — 166. Noción de la alevosía según nuestro Código. Su examen y crítica. — 167. *Premeditación*. Distinciones entre nuestra ley y el código español. — 168. Mi adhesión al sistema del Código. — 169. Examen de la *premeditación* en el proyecto Tejedor. Elementos que la constituirían. Jurisprudencia bajo el código Tejedor. — 170. Ni la noción de la premeditación bajo el código Tejedor, ni la jurisprudencia formada entonces tienen hoy autoridad. — 171. Elementos de la premeditación que no figuran en las disposiciones legales. — 172. El transcurso de tiempo entre el desigño y la ejecución del delito, es, tomado aisladamente, un dato insuficiente de



la premeditación y conduce á las mayores injusticias. —	
173. La reforma introducida por nuestro Código facilita el acuerdo entre la ley y lo justo. —	174.
La premeditación es agravante de todos los delitos. —	175.
<i>Aumento deliberado del mal</i> causando otros innecesarios para su ejecución. —	176.
Empleo de <i>astucia, fraude ó disfraz</i> . —	177.
Comisión del delito por <i>precio, promesa ó recompensa</i> . —	178.
<i>Ejecución por medio de veneno, incendio, descarrilamiento</i> , etc. Dificultades que puede ofrecer la interpretación de este inciso. —	179.
Cometer el delito en ocasión de <i>incendio, naufragio</i> , etc. —	180.
<i>Abuso de edad, superioridad y sexo</i> . —	181.
<i>Prevalerse del carácter público que se invista</i> . —	182.
Ejecución del hecho con <i>auxilio de gente armada</i> ó en <i>cuadrilla</i> , etc. —	183.
Ejecución de <i>noche</i> ó en <i>despoblado</i> . —	184.
Ejecución con <i>fractura ó escalamiento</i> de lugar cerrado. —	185.
<i>Uso de armas prohibidas</i> . —	REITERACIÓN Y REINCIDENCIA. —
Legislación comparada sobre la reiteración y la reincidencia. —	187.
Marcha opuesta seguida por nuestros proyectos y por los códigos españoles en cuanto á definir la reincidencia. Necesidad de definirla. —	188.
Consecuencias de no haberse definido la reincidencia. Divergencias de la legislación y de la doctrina sobre los conceptos de <i>reiteración y reincidencia</i> . Reincidencia <i>genérica y especial</i> . —	189.
Motivo de las dificultades para legitimar esta agravación. —	190.
¿Debe imputarse la agravación sólo al reincidente en delitos de la misma especie? —	191.
Sistema del Código. Reiteración ; reunión de delitos no juzgados. —	192.
Admite la reincidencia <i>general</i> , limitada, y la <i>especial</i> . —	193.
Crítica de la limitación de la reincidencia general. —	194.
Qué debe entenderse por <i>castigo anterior</i> , en el inciso 19 del artículo 84. —	195.
Conveniencia de tener en cuenta el tiempo que medie entre los delitos. —	196.
Crítica de la penalidad de la reincidencia. Medidas necesarias. —	197.
Exposición del artículo 87.....	175



## CAPÍTULO XI

## DE LOS AUTORES PRINCIPALES DEL DELITO

	Páginas
198. La participación de varias personas en un delito admite diversidad de grados. — 199. Maneras en que puede concurrirse á la ejecución de un delito. — 200. Concurso de voluntad sin concurso de acción. — 201. Concurso de voluntad y de acción. — 202. Ejecución del delito por la propia acción. — 203. La responsabilidad está subordinada á la voluntad criminal. — 204. Participación de una manera principal en la realización del delito. — 205. Disposición legal sobre el concurso de voluntad sin concurso de acción. — 206. Sistema que adopta el Código al legislar esta materia. — 207. Crítica del sistema. — 208. La responsabilidad del autor moral depende de que haya <i>determinado</i> al autor material. — 209. Participación por medio de <i>consejos</i> . — 210. Participación en el delito por <i>orden</i> dada. — 211. Comisión, promesa de recompensa, dádiva. — 212. Violencia irresistible, física ó moral. — 213. Irresponsabilidad cuando la violencia no reúne la condición de irresistible. — 214. Inducción en error ó confirmación del error en que se hallara el autor del delito. — 215. Disposiciones legales sobre la responsabilidad del mandante con relación á los hechos del mandatario. — 216. De la comunicabilidad de las circunstancias agravantes. — 217. Condiciones de la comunicabilidad según el artículo 22. — 218. Condición de la comunicabilidad, según el inciso 2° del mismo artículo. COMLOT, BANDA. — 219. Concordancias de las disposiciones legales sobre complot y banda. — 220. Distinción de la ley entre el complot y la banda. — 221. Graduación de la	



responsabilidad de los afiliados á un complot ó banda. —	
222. La ley no impone responsabilidad por la participación en una banda, sinó después que ésta cometa un delito. —	
223. La participación en el complot es considerada como tentativa del delito no consumado. —	
224 y 225. Necesidad de reprimir especialmente la asociación para delinquir. —	
226. Penalidad de los partícipes en un complot. —	
227. De la denuncia del complot .....	231

## CAPÍTULO XII

### DE LA COMPLICIDAD

28. Diversos sistemas de legislar la complicidad. —	229.
Método que debe adoptarse. —	230.
Graduación en la complicidad. —	231.
Disposición general del artículo 32. —	232.
Complicidad resultante de participación moral en el delito. —	233.
Complicidad por culpa. —	234.
Instrucciones dadas con voluntad criminal. —	235.
La responsabilidad del partícipe moral nace de la ejecución ó tentativa de ejecución por los medios indicados por él. —	236.
Complicidad resultante de procurar los objetos ó instrumentos para la ejecución del delito. —	237.
Cooperación de este género, intencional ó por culpa. —	238.
Complicidad por asistencia ó ayuda en la ejecución. —	239.
Complicidad de los funcionarios de Estado y agentes públicos. —	240.
Complicidad del que por consejos ú otros medios fortifica la resolución tomada de cometer un delito. —	241.
Complicidad de los miembros de una banda que no toman parte en la ejecución del delito. —	242.
Complicidad de segundo grado, por instrucciones. —	243.
La misma, procurando al actor principal objetos ó instrumentos del delito. —	244.
La misma, de los fun-	



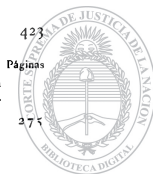
Páginas

cionarios ó agentes públicos. — 245. Promesa, anterior al hecho, de ocultarlo ó prestar otra ayuda después consumado. — 246. Penalidad de la complicidad ; lugar en que pudo tratarse de ella. — 247. Fundamento de la graduación de la penalidad. — 248. Pena de la complicidad de primer grado. — 249. Maneras en que debiera castigarse la complicidad. — 250. Disminución de la pena con relación á la intención. — 251. Complicidad en la tentativa. — 252. Complicidad en la tentativa no punible en el autor principal. — 253. Inejecución de la promesa de cooperar á un delito. — 254. No hay cómplices sin un hecho principal punible . . . . .	253
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## CAPÍTULO XIII

### DE LOS ENCUBRIDORES

255. Método seguido en general para legislar la coparticipación en el delito. — 256. La responsabilidad de los encubridores debe legislarse como delito especial. — 257. Actos que engendran responsabilidad por encubrimiento : a) ocultación del delincuente ; b) desaparición de los rastros del delito ; c) aprovechamiento del delito. — 258. El solo conocimiento de la existencia del delito no engendra responsabilidad. — 259. Necesidad de que se compruebe la intención criminal. — 260. Un acto material sin conocimiento del delito no engendra responsabilidad. — 261. Protección habitual de malhechores. — 262. Omisión de denuncia obligatoria. — 263. Penalidad por el encubrimiento. — 264. Exención de pena por ocultación. — <i>Secreto profesional</i> . — 265. Fundamentos de la exención de pena. — 266. Crítica de la disposición legal. — 267. Alcance que debe darse á la disposición legal. — 268. La regla general debe ser la denuncia obliga-
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



toria ; la excepción, la irresponsabilidad por respeto al secreto profesional.— 269. Los códigos no deben legislar sobre deberes profesionales.....

423

Páginas

275

## CAPÍTULO XIV

### DE LAS PENAS EN GENERAL

270. Disposiciones que comprende el título *De las penas en general*. — 271. El Código no contiene reglas para la aplicación de la ley con relación al territorio. — 272. Reglas para la determinación de la pena según las circunstancias agravantes ó atenuantes. — 273. Necesidad que hubo de consignarlas. — 274. Debe atenderse al carácter y no al número de las circunstancias. — 275. La regla del artículo 52 no puede aplicarse cuando se toma en cuenta el número y no el carácter de las circunstancias. — 276. Concurrencia simultánea de agravantes y atenuantes. — 277. De la aplicación del artículo 53 al 96. — 278. La pena sufrida no extingue la obligación de reparar el daño. — 279. Cómputo de la prisión preventiva. — 280. Sustitución de pena corporal por pena pecuniaria. — 281. Suspensión de la condena por locura del condenado. — 282. La suspensión tiene lugar aún después de la condena de muerte. — 283. Correcciones que no se reputan penas..... 285

## CAPÍTULO XV

### DE LAS CLASES DE PENA

284. Bajo qué punto de vista conviene considerar aquí las penas. — 285. El *mal* del delito y el *mal* de la pena. — 286.





Peligros de los extremos de benignidad y de severidad de las penas.—287. Necesidad de que se apliquen cierta é ineludiblemente.—288. Divisibilidad de las penas.—289. Las penas deben ser reparables.—290. Deben tener por <i>efecto</i> la ejemplaridad.—291. Debe tenderse á que reformen á ciertos delincuentes. — 292. Penas principales adoptadas por el Código.—293. Penas no enumeradas en la Parte General.—294. Penas accesorias.—295. Sistema del código Tejedor.—296. Sistema del proyecto de la Comisión revisora.....	295
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## CAPÍTULO XVI

### DE LA PENA DE MUERTE

297. La pena de muerte abolida de hecho.—298. Es perjudicial al sistema penal.—299. Está abolida por varias disposiciones legales.—300. Artículo 18 de la Constitución Nacional.—301. El código Tejedor avanzó en el sentido de la abolición.—302. Motivos que obstaron á la abolición total.—303. Juicio sobre la subsistencia de esos motivos.—304. Artículo 156 inciso 5° de la Constitución de Buenos Aires, y 89 de la ley orgánica de los tribunales de la Capital Federal.—305. Casos en que debe aplicarse según la ley la pena de muerte.—306. Influencia de las circunstancias atenuantes.—307. Duración del proceso por más de dos años.—308. Repugnancia de los magistrados en aplicar la pena de muerte.—309. Motivo por el cual se impone más fácilmente la pena de muerte en primera instancia.—310. Consideración sobre la existencia de atenuantes que no pueden probarse.—311. Argumento deducido de la inestabilidad de la legislación penal.—312. Incompatibilidad de la
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



pena de muerte con los nuevos principios sobre retroac- tividad de la ley penal. — 313. Influencia del indulto. — 314. Universal tendencia abolicionista. — 315. Con- secuencias de tener en la ley una pena resistida por la opinión. Conveniencia de su sustitución por la pena perpetua. — 316. La escuela positivista y la pena de muerte. — 317. Formas de ejecución de esta pena. — 318. Medio de ejecución. — 319. Excepción de las mujeres y de los menores de edad. — 320. A qué época debe refe- rirse la menor edad.....	301
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## CAPÍTULO XVII

### PRESIDIO Y PENITENCIARIA

21. Distinciones legales entre las penas de presidio y pe- nitenciaria. — 322. Fundamento enunciado de esta doble penalidad. — 323. La ley no lo ha tenido en cuenta. — 324. Ha podido procurarse en las dos penas distintos objetos prácticos. — 325. El proyecto Tejedor tuvo en cuenta las condiciones del país para la aplicación de la doble penalidad. — 326. No deben subsistir en la ley pe- nas realmente equivalentes entre sí en la práctica. — 327. La ley no contiene prescripciones sobre el régimen de las penas. — 328. Imposición del trabajo. — 329. Aplica- ción del trabajo de los condenados. Crítica de las dispo- siciones legales. — 330. El presidio no se aplica á hom- bres débiles ó enfermos, mayores de sesenta años ó mu- jeres. — 331. Penas accesorias del presidio y de la pe- nitenciaria. — 332. Agravación que admiten las dos pe- nas. — 333. Reducción de pena.....	333
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----



## CAPÍTULO XVIII

## CUESTIONES SOBRE LA GRACIA EN LAS PENAS DE PRESIDIO

## Y PENITENCIARÍA

## Páginas

*Naturaleza jurídica de la gracia en el Código Penal.*—

334. Las penas de presidio y de penitenciaría se imponen con términos sujetos á condición.— 335. Los precedentes legislativos en este sentido son escasos. — 336. Antecedentes de los artículos 73 y 74 del Código Penal: código de Tejedor; código de Baviera. — 337. La pena accesoria de inhabilitación absoluta no restringe el derecho de pedir gracia. El derecho de petición, en interés privado, es esencialmente del orden civil, no político. — 338. La disposición del Código no tendría objeto si el *derecho de pedir* no importara la obligación de *otorgar*. — 339. La obligación de otorgar existe desde que se han cumplido las condiciones del derecho de pedir. Estas se limitan al transcurso del tiempo y á las pruebas de reforma positiva. — 340. El objeto final de la pena es la reforma del delincuente. Entiende lograr este objeto con la promesa de remisión parcial. Necesidad de que sea cierto el cumplimiento de la promesa. — 341. La facultad de perdonar implica el derecho de pedir perdón.— 342. Conclusión de las demostraciones precedentes. — 343. Objeción resultante del comentario oficial del código de Baviera. Refutación. — *Gracia extraordinaria y gracia ordinaria.* — 344. La facultad de perdonar, como atributo de la soberanía, no es, en general, susceptible de reglamentación. Tiene lugar en circunstancias extraordinarias. — 345. Exactísima distinción de Ortolan, entre la gracia ordinaria y la extraordinaria. *El cono-*



*cimiento y resolución de la gracia del Código Penal, corresponde al Poder Judicial.*—346. La gracia extraordinaria es la determinada por la Constitución; la ordinaria, por el Código Penal. — 347. Solución contraria de la cuestión, por la Suprema Corte. — 348. Las objeciones no han sido previstas ni enunciadas. — 349. La aplicación del Código Penal es función exclusiva de los Tribunales.—350. Precepto de la Constitución Nacional. —351. Por razón de la distinta organización constitucional, no puede invocarse la autoridad del código de Baviera.—352. La facultad de indultar, conferida en la Provincia de Buenos Aires al Poder Ejecutivo, está reglamentada por la ley de 17 de Octubre de 1877. El Código Penal no es reglamentario de ella. — 353. Error en la vista del Fiscal doctor Victorica. — 354. Distinta naturaleza de las funciones del Poder Ejecutivo y del Judicial. La gracia ordinaria requiere la declaración de un derecho.—355. Aun dando la más completa autoridad al Código de Baviera, es inaceptable la solución de la Corte. *Antecedentes legislativos de la tesis sostenida.* — 356. La reducción de pena por cumplimiento de condiciones establecidas, es acto de *justicia*, no de *gracia*. — 357. Ejemplo importante del código de procedimientos penales de Austria.—358. La gracia de nuestro Código Penal debería aplicarse de la misma manera. *Procedimientos actuales y conclusión.* Cómo se procede actualmente en los casos de gracia ordinaria. La Corte no tiene por qué informar.—360. Necesidad y oportunidad de cambiar las prácticas establecidas. OBSERVACIONES ADICIONALES.—361. Reforma de la Constitución de Buenos Aires, y declaración de la Suprema Corte en el sentido de mi exposición. — 362. Condiciones que deberán examinar los Tribunales para el otorgamiento de la libertad.—363. ¿Qué debe entenderse por *reforma positiva*?—364. Superioridad del sistema de la *libertad condicional*.....



## CAPÍTULO XIX

## PRISIÓN, ARRESTO, DESTIERRO, INHABILITACIÓN, MULTA

	Páginas
365. ¿En qué consiste la pena de prisión?—366. Inmoralidad consiguiente á la manera como se cumple. — 367. Modificaciones al proyecto Tejedor. — 368. Superfluidad de la pena de arresto. — 369. Pena de destierro. — 370. Esta pena ha perdido toda su gravedad. — 371. Inhabilitación absoluta. — 372. Inhabilitación especial. — 373. Inhabilitación profesional. — 374. Efectos de la inhabilitación contra eclesiásticos. — 375. Sujeción á la vigilancia de la autoridad. — 376. Multa. — 377. Pena que equivalga á la multa. — 378. Determinación de la multa. — 379. Comiso. — 380. Destino de los objetos comisados.....	371

## CAPÍTULO XX

## DE LA PRESCRIPCIÓN

381. Las leyes de la prescripción de las penas como de las acciones son leyes de fondo. — 382. La prescripción es generalmente admitida en derecho penal. — 383. Fundamentos de la prescripción de las acciones. — 384. Crítica de los fundamentos del interés social y de las dificultades de la prueba. — 385. Posibilidad de un fundamento distinto. — 386. Prescripción de la pena. — 387. Fundamento de esta prescripción. — 388. De los términos de la prescripción. — 389. Los términos en el proyecto Tejedor. — 390. Debe desaprobarse toda reducción de los términos
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

de la prescripción. — 391. Proporcionalidad entre el término de la prescripción y el de la duración de la pena. — 392. Necesidad de calificar el delito. — 393. Cuestiones sobre el punto de partida para contar el término de la prescripción. — 394. Delitos continuos ó sucesivos. — 395. La discusión sobre este punto no se basa en un texto legal. — 396. Cómo debe entenderse la segunda parte del artículo 91. — 397. Interrupción de la prescripción. — 398. Modificación que requiere la ley en este punto. — 399. Interrupción de la prescripción de la acción. — 400. Sólo puede tener lugar dentro del término..	383
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----



## APÉNDICES

<i>Apéndice A.</i> Sentencia sobre responsabilidad de los médicos.....	395
<i>Apéndice B.</i> Sobre defensa legítima .....	403

