



# DERECHO PENAL

POR

**OCTAVIO GONZALEZ ROURA**

Profesor titular de la materia  
en la Universidad nacional de La Plata, Vocal de la cámara de apelaciones  
en lo criminal y correccional de la capital federal  
ex-magistrado de la provincia de Buenos Aires



PARTE ESPECIAL

TOMO III



BUENOS AIRES  
VALERIO ABELEDO, EDITOR — LIBRERÍA JURÍDICA  
CALLE LAVALLE 1368.74

1922



## TÍTULO PRIMERO



### Delitos contra la vida, la salud y la integridad corporal

#### CONSIDERACIONES GENERALES

De los derechos personales, es la vida el bien jurídico por excelencia: el centro, como dice Liszt, de los bienes individuales que la ley protege. Así se explica que la ley la proteja en toda su integridad: desde el más leve daño a la salud, hasta su destrucción completa; desde su manifestación embrionaria en el seno materno, hasta la vejez más avanzada; ya se encuentre en peligro de modo directo o indirecto, se trate de un acto intencional o de uno simplemente culposo, o sea el resultado mediato o inmediato de la acción.

Directa o indirectamente, en todo o sólo en parte comprometida, la vida recibe su protección de la ley penal general y de las leyes especiales. El código la protege con previsiones referentes al homicidio, al aborto, a las lesiones, a las simples agresiones, al abandono de niños, a los atentados contra la libertad y la honestidad, a la extorsión, al robo, a los estragos, a la rebelión y sedición, al prevaricato, al cohecho, al falso testimonio y a los atentados contra la salud pública. Leyes especiales la protegen también, reglamentando el comercio, la industria, el tráfico, etc.

El código, que trata de los delitos a que se refiere este título bajo el rubro de *delitos contra las personas*, abandonando las denominaciones clásicas de sus principales figuras (homicidio, infanticidio, aborto, etc), los separa en seis grupos fundamentales: *delitos contra la vida, lesiones, homicidio o lesiones en riña, duelo, abuso de armas y abandono de personas*.

El primero, del que se ocupa el capítulo I dividido en diez artículos (arts. 79 a 88), comprende el homicidio, el infanticidio,





dio y el aborto; el segundo, del que se ocupan los arts. 89 y 94 del capítulo II, todas las *lesiones* orgánicas o funcionales, físicas o mentales, por cuyo motivo no repitió la clasificación de *corporales* que les daba el código derogado.

Al ocuparse la ley de los atentados contra la vida, ha fijado a ésta dos momentos, cuyo punto de separación es más fácil fijar teórica que prácticamente: vida intrauterina y vida fisiológica o fuera del útero. La primera es aquella que depende absolutamente de la vida de la madre, de la cual participa por entero en sus funciones nutritivas y respiratorias; la segunda es la que ya no depende de ella, o sólo depende relativamente, sea porque es del todo independiente (feto nacido y separado), o porque lo es en parte o empieza a moverse en el sentido de independizarse (feto nacido aún no separado y feto naciente).

Cuando el feto empieza a nacer, como quien dice a cambiar de residencia, es para la ley penal algo más que una simple esperanza; es ya una vida en actividad, una vida cierta, y desde ese momento cabe el homicidio, de tal manera que el infanticidio no es, en definitiva, otra cosa que un homicidio calificado por razón del móvil, el tiempo y la calidad de los agentes. Tan es así, que faltando cualquiera de estas condiciones la calificación que corresponde es la de homicidio.

Es pues en el segundo período que el atentado a la vida puede constituir el delito de homicidio: en el primero únicamente habrá aborto. El homicidio y el aborto, son, entonces, las dos figuras primarias del delito contra la vida.

El homicidio se configura de nuevo según vaya acompañarlo o no de circunstancias características: en este caso se llama homicidio simple y en aquél homicidio calificado.

Los homicidios calificados se subdividen luego en dos grupos, según que las circunstancias concurrentes sean agravantes o atenuantes.

La mayor parte de ellas figuran en el art. 41 como atenuantes y agravantes ordinarias o comunes, aun cuando algunas, como la alevosía y el ensañamiento, son de aplicación exclusiva a esta clase de delitos.

Independientemente de estas circunstancias, figuran aquí como propias del homicidio: entre las atenuantes la forma (homicidio en riña y duelo regular), la emoción y el móvil (in-



fanticidio), y entre las agravantes también el móvil, el medio y el vínculo de parentesco.

Cabe señalar particularmente el parentesco, por la múltiple y variada influencia que aquí tiene, pues de agravante calificativa en el inc. 1º del art. 80 (parricidio), pasa a ser atenuante calificativa en el art. 81 incs. 1º, letra a) y 2º (infanticidio y homicidio por justo dolor), atenuante general a veces en el art. 41, y eximente de cierto grado de responsabilidad en el art. 88 última parte (tentativa de aborto de la madre).

De las agravantes, el vínculo de parentesco determina una calificación especial, la de *parricidio*, y las restantes la vulgar de *asesinato*. Sin embargo esta calificación, en su acepción tradicional, se limita al homicidio por precio, por mandato, o aleroso.

En razón de las atenuantes toma denominaciones particulares, como ser: homicidio *provocado* o por *justo dolor* (art. 81 inc. 1º letra a); en *riña* (cap. III); en *duelo* (cap. IV); *infanticidio* (art. 81 inc. 2º), homicidio *preterintencional* (art. 81 inc. 1º letra b), y aún el *homicidio-suicidio* (art. 83).

Quando es la vida, la integridad personal o la salud el objeto único del atentado, se tendrá un delito fin de homicidio o de lesiones; cuando el propósito final del culpable es otro, como si mata o hiere para robar, será el homicidio o la lesión un delito medio. Si el delincuente no se propusiese ni matar ni herir, y estos delitos resultaren como consecuencia del delito que se propuso cometer, como en un caso de estrago, se estará en presencia de un homicidio o de lesiones ocasionales. Es únicamente en los dos primeros casos que la muerte impondrá la calificación de homicidio, pues en el tercero servirá sólo de agravante calificativa del delito fin. En cuanto a las lesiones, la calificación será ésta, si en los casos segundo y tercero el delito fuese menos grave, de acuerdo con la regla de los arts. 54 y 56 del código, salvo disposición expresa.

---

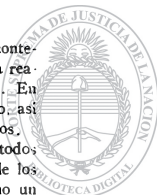




## Homicidio, infanticidio, aborto, lesiones y agresión o abuso de armas.

1. — Definición del HOMICIDIO. Elementos propios. 2. — La vida humana. Lo que debe entenderse por persona humana. En qué momento empieza la vida humana a recibir la protección penal. Abreviación de una muerte segura. El consentimiento de la víctima. 3. — Su destrucción. Modos y medios. Homicidio por omisión. Medios morales. 4. — "Concausa". Causas preexistentes y sobrevinientes, voluntarias e involuntarias, previsibles e imprevisibles; la doctrina y la ley (extensión del dolo y del tiempo transcurrido), diferencia del caso con el de dolo preterintencional. 5. — El dolo, la culpa, el móvil, el consentimiento de la víctima. 6. — El error. "Errore personae", "aberratio ictus". Cuestión sobre el concurso de delitos, el dolo, la culpa y las circunstancias atenuantes y agravantes. La doctrina y la ley. 7. — El homicidio fin, medio y ocasional. 8. — Circunstancias calificativas. El parentesco, el móvil, la forma, la naturaleza del medio empleado, la extensión del dolo. 9. — Parricidio. El parentesco natural y adulterino. El falso parentesco. La nulidad del matrimonio. El error y las circunstancias atenuantes. 10. — Otros casos de agravantes calificativas: especialmente el impulso de perversidad brutal, las sevicias, el ensañamiento (diferencia con las anteriores), la alevosía (condiciones), el veneno (criterio químico y legal). 11. — Homicidio provocado, preterintencional y por justo dolor. Doble concepto de la sorpresa. 12. — Homicidio-suicidio. Razón de la atenuación de la pena. 13. — Homicidio EN RINA Y POR CULPA. Definición, casos posibles y condiciones. Razón de la atenuación de la pena. 14. — INFANTICIDIO. Definición y condiciones. El móvil, el tiempo, el parentesco, muerte y no viabilidad del feto, error sobre su ilegitimidad, razón de la atenuación, casos de ausencia del móvil, la omisión, la culpa, diferencias con el homicidio. 15. — ABORTO. Definición y condiciones. Razón de la atenuación. El feto muerto o la falta de embarazo. Vida del feto. La culpa, la tentativa de la madre, los medios, el consentimiento y la muerte de la madre. Casos de exención de responsabilidad de los médicos, etc., previsión eugenésica, dolo preterintencional, diferencias con el homicidio y el infanticidio. 16. — Las LESIONES. Definición. El consentimiento de la víctima y otros puntos de vista. Circunstancias. Criterios de gravedad. AGRESION o abuso de armas.

1.—Es el homicidio de todos los delitos el más grave y el más antiguo, el que jamás ha dejado de figurar en las leyes penales de todas las épocas y de todos los pueblos. Es por otra



parte el delito en que tienen aplicación todas las reglas contenidas en la parte general, relativas a la participación y a la realización, a las eximentes y a las atenuantes y agravantes. En él caben lo mismo el dolo que la culpa y el encubrimiento, así como es el que puede cometerse por los medios más diversos.

El respeto por la vida no fué sin embargo igual en todos los tiempos y en todos los lugares, y a veces la muerte de los hijos débiles y de los valetudinarios estuvo impuesta como un deber cívico, filial o piadoso.

*Define* la ley el homicidio diciendo: "El que matare a otro". Vale decir, a un hombre. Es el concepto que denota el vocablo *homicidio* con que se califica este delito, vocablo derivado de *hominem cadere*, y que significa *la muerte de un hombre por otro*.

Liszt define el homicidio diciendo que es "la destrucción de la vida humana".

En la definición del homicidio se encuentran contenidos sus *elementos* propios, que son los que expresa separadamente Liszt en la suya: una *vida* humana y su *destrucción*. Algunos agregan una tercera condición: que la muerte o destrucción de la vida sea *injusta*.

No creo que deba enunciarse este elemento. Primero, porque, como se ha hecho ver en el t. I n° 14, el elemento *injusticia* queda comprendido en el elemento *ilegalidad* del acto, y segundo, porque la definición de un delito en particular implica conocimiento del delito en general, y por consiguiente que aquella ha de comprender la enunciación de sus elementos propios únicamente, ya que en la segunda ha quedado hecha la de sus elementos comunes.

Se dirá, sin embargo, que hay muertes justas, lo que es verdad: pero para eso están las causas de exención de responsabilidad. Aparte de que basta con la enunciación del principio. Y es así como se dice, p. e., "el domicilio es inviolable", sin agregar nada, por sabido.

El código, por lo demás, no enuncia ese elemento.

¿Qué es, por otra parte una muerte *injusta*? Una muerte sin derecho, no autorizada, no ordenada, no prohibida por la ley: una muerte ilegal o ilícita, en una palabra. ¿Y cuándo hay delito sin una violación de la ley? Con el mismo criterio habría

que definir todos los delitos incluyendo el elemento *ilícito*. Hay aún más: habría que agregar otro elemento, el elemento *voluntario*.

El término puede figurar, si se quiere, pero en realidad no es necesario, porque lo ilícito es, como lo voluntario, un elemento común a todos los delitos, y propiamente, como queda dicho, un delito en particular debe ser definido tan sólo por sus condiciones propias, características y diferenciales.

Cuando se define el homicidio, se lo hace en el sentido de *delito*, y hablar de delito *ilícito* importa incurrir en pleonismo. Nadie piensa ni dice que el que mata con derecho o en virtud de un deber legal comete un *homicidio*. El que en tales condiciones mata no es un *homicida*.

2.—Es *persona humana*, según el art. 51 del código civil, todo ente que presente signos característicos de humanidad, sin distinción de calidades o accidentes, por monstruoso que sea.

Poco importa que el ser no tenga aún vida independiente: basta que viva, aunque sea en embrión. Desde que se halla concebido en el seno materno, es sujeto de derecho, y puede, por consiguiente, ser víctima del delito.

Tampoco importa que la muerte esté próxima y sea segura, y que sólo se trate de acelerarla para ahorrar al paciente inútiles sufrimientos, tal vez implorándolo él mismo: para *despenarlo*, como dicen nuestros paisanos. La ley reprime aún el homicidio con el consentimiento de la víctima (arts. 83 y 85).

Lo que es indispensable es que la persona esté con vida. El atentado contra un feto muerto, contra un cadáver, no es homicidio, aunque en ciertos casos pueda el acto ser reprimido como tentativa (art. 44 y t. II n° 156).

3.—Otro elemento propio del homicidio, es la *destrucción de esa vida*, lo que puede hacerse por *acción* o por *omisión*.

Un caso de omisión consistiría en privar a un enfermo de un alimento o de un medicamento. Tanto las acciones como las omisiones pueden ser *instantáneas* o *sucesivas*. Sucesivas serían si p. e. se matase propinando dosis de veneno en varias ocasiones, u omitiendo varias veces suministrar el medicamento salvador. También las sevicias, las que, siendo graves, constituyen una agravante calificativa (art. 80, in. 2°).





Los *medios* que al efecto se emplee pueden ser *físicos o morales*. Los medios físicos pueden consistir en la fuerza física personal, como si se estrangula, o en medios o agentes físicos externos cualesquiera. Así, un animal, un arma, el frío, la humedad, el calor, el fuego, el agua, etc. Pueden consistir los medios morales en sufrimientos, como si con una noticia desgraciada se causa a sabiendas la muerte a un cardíaco, o en engaños, como si a un ciego se hace caer en un abismo diciéndole que puede caminar sin peligro.

Chauveau se pronuncia en contra de los medios morales, fundándose en la dificultad de la prueba, mientras Carrara, Liszt, Rivarola, Crivellari y Groizard sostienen lo contrario, arguyendo que la cuestión de la prueba del delito es una cuestión independiente que no altera la realidad de los hechos y las condiciones del delito, cuya existencia no está subordinada a su demostración. El razonamiento es concluyente, y todo lo que puede exigirse es, como aconseja Carrara, que los jueces sean en estos casos especialmente exigentes y cautos.

La naturaleza del medio, es, pues, indiferente, y únicamente puede influir como criterio de agravación.

4. — De *concausa*, cuestión relacionada con el elemento material, se habla en el homicidio para significar que en la muerte de la persona han mediado otras causas concurrentes con el hecho del reo. Es la célebre y antigua cuestión de la letalidad absoluta o relativa de las heridas; de las lesiones mortales *per se* o *per accidens*, en general o en abstracto y en particular o en concreto.

Si la lesión es mortal por sí misma, aunque concorra una causa extraña a acelerar la muerte el agente será responsable de homicidio; y a la inversa, si la lesión no era mortal y la víctima muere a consecuencia exclusivamente de una causa independiente, como si se encontraba ya envenenado o lo fué después, la responsabilidad del culpable será sólo por lesiones: no habrá *concausa*, porque una sola sería la causa, y esa no sería la lesión.

Las dificultades, por lo tanto, se presentan cuando la lesión, sin ser mortal, concurre con otras causas a determinar la muerte.

Las causas concurrentes pueden ser *preexistentes* o *sobrevinientes*.

Las causas preexistentes o personales pueden consistir en afecciones orgánicas o disposiciones funcionales o morbosas.

Esta clase de causas no excusan, porque se considera que el agente ha debido o podido prever la posibilidad de su existencia. Todo lo que se concede es que se atenúe la pena del homicidio si el agente no las conocía. Es como resuelve el punto el código italiano en el art. 367. La dificultad, por consiguiente, se presenta únicamente en las sobrevinientes.

Las causas sobrevinientes pueden ser *voluntarias* o *accidentales*, *previsibles* o *imprevisibles*, y las voluntarias dependen de la *víctima* o de *terceros*.

La solución más comúnmente aceptada, es la que excluye la responsabilidad por homicidio, sólo en caso de concurrencia de causas ajenas al hecho del culpable imposibles de prever, y siempre que no haya mediado intención de matar.

El código italiano resuelve en el mismo artículo citado el punto en cuestión, admitiendo como atenuante la concurrencia de causas independientes del hecho del culpable; pero sin cambiar la calificación de homicidio.

El código no resuelve el punto expresamente. Podría sin embargo sostenerse que la solución se encuentra implícitamente contenida en el art. 81 inc. 1.º letra b), y el 95. Según el primero, el autor de la herida será responsable de homicidio, si bien con pena menor, cuando su intención hubiera sido no matar, y según el segundo, los atacantes serán responsables de homicidio, si bien igualmente con pena menor, aunque las heridas no fuesen mortales, y la muerte se produjese como resultado de su simple concurrencia.

Es bueno empero advertir, que el caso del art. 81 se refiere al dolo y no a la letalidad de la lesión, punto que el código italiano prevé por separado, imponiendo penas distintas, y una aún menor cuando ambos concurren (arts. 367 y 368), pero siempre con la calificación de homicidio.

Los casos son en realidad distintos. Mientras en el dolo preterintencional la herida puede ser mortal *per se* o no haber concausa, en el de que se trata la herida no debe ser mortal ni causa única de la muerte. Por otra parte en este caso puede







haber intención de matar, intención que precisamente se excluye en aquél.

Algo análogo puede decirse del homicidio en riña.

Entre los distintos criterios con que se resuelve tan delicada cuestión, figura el de la extensión del dolo; olvidándose, como observa Carrara, que el elemento subjetivo y el elemento objetivo no se compensan. Es así como una lesión levisima que se vuelve mortal por un acto intencional del herido, no da lugar a la calificación de homicidio, aunque el autor de la lesión la hubiese inferido con el ánimo de matar, en cuyo caso sólo procedería la de tentativa del mismo delito.

Otro criterio (antiguo), consiste en tomar en cuenta el tiempo transcurrido.

Tejedor trata el caso en los arts. 10 y 11 del homicidio, independientemente del cometido en riña, el que prevé en los arts. 6, 7, 8 y 9, y lo hace en la siguiente forma:

“Para que una lesión o herida se repunte mortal en el sentido legal, basta que la lesión o herida sea la causa eficiente de la muerte”.

“En consecuencia, la apreciación judicial del carácter mortal de una lesión o herida no dependerá de saber si en otros casos esta lesión o herida habría podido ser curada con los auxilios del arte, o si el resultado mortal de la lesión o herida se habría podido evitar con cuidados prestados en tiempo, o si la herida ha causado la muerte directamente o sólo indirectamente por efecto de otras causas mediatas desarrolladas por ella, o si, en fin, la lesión o herida ha sido mortal de una manera absoluta o en razón únicamente de la organización particular del herido o de las circunstancias en que ha sido herido”.

“Cuando la herida, sin embargo, produzca la muerte de la víctima y haya certidumbre de que la muerte ha sido el resultado de una causa que existía en el momento de la herida, y que no ha sido desarrollada por ella; o que la lesión infligida no era capaz de producir la muerte, y que sólo se ha vuelto mortal por efecto de una causa posterior, como el uso de medicamentos positivamente nocivos, de operaciones quirúrgicas funestas, etc.; el culpable sufrirá solamente tres años de prisión”.



En resumen: hay delito de homicidio, y no de lesión, siempre que la lesión, aunque no mortal por sí misma, y en consecuencia con otras causas, haya representado un valor de destrucción de la vida del herido. Excepcionalmente puede resolverse lo contrario, tratándose de causas sobrevinientes imprevisibles, y aun de causas intencionales provenientes de terceros o el herido.

Para mayor ilustración, puede, entre otros, consultarse a Rivarola, t. II, p. 20; a Groizard, t. III, p. 419; a Crivellari, t. VII, ps. 748 y 821; a Nypels, t. III, p. 25; y a Carrara, parte especial, ts. I, p. 74 y II ps. 163 y 185.

5.—El *elemento moral* tiene aquí una particular importancia.

Cabe ante todo hacer notar, que para que haya homicidio no es menester el dolo premeditado ni siquiera el dolo determinado: basta con el dolo eventual. Prueba de ello el art. 81 inc. 1º, letra b).

Del homicidio por *culpa* puede decirse que en general es aquel que se causa por un acto dañino cualquiera contra el cuerpo o la salud, imputable pero no intencional; pues si el acto estuviese unido al hecho *in corpore* por una relación intencional dañina, por leve y remota que fuese, habrá dolo, aunque sea preterintencional; así la muerte sea el resultado directo o indirecto, mediato o inmediato del atentado. A menos que la violencia no fuese encaminada a causar un mal en el cuerpo o en la salud, como una bofetada o un empujón, en cuyos casos la calificación de homicidio doloso no es indudable.

Puede verse los núms. 4 y 6, y el 89 del t. I.

En cuanto al *móvil* puede verse lo dicho en los núms. 85 del t. I y 115 del II, y es de hacer notar aquí particularmente, que, a semejanza del parentesco, va desde la agravante calificativa (art. 80 inc. 2º), hasta la eximente (art. 86 segunda parte), pasando por la atenuante calificativa en los casos de infanticidio, el homicidio por justo dolor, el homicidio-suicidio y el duelo.

Como se ve, el móvil excusa por excepción. No hay, en consecuencia, caso de *despenar* ni de *consentimiento de la víctima* (de lo que también se trata en el t. II nº 118). La prueba está en el art. 83 que pena el homicidio-suicidio, y todo lo que

puede admitirse, como dice Liszt y establece el artículo citado, es un motivo de atenuación calificativa por razón del móvil. Otro tanto Chauveau.



6.—Análogos dificultades a las de la concausa ofrece el *error*, punto vinculado al elemento moral, el que puede recaer sobre la identidad de la persona, como si creyéndose matar a Pedro se mata a Juan (*errore personæ*), o consistir en la dirección del golpe, como si al disparar contra una persona se hiere a un tercero (*aberratio ictus*). Se tratará en ambos casos de un error accidental, puesto que el culpable había atentado a sabiendas contra una persona cuya vida estaba igualmente protegida por la ley.

Las dificultades que esta cuestión suscita consisten en saber si hay uno o más delitos, y en este caso si son dolosos o culposos solamente, o doloso uno y culposo el otro. Se relaciona desde luego esta cuestión, en primer lugar con el concurso de delitos (concurso ideal) y en segundo con la culpa (*culpa doló determinata* o culpa informada de dolo).

En el caso *errore personæ*, aun cuando hay quienes sostienen que hay dos delitos, uno consumado y otro tentado, la verdad es que, de acuerdo con la doctrina corriente, no hay más que uno, el consumado. Y esto se explica, desde que para el tentado faltaría la posibilidad del daño, parte objetiva del delito, dado que la persona contra quien iba dirigido el atentado no se hallaba presente en el lugar del hecho (criterio objetivo).

El punto se encuentra así previsto en los códigos de Italia, Bélgica, Austria, Rusia, Luxemburgo, Japón, Portugal, Uruguay, Malta, Ticino, Ginebra, Berna, Friburgo y Grecia.

Puede también verse a Crivellari, Pessina, Alimena, Nypels, Carrara, Haus, la jurisprudencia italiana citada por Crivellari, y la francesa y la austriaca citadas por Chauveau y Alimena.

El delito es en este caso doloso, toda vez que el culpable disparó intencionalmente contra la víctima. Puede haberse equivocado respecto a la identidad de la persona, y este error excluiría la agravante proveniente de una calidad en la víctima que no se ha tenido en cuenta, o hará procedente una atenuante relacionada con la persona del otro; mas es indudable que no se equivocó respecto al elemento objetivo del delito, que en el ca-



so es la vida de una persona, contra la cual atentó dolosamente, y por tanto no tendrá influencia substancial el error sobre la identidad, toda vez que la ley no protege la vida de Juan o de Pedro, sino la existencia humana (Nypels, p. 591, t. II).

En el caso *aberratio ictus* las opiniones están más divididas, y en la legislación comparada no se encuentran, como respecto del error de identidad, soluciones precisas.

De un lado se hallan los que consideran que hay un solo delito, el consumado, y de otro los que sostienen que hay dos, el mismo y el tentado.

Alimena, t. II p. 374 de su "I limiti e i modificatori dell'imputabilità", informa que la doctrina francesa y la italiana consideran que hay un solo delito, el indirecto o consumado, y que la alemana considera que hay dos, el directo o tentado y el indirecto o consumado.

De manera que la discusión recae sobre el atentado directo únicamente. El indirecto no ofrece dificultad, sino en cuanto a su calificación de doloso o culposo, pues se computa en todos los casos.

Están de acuerdo con la doctrina alemana, en general Nypels y Haus.

Ahora bien: para los que consideran que hay dos delitos, nace la cuestión de decidir si ambos son dolosos o es culposo el indirecto. Según se advierte, en este punto la dificultad se traslada al delito indirecto.

La doctrina alemana se inclina en general a considerar culposo el indirecto. Haus distingue: si pudo prever el culpable el resultado indirecto como un resultado eventual, como si disparó sobre una mujer que tenía un niño en los brazos e hirió a éste, o contra una persona que se encontraba al lado de otra e hirió o ésta, ambos delitos son dolosos; de lo contrario el indirecto será culposo.

La cámara de lo criminal de la capital federal ha juzgado (diciembre 10 de 1914) como dos delitos dolosos, un disparo de revólver errado que mató a un tercero que detrás estaba en lugar próximo.

En lo que coinciden todos, es en que no perjudican al autor del hecho las agravantes derivadas de la calidad de la persona que resultó víctima, y que, al contrario, lo benefician en



ese hecho los atenuantes que lo habrían favorecido con relación a la persona salvada del atentado. (Códigos de Caracas — art. 67 —, Italia — art. 52 — y Ginebra — art. 299 —).

Por lo que hace a la premeditación, la alevosía, etc., no perjudican en el hecho indirecto según Carrara y Pessina, y sí según Alimena, Crivellari, Sighele, Chauveau y Dalloz. Los alemanes distinguen, según se trate del *errore personæ* o del *aberratio ictus*.

En cuanto al mandato, se discute si el mandante debe res ponder del error sufrido por el mandatario. Contestan negativamente Pessina, y afirmativamente Alimena y el fallo de un tribunal alemán, citado por Nypels (t. II, p. 592, nota 1).

En general rige el principio del art. 48, aplicado a las víctimas.

Puede decirse, por otra parte, en tesis general, que el dolo no fecunda la culpa, y por lo tanto, si el acto inicial fué doloso, el resultado no podrá ser culposo, si en alguna forma pudo entrar en las previsiones del agente. Será, pues, por excepción que el resultado, por no haber podido ser previsto, deba ser considerado culposo.

La culpa en principio supone un hecho lícito, y cuando tiene por origen un acto ilícito, no puede ser éste de aquellos que la ley prohíbe como delito en razón de su objetividad jurídica contraria a los intereses colectivos primordiales, sino que habrá de estar constituido por actos que, aunque lícitos en su propia finalidad, son sin embargo prohibidos en ciertos lugares y condiciones o circunstancias, en razón del peligro que entrañan o en mira de determinadas conveniencias de orden o seguridad. Son p. e. los prohibidos por las ordenanzas municipales o los edictos de policía, y se refieren en general a la dirección y velocidad de los vehículos en la circulación, a las condiciones de idoneidad en sus conductores, al uso y empleo de armas en las ciudades, a las condiciones de las construcciones, etc.

Es la falta de intención dañina en modo absoluto, aunque el acto realizado sea ilícito, lo que caracteriza la culpa y en general la distingue del dolo. Cuando la voluntad se encamina hacia la consecución de un daño penal, aunque el daño resultante sea distinto, mediato, menor o mayor, la calificación proceden

te es la de acción dolosa. Entre otros muchos casos puede citarse los de los arts. 106 y 107.

Puede verse lo que respecto de la culpa, el error y el curso de delitos se dice en el t. II.

Puede también consultarse a Crivellari, t. III, ps. 295, 622 y 629; Nypels, t. II, p. 591; Chauveau, ts. III, ps. 405 y 444, y IV, p. 32; Carrara, ts. I, p. 246 parte general, y II, 166 parte especial; Haus, t. I, ps. 239 y 544; Garraud, t. I, p. 595, y t. IV, n° 227; y Al'mena, t. II, p. 372, obra citada.



7. — Puede el homicidio ser un *delito fin*, un *delito medio* o simplemente *ocasional*. En los dos primeros casos debe calificarse de homicidio, cualquiera que sea la gravedad del delito fin en el segundo.

Puede ser delito medio para cometer otro, como en el robo; medio para ocultar otro, como el caso, célebre por cierto, de aquel que mató a su mandante para librarse de las consecuencias de haber dispuesto en provecho propio de los bienes cuya administración le había confiado, y tantos otros; o medio para procurar su propia impunidad o la de los copartícipes en un delito, como el que mata para no ser detenido, etc.

Delito ocasional puede ser en los delitos de estrago, en el aborto, en algunos delitos contra la libertad o la honestidad, etc.

Aquí únicamente se trata de los dos primeros casos.

8. — El homicidio reviste diversas formas según que vaya acompañado de ciertas y determinadas *circunstancias*, algunas de las cuales tienen tal importancia, que llegan a constituir verdaderas condiciones (condiciones propias específicas), como acontece con el infanticidio, el homicidio en riña y el duelo.

Esas circunstancias son unas veces agravantes, como las previstas en el art. 80, y otras atenuantes, como las previstas en los arts. 81, 82 y 83, en el homicidio en riña y en el duelo.

Cuando el homicidio no ofrece ninguna particularidad, se le llama *simple*, que es el caso a que se refiere el art. 79, por cierto el más común.

Esas circunstancias se relacionan con los vínculos de parentesco entre víctima y victimario, el móvil, la naturaleza de los medios empleados, la intensidad del dolo y la forma de cometer el delito.



Algunas de ellas son comunes, erigidas aquí en calificativas y son las más, y otras propias. Entre éstas figuran la alevosía, el ensañamiento, las sevicias graves y el veneno.

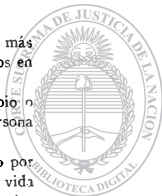
Algunas ofician sólo de agravantes, como la alevosía, otras sólo de atenuantes, como el dolo de ímpetu y el preterintencional, y otras de agravantes y atenuantes, como son el parentesco en el parricidio, el infanticidio y el homicidio por justo dolor, y el móvil en el homicidio por precio, el infanticidio y el homicidio de emoción violenta, el homicidio-suicidio y el duelo regular.

Son circunstancias *agravantes* calificativas: el parentesco entre ascendientes, descendientes y cónyuges; el móvil, como ser matar por precio o promesa remuneratoria, para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro hecho punible, para asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para sus cooperadores, por impulso de perversidad brutal, o por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar otro hecho punible; la naturaleza de los medios empleados, como son el veneno y todos aquellos capaces de causar grandes estragos; la forma, como la alevosía, el ensañamiento y las sevicias graves.

Son circunstancias *atenuantes* calificativas: el móvil, como la emoción violenta y excusable en razón de las circunstancias, tales como haber obrado mediando ofensas o injurias ilícitas y graves, o por un justo dolor en el caso del ascendiente o hermano que mata a la descendiente o hermana sorprendida en ilegítimo concubito, el caso del suicidio y el del duelo regular; la extensión del dolo, como el caso de dolo preterintencional; la forma, como el homicidio en riña y en duelo.

Aparte del art. 79, que prevé el homicidio simple, prevén las demás figuras de este delito los arts. 80 a 86, 95, 97 a 103, 106, 107, 124, 165, 186, 187, 189 a 192, 194, 196 y 199 a 204.

Para el homicidio simple (art. 79), la ley prescribe la pena de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión, para la de homicidio con agravantes calificativas (art. 80), reclusión perpetua, pudiendo el reo ser relegado en las condiciones del art. 52, y para la de atenuantes calificativas (art. 81), reclusión o prisión de tres a seis años.



9.—De todas estas distintas figuras, la considerada más grave es el homicidio de los parientes próximos enumerados en el art. 80 inc. 1º, denominada parricidio.

El *parricidio* (vínculo de parentesco) puede ser propio o impropio. Propio se dice del cometido por el hijo en la persona del padre, e impropio en los demás casos.

El parricidio fué en los primeros tiempos el cometido por los hijos, pues los padres tenían sobre éstos derechos de vida y muerte. Posteriormente se extendió la calificación a los cónyuges y descendientes.

Ocurre desde luego preguntar si el vínculo de parentesco es el civil o el natural de sangre. Tanto la comisión que proyectó la reforma de 1891, en su informe, proyecto del cual fué tomado el artículo, como Carrara y la mayor parte de los tratadistas, sostienen que el vínculo es el natural de sangre, quedando por lo tanto comprendido el parentesco natural y el adoptivo. La ley supone lógicamente la existencia de un vínculo de afecto que tiene su origen en el de la sangre, afecto que las convenciones sociales no crean ni destruyen. Y es el especial esfuerzo que supone el allanamiento de esa poderosa valla opuesta al delito el que determina una especial agravación. Véase el t. II n° 132.

Como demuestra Carrara, el escándalo que se procura evitar prohibiendo la indagación de la paternidad adulterina, no se impediría con el sistema contrario, toda vez que al procesado no se le podría negar el derecho de probar que no le unían con la víctima el vínculo legítimo o natural conocido, sino el vínculo adulterino. Y si se han de abrir las puertas al escándalo en interés del inculpado, que se abran por igual en interés de la sociedad.

Por otra parte, las disposiciones de carácter civil destinadas a regir relaciones de familia y patrimoniales, obedecen a razones de orden distinto que las que informan las de carácter penal.

Como es requisito indispensable que el delincuente conozca la existencia del vínculo, el error sobre el particular excluye la calificación de parricidio. "Sabiendo que lo son", dice la ley.

Basta, por lo demás, que el culpable sepa que la víctima es pariente, aún cuando no haya reconocimiento legal.





En cambio, fundándose la agravante en el afecto establecido por el vínculo de sangre, podría plantearse la cuestión relativa a si se la ha de considerar no existiendo el vínculo, aunque se hayan considerado unidos por él, y aunque medie reconocimiento cuya falsedad se demuestre, según que el culpable hubiese conocido o no tal particularidad (criterio objetivo).

En cuanto a los cónyuges, puede presentarse la cuestión de la nulidad del matrimonio, naturalmente aún no declarada, que si hubiese sido ya declarada, no habría cónyuge.

No tiene esta cuestión aquí, ni la importancia ni la influencia que tiene en el delito de bigamia: mientras en este delito la validez o nulidad del primer matrimonio constituye una cuestión de la que depende la existencia de la infracción, el homicidio es absolutamente independiente de semejante particularidad, la que únicamente asume los caracteres de una simple modalidad, cuya importancia e influencia se relacionan tan sólo con la calidad o cantidad de la pena. Y como la ley agrava la pena en consideración al vínculo establecido, con los deberes consiguientes, mientras ellos existen la agravación procede, independientemente de la validez o nulidad del mismo; en modo análogo al caso del pariente adulterino. La ley no requiere otra cosa que ser cónyuge, y cónyuge es quien ha contraído matrimonio, mientras éste subsiste.

Pero aún en la hipótesis contraria, no se trataría de una cuestión prejudicial, en los términos de los arts. 1104 del código civil y 17 del de procedimientos penales de la capital federal, y por lo tanto su solución correspondería a la justicia del crimen, juntamente con lo principal. Y esto por dos razones: porque la cuestión sobre nulidad o validez del matrimonio es prejudicial civil, únicamente cuando depende de ella la acción penal, o lo que es lo mismo la existencia del delito (arts. 1104 y 17 citados); porque la decisión en lo criminal, sobre el punto, ninguna influencia tiene en lo civil (argumento de los arts. 1102 y 1103, y también *a contrario sensu* del 1105 y 1106 del código civil). Y la justicia del crimen, en tal caso, tendría que tener en cuenta lo que disponen los arts. 84 a 90 de la ley de matrimonio.

En cuanto al caso de cónyuges divorciados, corresponde resolver el punto con arreglo a lo que se dice en el n° 58.



Tan sólo dos son los motivos de *atenuación* previstos por el art. 82 para el *parricidio*; las ofensas o injurias graves o ilícitas y el dolo preterintencional. Son motivos de atenuaciones calificativas que con el mismo carácter se hallan previstas para el homicidio. El valor atenuante de aquellas varía sin embargo, según se trate de la muerte del padre o del hijo, en razón de que la actitud de éste sería siempre injuriosa para aquél, lo que no siempre ocurre con la del padre con relación al hijo, toda vez que los hijos deben respeto y obediencia a sus padres y éstos pueden corregirlos.

Para el caso prescribe la ley (art. 82) la pena de diez a veinticinco años.

10. — De las agravantes calificativas contenidas en el art. 80 inc. 2º, son dignas de mención la alevosía, el ensañamiento, el impulso de perversidad brutal, el veneno y las sevicias graves.

Según la doctrina y el sentido que se fijó al discutirse la ley 4189 en el congreso, obrar por *impulso de perversidad brutal* significa matar sin motivo, porque sí, por mero impulso de perversión moral. Sería el caso del loco nato o del loco moral, como el de José Santos Godino.

Háse afirmado que la *alevosia* no requiere la premeditación y sí la falta de riesgo personal para el agresor. No es ésta, sin embargo, la doctrina de la ley.

Ninguna de las leyes españolas que aquí rigieron antes del código, ni el proyecto de Tejedor, ni el código español de 1850, ni el de Baviera, que aquél tuvo por modelo, requerían la ausencia de peligro como requisito de la alevosía. Fueron el código español de 1870, que sirvió de modelo al proyecto de Villegas, García y Ugarriza, y éste, los que introdujeron la teoría de la ausencia de riesgo, desconocida en la legislación comparada, si se exceptúa el código mejicano, y quizá algún otro. El código italiano, como el alemán, el belga, el de los Países Bajos, y muchos otros, sólo requieren la premeditación, y ninguna referencia hacen a la alevosía. El francés y el paraguayo se refieren a la alevosía y a la premeditación, sin exigir el requisito de la falta de peligro.

El código derogado, tomando por modelo el código español de 1870 y el proyecto de Villegas, García y Ugarriza, exi-



gió como requisito la falta de peligro, pero adoptando una forma que echó a perder los modelos, pues definió la alevosía en el concepto de la traición o de la falta de peligro, con lo que expresaba claramente, que, habiendo traición, era indiferente el riesgo, o que, habiendo falta de peligro, era lo mismo que el delincuente se ocultase o hiriese de frente y sin insidia, bastando que la víctima estuviese por cualquier motivo en la imposibilidad de ofender a su agresor, como si estuviese sin armas; o fuese inferior en fuerza, destreza, o por razón de edad o sexo.

La alevosía del código era, de tal suerte, un contrasentido evidente, y era menester, de consiguiente, corregir el despropósito.

Fué esto lo que hizo la ley 4189.

Al discutirse el art. 17, el diputado Cullen propuso la substitución de la agravante calificativa de alevosía por la de premeditación, en consonancia con el sistema moderno, y en atención a que el código "define desgraciadamente la alevosía y la define mal" — decía —, por lo que "su aplicación práctica ha dado lugar a toda clase de dificultades". El doctor Argerich, miembro informante de la comisión, no obstante encontrar atendible la crítica hecha a la definición de la alevosía dada por el código, temeroso de sustituirla por la premeditación, propuso, como temperamento conciliatorio, suprimir la definición, debiendo entenderse que la alevosía debía ir acompañada de premeditación. A ello se opuso el diputado Ugarriza; más no porque no estuviese de acuerdo en lo relativo a la premeditación, en lo que todos se manifestaron conformes, expresa o implícitamente, de manera que la cámara dejó claramente establecido ese concepto, el que a su vez se reprodujo expresamente en el informe particular escrito del senado, sino porque entendía que "la alevosía consiste, pues, en esta seguridad que tiene el delincuente "de cometer el delito sin peligro para su persona", según sus propias palabras. La votación no le dió la razón, y, con la supresión de la definición que requería la falta de peligro, quedó suprimido ese requisito para que pudiese existir alevosía.

Según se ve, aquel precedente extraño fué borrado de la ley, no por innecesario, sino por inconveniente. De suerte que la alevosía en la ley 4189 no requería semejante requisito.



Y la reforma fué acertada, puesto que la ausencia de riesgo no puede ser motivo de agravación del delito, toda vez que la gravedad de éste no se mide por la cobardía del delincuente sino por su temibilidad, que es lo que aumenta el daño mediático y la cantidad política de aquél. Y la mayor temibilidad de un delincuente se acusa más por su temeridad y empuje que por su cobardía o prudencia.

Como con tanta propiedad dice Carrara, el alevoso es temible, y por lo tanto digno de más severa punición, no por su inmoralidad, sino por el mayor peligro que representan para la sociedad los medios empleados para delinquir, pues tornan más difícil la defensa y aseguran mejor el delito. No debe, así, confundirse el peligro subjetivo (falta de peligro para el delincuente) con el objetivo (mayor peligro social), que es el que en realidad aumenta la cantidad política del delito, y el que por lo tanto determina la agravación calificativa de la alevosía.

La alevosía, en conclusión, supone entre nosotros, con arreglo a esos antecedentes y a la jurisprudencia de la cámara de lo criminal de la capital federal y la francesa, la premeditación y resume las dos formas clásicas: el ocultamiento material de la persona para no ser visto, o lo que es lo mismo la insidia, la emboscada, el *aguato* italiano, el *guet apens* francés, o el ocultamiento moral, la traición, el fingimiento de amistad, la deslealtad, el *proditorio* italiano.

El código, siguiendo el ejemplo de su modelo, el proyecto de 1906, incluye entre las circunstancias agravantes calificativas las *sevicias graves*. Como entre las mismas figura el ensañamiento, habría que pensar en que se trata de situaciones diferentes.

El *ensañamiento* tiene en el código el mismo significado que le daba Tejedor y le dan todos los que, con las mismas o parecidas palabras, se refieren a esa particular perversidad de lo que mata con excesiva crueldad, causando males y sufrimientos innecesarios, por puro espíritu de venganza, y con el único propósito de hacer sufrir y gozar con el padecimiento y la dolorosa agonía de la víctima (Carrara).

Y bien: ese es también el sentido del art. 303 del código francés, y del 366 inc. 3º del italiano, en el que se emplean los



términos *sevicias* graves, y del que la disposición ha sido tomada. Puede verse Crivellari, t. VII p. 740.

En el código, entonces, las sevicias graves tienen que referirse a malos o brutales tratamientos repetidos durante cierto tiempo, quedando la calificación de ensañamiento para los sufrimientos innecesarios causados a la víctima en el acto mismo de ejecutarse la muerte. En el primer caso habría de tal suerte que contemplarse una repetición sucesiva y de cierta duración de inhumanos tratamientos encaminados a causar una muerte más o menos próxima, y en el segundo la ejecución de una muerte dolorosa, y atroz si se quiere, por el empleo de medios o sufrimientos innecesarios, pero concomitantes con el hecho de la muerte.

Claro está que, tratándose de una circunstancia calificativa tan grave, no ha de poder considerársela sino en las sevicias intencionales; en las demás únicamente cabrán el homicidio simple, el preterintencional o el culposo, según el caso.

No debe confundirse el impulso de perversidad brutal con el ensañamiento y las sevicias: el primero se relaciona con la razón que mueve a matar, y los otros con la forma o modo de dar la muerte. Pueden encontrarse reunidos, y más fácil será que aquél vaya acompañado de éstos, porque él revela en el fondo un estado degenerativo, ordinariamente congénito, en tanto que el ensañamiento, y aún las sevicias, pueden responder a un estado pasional profundo, provocado por actos graves de la víctima.

El *veneno*, que fué un medio homicida tan en boga en otros tiempos, que el código derogado y los proyectos (menos el de 1891), siguiendo el ejemplo, entre otros, de los códigos francés y belga, incluyeron entre las agravantes calificativas, y que el proyecto de 1891 y la ley 4189, siguiendo el de los códigos holandés, húngaro, alemán, de Zurich, del Ticino y de las leyes inglesas, no incluyeron, por considerar que no supone la premeditación, en cuyo caso no reviste la misma gravedad, ha sido incluido en el código conforme a su modelo el proyecto de 1906.

“Es cosa difícil, dice Groizard, si se consulta a los autores de medicina legal, averiguar lo que es veneno. Los más es timados discordan en este punto, defendiendo las excelencias



“de sus respectivas definiciones. Afortunadamente, para jueces  
“y letrados, el procedimiento jurídico basta para formar con-  
“cepto adecuado de aquello que como veneno debe ser conside-  
“rado a los efectos de la aplicación de las leyes penales. El  
“veneno, para el juriconsulto, no se aprecia mediante un crite-  
“rio médico científico, sino que es considerado como un medio  
“de ejecución del delito de homicidio. Sin homicidio no hay  
“envenenamiento. Toda sustancia que suministrada al hombre,  
“o que introducida en su organismo, tenga fuerza potencial  
“bastante para causarle la muerte, es veneno, bajo el punto de  
“vista legal. Lo mismo las materias del reino vegetal que las  
“del reino mineral, así las que obran produciendo en el hom-  
“bre efectos químicos como las que causan efectos mecánicos:  
“tanto las que matan pronto como las que matan lentamente.  
“todas las que por cualquier motivo sean susceptibles de dar  
“la muerte, administrándolas o inoculándolas astuta o insidio-  
“samente en el cuerpo humano, venenos son”.

“Las sustancias que para matar, agrega más adelante, ne-  
“cesitan ser administradas en grandes cantidades, no son por-  
“una análoga razón susceptibles de dar existencia al título de  
“envenenamiento. Con aguardiente se puede matar a una per-  
“sona y se la puede matar con ópio. La diferencia está en que  
“para lo primero es necesario excitarla a beber mucho aguar-  
“diente y lograr que lo beba, y por consecuencia que no se pue-  
“de matarla, sirviéndose de aquel medio, sin que ella se aper-  
“ciba de que bebe aguardiente, y en algo, con su intemperan-  
“cia, contribuya a su desgracia, en tanto que con ópio se pue-  
“de matar sin que se perciba que se le suministra la persona  
“que lo toma”.

Y sosteniendo con Carrara, contra Pessina y Crivellari,  
que requiere el empleo de la insidia, luego de advertir la nece-  
sidad de que el veneno sea introducido al organismo por deglu-  
tición, inyección, absorción, aspiración o en cualquier otra for-  
ma, dice: “Porque la violencia, en el arsenal de los medios de  
“delinquir, es una cosa muy distinta de la insidia y del engra-  
“ño, se explica que no deba ser considerado reo de asesinato  
“por envenenamiento el que da la muerte a una persona, obli-  
“gándola violentamente a tomar un veneno. Un homicidio de  
“este modo realizado no es hijo de la astucia, sino de la fuer-



“za. El criminal que puede deshacerse de su víctima luchando con ella, hechándole un nudo al cuello o clavándole un puñal. “preñere emplear la fuerza para vencer la resistencia de la de “fensa y obliga a la víctima a tragar la dosis ponzoñosa. La “cantidad política de este hecho no es análoga a la cantidad “política que determina las especies de delitos que como asesinos se castigan. El criterio gradual resulta en aquel caso “de la fuerza: en estos otros de la insidia, del engaño y de la “inseguridad de los medios dolosos para matar empleados por “el agente”.

Crivellari (t. VII p. 736) es de opinión que en el concepto de veneno quedan comprendidas sólo las substancias que obran químicamente y no las que obran mecánicamente. Lo mismo Nypels con la jurisprudencia belga, examinando un caso de muerte por ingestión de vidrio molido, a base de una disposición legal que permitiría la interpretación de Groizard, y también Blanche sobre una disposición análoga del código francés, contra un fallo de la Corte de Casación francesa favorable a la opinión de Groizard (Nypels t. II p. 641 y Branche t IV p. 395).

Pero tanto la cuestión relativa a los medios químicos o mecánicos, cuanto la que concierne al empleo de insidia o de violencia, carecen de importancia en las legislaciones que no preven especialmente el veneno como medio que determina una agravación calificativa. En ellas tendría acogida la opinión de Groizard, porque la cuestión se reduciría a establecer si el veneno queda o no comprendido en la alevosía; y es sabido que ésta no excluye el empleo de un medio mecánico, y, en su concepto clásico, se caracteriza por la insidia o la traición.

Los casos de reclusión perpetua del art. 80 no reconocen atenuante alguna, si se exceptúa la del art. 82.

Las agravaciones de precio y alevosía dan lugar a la denominación vulgar de *asesinato*. “Asesino, dice Escrihe, es el “que mata por dinero u otra paga; y en general todo homicida “alevoso. La voz asesino viene de ciertos pueblos llamados “*Asasini*, que habitaban en los montes de Fenicia, y de los cuales se valían los Sarracenos para que matasen alevosamente “a los príncipes cristianos, a fin de libertarse con su muerte “del azote de la guerra. Desde entonces se trasladó esta deno-

“minación a los sicarios, homicidas, salteadores, y con especialidad a los que para matar alquilan sus obras o pagan la “ajenas”. Para ellos, pues, matar por precio era matar con alevosía.



11.—En el *homicidio provocado* por injurias graves e ilícitas debe tenerse presente, en cuanto a los ultrajes o injurias de hecho, como p. e. un golpe de bastón o de puño, que no será aplicable el inciso si el golpe no fué dado con ánimo de ultrajar sino de causar un daño físico (Liszt t. II p. 27 nota 3). A menos que el homicida haya sufrido ultraje en razón de las circunstancias particulares y así lo haya entendido con fundamento.

Es de notarse igualmente: que la injuria no tiene aquí un significado estricto, pues de ser así no se incluirían casos como el de adulterio (la cámara de la capital federal y Liszt); que para que la reacción excuse, ha de producirse bajo la acción de la perturbación causada por la ofensa o la injuria; que esta causa de atenuación puede ser de una energía tal, que llegue a importar un motivo de extensión de responsabilidad, si, dadas las condiciones de las personas, el lugar, etc., resultaren de tal manera graves, que hubiesen producido una perturbación completa mental, en cuyo sentido fué resuelto el caso de Brown Arnol, que mató en plena sala del entonces *Teatro Nacional*, a raíz de una bofetada recibida en ese lugar y en las circunstancias mencionadas.

No es indispensable que las ofensas o injurias sean personales; excusan lo mismo las inferidas a nuestros padres, hijos o cónyuge. Así lo tiene resuelto la jurisprudencia, con sobrada razón por cierto, ya que pueden éstas ser menos tolerables que las propias. Además lo favorable al delincuente es susceptible de extensión. Puede verse el n° 130, t. I.

Las consideraciones formuladas sobre el parentesco natural y adulterino, en lo concerniente al parricidio, son aquí de aplicación.

Del que, no obstante excluir la muerte como resultado de su acción, la causa sin embargo con ocasión de querer producir sólo un daño en el cuerpo o en la salud, puede decirse que obró con dolo en cierto modo eventual, desde que pudo y debió





prever la posibilidad del evento. Este dolo recibe en la doctrina la denominación de *preterintencional*. Pero es menester que esa exclusión resulte demostrada, en primer término porque "el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte" (art. 81), y no es por lo tanto suficiente la sola afirmación del delincuente.

Respecto al homicidio por justo dolor, debe tenerse presente que es necesario haya *sorpesa*, o lo que es lo mismo, que el matador no haya sabido o tenido motivos para sospechar. Es menester, decía Tejedor, que el matador no haya promovido, causado o tolerado la prostitución de su mujer, hija o hermana. La sorpresa, pues, tiene un doble sentido: objetivo y subjetivo. (Ver t. II n° 110). De no mediar la sorpresa en el ilegítimo concubito, no podría alegarse el estado de emoción *violenta* que sirve de fundamento a la atenuante, ni la condición conjunta de *excusable* por las circunstancias, que también requiere el art. 81.

12.—No se reprime al *suicida*, por imposibilidad material en el caso consumado y por fuerza de lógica en la tentativa. No sería en verdad razonable reprimir la tentativa de un hecho cuya consumación impone la impunidad. Se alega, además, que, no atentando contra el derecho de otro, no puede verse en ello un delito, por reproable que el hecho aparezca ante los preceptos de moral social.

No lo entendieron así los griegos, donde se cortaba la mano suicida, se privaba al suicida de sepultura y se infamaba su memoria. Más humanos y más cuerdos los romanos, reaccionaron contra este extraño sistema. Esto no impidió que el derecho eclesiástico regresase tristemente, regresión de la que aún quedan algunos leves vestigios en una que otra legislación. El mismo Tejedor cayó en ella, pues reprimía el suicidio con la anulación de las disposiciones de última voluntad y la privación de los derechos civiles, con lo que se llegaba, como antes, al absurdo de hacer sufrir las consecuencias del hecho a los que ninguna culpa les era imputable.

La represión es, por lo tanto, para el que instiga o ayuda al suicida, con una pena atenuada por razón del móvil, y en el



código derogado era únicamente para el caso del suicidio consumado, de manera que quedaba impune la tentativa.

La razón era aquí análoga a la de la impunidad de la tentativa del suicida, en el sentido de que no había justicia ni lógica, en dejar impune la tentativa del suicida y reprimir la del instigador o cooperador. En cambio no existía óbice en el acto consumado, toda vez que la imposibilidad de hecho de reprimir al suicida no alcanzaba al instigador o auxiliador. Además, no siendo el suicidio un delito, bastaba con reprimir la cooperación cuando la muerte tenía lugar.

Se erigía de tal suerte el auxilio o la instigación al suicidio, en una infracción *sui generis*, para cuya punibilidad se requería, a la manera de la culpa, la tentativa de aborto por parte de la embarazada y las faltas, el daño efectivo.

Es la moderna tendencia, en la que se han colocado, entre otros los códigos de Italia y Uruguay, en camino de reacción contra la de reprimirlo como delito en el suicida, de las antiguas leyes españolas e italianas.

Otra cosa es que el tercero se convierta en ejecutor. Aquí ya la opinión más generalizada ve un homicidio común. El código, por su parte, atenúa la pena sólo en los casos de *instigación o ayuda*.

"No basta, dice sin embargo Chaveau, para que haya homicidio o asesinato, que en el pensamiento haya existido la voluntad de matar, porque esta voluntad no es esencialmente criminal. Es preciso además que nazca de la perversidad y deseo de dañar, que se proponga cometer un delito. ¿Existe esta voluntad criminal cuando una convención liga al agente y la víctima? ¿Cuando aquél no hace más que obrar por la orden de éste? ¿O cuando las dos voluntades se reúnen y concurren a la perpetración del homicidio? Evidente es que este hecho modifica completamente la criminalidad de la acción. Ella no procede de la violencia, de la avaricia o de otra pasión odiosa; sino de una falsa piedad, de una consagración mal entendida. El agente deriva su interés, no ya de la satisfacción de sus deseos personales, sino de la de la víctima. Es evidente que su acción difiere del asesinato, como la culpa lata del dolo, como la preocupación del crimen, como la ignorancia grosera de una voluntad culpable. El ha querido lo



"muerte de la víctima porque ella misma la quería, ha prestado su brazo a la ejecución del homicidio, porque ella misma imploraba su auxilio. Pero antes de ese impulso no había concebido el pensamiento, no lo había meditado en secreto. Ningún interés ni pasión lo animaba. La resolución era criminal sin duda, pero no criminal en el sentido de la ley penal. Tenía la voluntad de matar, pero no tenía el pensamiento que pudiese dañar, quitando la vida al que quería morir. Su acción es culpable, la conciencia la reprueba, la sociedad debe castigarla: pero con otra calificación que la de homicidio o asesinato."

La cooperación, por lo tanto, del tercero, por material, directa, inmediata, eficaz y personal que fuera, no quitaba al hecho la calificación y penalidad específicas: su participación no recaía en un homicidio sino en un suicidio.

El código vigente, por una enmienda del senado, reprime la instigación aún en la tentativa.

La pena, por lo demás, es para el caso de uno a cuatro años de prisión (art. 83).

13. — Otra figura del homicidio es la constituida por la muerte producida *en riña, pelea o agresión*, en que tomaren parte más de dos personas, sin que sea posible establecer quien de los que ejercieron violencia contra el ofendido la causó. En ella es la imposibilidad de fijar las respectivas responsabilidades lo que constituye la causa de atenuación de la pena, según se ve, de carácter absolutamente objetivo.

Son, entonces, condiciones específicas de esta figura de homicidio: la participación de *más de dos* personas; que sean varios los que hayan ejercido violencias; la imposibilidad de establecer quién o quiénes de ellos causaron la muerte. Estos elementos son todos de carácter material.

Puede ocurrir que hayan una o más heridas mortales, y no conste quién o quiénes las infirieron, o que ninguna sea mortal, y que la muerte se produzca a consecuencia del número de heridas.

Se ha dicho a este respecto, que se consagra un principio de equidad a medias, dado que, como observa Liszt, para algunos de los partícipes resultará una causa de atenuación ex-



cesiva, en tanto que para otros la pena será de una severidad desproporcionada. Mas la verdad es que no se advierte de qué distinta manera podría resolverse el caso en mejor justicia.

Define Carrara la riña diciendo, que, consiste en la *lucha súbita por motivos individuales*. *Lucha súbita*, para diferenciarla del duelo, y por *motivos individuales*, para diferenciarla de los delitos contra el orden público. Sin embargo, la ley no distingue entre lucha improvisada o concertada, y en cambio queda excluido el duelo, por el solo hecho de requerir aquella la participación de *más de dos personas*.

Es posible la complicidad en el sentido del auxilio y de la instigación, y tal vez la agravante de pluralidad de delincuentes; no obstante constituir dicha pluralidad una condición de esta figura de homicidio, si p. e., medió concierto

La pena para el homicidio en riña, es de dos a seis años de reclusión o prisión (art. 95).

El art. 84 legisla, por fin, el homicidio por culpa, disponiendo que quien lo causare por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, sufrirá prisión de seis meses a dos años y, en su caso, inhabilitación especial por cinco a diez años.

14. — Llámase *infanticidio* a la muerte del feto naciente o recién nacido, efectuada por la madre o ciertos parientes, con el objeto de ocultar la deshonra de la primera.

Tres son, pues, las condiciones específicas de esta figura de delito contra la vida, a saber: el *tiempo*; el *móvil*; la *calidad de las personas*. Material el primero y morales los últimos.

Si se ejerció violencias por *error* sobre un feto muerto, creyéndolo con vida, no habrá hecho punible por falta del elemento objetivo, la vida del feto. Véase, sin embargo, el art. 44.

En cuanto al tiempo, ha de ser para la madre mientras se encuentre bajo la influencia del estado puerperal, aunque sea con posterioridad al momento del nacimiento, y para los parientes de ella, previstos en el artículo, mientras se encuentren bajo la emoción violenta que el hecho les haya producido, aunque sea con posterioridad al acto del alumbramiento, y para lo que se ha de tener presente la observación hecha respecto



del homicidio por justo dolor. El móvil ha de ser el de ocultar la deshonra, y la calidad de las personas se refiere al vínculo de cierto grado de parentesco entre el victimario y la víctima.

"El segundo elemento del infanticidio, dice Tejedor, es que "la criatura nazca viva; pero no es necesario como lo pensaban muchos autores que nazca viable. Esta opinión, último resto de la antigua ley que permitía el homicidio de los niños débiles, se funda en que la criatura que no nazca viable se juzga que no existe para la ley. Pero esta opinión no puede seguirse hoy. La ley penal no se explica sobre el grado de vitalidad que debe poseer la criatura para que su muerte sea un crimen. Ella no determina ni el tiempo de la gestación, ni el de desarrollo que debe tener. Basta que haya existido, por ligera que haya sido la existencia. No se necesita siquiera que viva la vida extra-uterina, es decir, que se efectúe la respiración. Cualquier movimiento o grito que atestiguase la vida, bastaría para que la ley viese un crimen. ¿Con qué derecho se dispondría de la vida de un ser humano? ¿Ni por qué sería permitido precipitar su carrera?..."

La parturienta, pasada la influencia del estado puerperal, y los padres, el esposo, los hermanos, los hijos, pasado el estado de emoción violenta, incurrir en homicidio simple o parricidio.

El *fruto* ha de ser *ilegítimo*, o por lo menos ha de tenerse por tal de buena fe.

"No es sino en el caso del nacimiento de un hijo ilegítimo, dice el comentario oficial del código de Baviera, que los móviles ordinarios del infanticidio, es decir, el deseo de conservar su honor, el temor de la vergüenza pública y la perspectiva de la ruina de toda su vida, obran sobre la madre, y, combinándose con el estado de excitación extrema en que se encuentra el sistema nervioso de una mujer que ha alumbrado, determinan al legislador a no mostrarse riguroso, y se abstiene entonces de pronunciar la pena de muerte contra un hecho que presenta sin embargo todos los caracteres de un homicidio premeditado."

Tiene empero importancia, también aquí, el error en que se haya incurrido acerca de la ilegitimidad del feto. Y así, si se matare a un recién nacido, que según la presunción de la



ley sería considerado hijo legítimo por haber ocurrido el alumbramiento dentro de los trescientos días de extinguido el matrimonio o de los ciento ochenta de celebrado (art. 240 del código civil), para Liszt sería infanticidio si se procedió por error, creyéndoselo de buena fe adulterino o natural, y movido el agente por el deseo de ocultar la supuesta deshonra. Carrara participa del mismo parecer, cuando sostiene que la mujer casada puede en esos casos probar el origen adulterino de su hijo. Y es natural: la razón moral existe y únicamente falta su realidad objetiva, falta que queda cubierta por el error (ver t. II, nº 115).

Faltará, en cambio, el móvil de evitar la deshonra, si se sabe que el hijo es legítimo, si la madre es prostituta, si ha tenido otros hijos en análogas condiciones, o si el matador tenía conocimiento de que la deshonra era ya conocida.

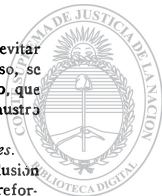
Los parientes de la madre son impulsados por un sentimiento de honor, por lo menos tan respetable como el de ella, y cabe hacer notar que por razones parecidas, aunque de orden inverso, son de aplicación al caso las consideraciones hechas, en el parricidio y el homicidio provocado con injurias graves e ilícitas, sobre el parentesco natural y adulterino, como igualmente sobre el falso parentesco.

Lo mismo puede cometerse infanticidio por *acción* que por *omisión*, como si se omitiere de propósito adoptar las diligencias necesarias para que viva el recién nacido (Carrara, Crivellari, Liszt).

Puede así mismo cometerse por culpa (art. 84). Ejemplo el de la madre que oculta en un baúl al hijo para que no se le oiga llorar, mientras viene por él una amiga, cuya demora en llegar da lugar a que se produzca la muerte por asfixia. No hay que confundir, sin embargo, el caso de culpa, con el de dolo eventual previsto por el art. 107.

Según Carrara la razón de la aminoración de la responsabilidad reside, no sólo en el móvil de salvar el honor, sino también en la menor cantidad política o temibilidad o daño moral mediato. Hay una más, y es el estado de perturbación fisiológica de la parturienta y el emotivo de los parientes.

Con el homicidio se diferencia en que en el infanticidio se requiere el parentesco entre el sujeto activo y la víctima, en la



edad de la víctima, y en que el propósito debe ser el de evitar la deshonra de la madre. Mas en uno como en otro caso, se requiere que la vida sea extrauterina, o, lo que es lo mismo, que el feto esté naciendo o haya salido totalmente del cláustro materno.

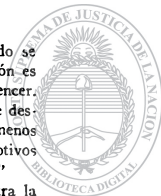
Puede verse lo dicho en las *Consideraciones generales*.

La pena del infanticidio (art. 81, in. 2º) es de reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años. Esta reforma de la comisión del senado ofrece la doble particularidad, de que en la reclusión no se fija el mínimo y de que el tiempo es menor para la prisión, cuando el sistema general del código es el de fijar siempre el mínimo y el máximo, y en equiparar en el tiempo la reclusión y la prisión al ser impuestas en forma alternativa. Cabe sin embargo tener presente en cuanto a lo primero, que la omisión del mínimo, única en todo el código, se debe a un error material, pues la comisión expresa en la p. 82 de su informe, que el mínimo proyectado es de un año.

15. — El *aborto* punible es el alumbramiento procurado, con ánimo de obtener la muerte del feto. Por eso Carrara le llama *feticidio*. Puede también hacerse preceder la muerte a la expulsión del feto, produciéndola dentro del seno materno.

No se reprime sino el aborto procurado, y por consiguiente se excluye la culpa; según Carrara, por una razón análoga a la de la impunidad de la tentativa. Y como además se requiere que el propósito sea el de procurar la muerte del feto, no habrá responsabilidad si se provocó el aborto con otro propósito que no fuera el de hacerlo morir.

"Algunos autores, dice Tejedor, después de notar que el crimen tiene su origen en los mismos motivos y produce los mismos resultados que el infanticidio, han parecido dispuestos a confundir los atentados. Pero esta aproximación no sería justa. En el estado de relajación en que se hallan las costumbres, decía con razón Cambaceres, es posible que una madre seducida por una falsa vergüenza, crea prevenir más bien que extinguir la existencia de la criatura que lleva en su seno: mientras que dar muerte al hijo después de nacido, es un acto de barbarie, cuyo horror no puede paliarse por ninguna ilusión. Esta distinción es evidente. La mujer embarazada no es todavía madre. No está retenida por el amor de



"una criatura que no conoce, y es más excusable cuando se  
"deja arrastrar por el solo temor del deshonor. Su acción es  
"menos atroz, porque tiene menos repugnancia que vencer.  
"¿Qué seguridad hay, por otra parte, de que este ser que des-  
"truye hubiese continuado viable? La criminalidad es menos  
"grave, y los resultados menos funestos. Estos dos motivos  
"colocan necesariamente el aborto abajo del infanticidio."

El *elemento específico* de esta figura de delito contra la vida consiste, entonces, en la destrucción de una vida intrauterina, y es de carácter material.

La ley, como ya se dijo antes, divide la vida humana en dos periodos fundamentales: el primero de vida intrauterina, cuyas funciones de nutrición y respiración se realizan en forma placentaria, época en que es posible cometer el delito de aborto; el segundo en que el niño nace o ha nacido y respira fisiológicamente, sea que aún esté unido al seno materno o del todo separado, momento en que caben el homicidio o el infanticidio.

El delito contra la vida, por lo tanto, queda reducido a dos figuras primarias: aborto y homicidio, puesto que el infanticidio es un homicidio calificado.

Siendo el aborto un delito contra la vida, si el feto estaba muerto o si no había embarazo, no habrá ni aun tentativa, por falta de elemento objetivo. Más si expulsado el feto vivo se le matase después, habrá infanticidio, siempre que concurren los requisitos por la ley exigidos para esa calificación: de lo contrario habrá homicidio. Véase sin embargo el art. 44.

Puede causarse por la madre o por terceros, con o sin consentimiento de la misma, siendo más grave en el último caso, y más aún si fuese seguido de la muerte de ella. La madre tiene menor pena. Este caso, por lo demás, y el del suicidio, prueban que el consentimiento de la víctima no excusa.

Los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos son responsables cuando *abusaren* de su ciencia o arte para causar el aborto o cuando cooperasen a causarlo. Vale decir que no serían responsables en casos como aquel en que la vida de la madre corre peligro si no se provoca el aborto. No es lo mismo una vida cierta y vinculada a tantos intereses sociales y de familia, que aquella que sólo importa una esperanza, según el





decir de Carrara. Y la irresponsabilidad en el caso se fundaría en la causa de extensión admitida por la ley para el que causare un mal por evitar otro mayor inminente, al que ha sido extraño, caso de necesidad previsto en modo general por el art. 34 inc. 3°. En rigor, pues, no se requeriría aquí una previsión especial. Dicha disposición y el vocablo *abusaren* bastarían para despejar toda posible dificultad. La ley, sin embargo, por enmienda del senado, ha limitado la extensión de responsabilidad al médico *diplomado*, que causare el aborto o coopere en él, *con el consentimiento de la mujer en cinta* y a fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, siempre que el peligro no pudiese ser evitado por otros medios (art. 86 inc. 1°).

Así como hay en la enmienda palabras demás, hay poca claridad sobre el verdadero alcance del vocablo *abusaren* de la primera parte, dada la limitación establecida en la segunda.

Hay aún más; podría faltar el consentimiento de la madre. y, no obstante, ser el aborto necesario para salvarla. Tal el caso en que se hallare privada de razón y la medida se impusiese con carácter urgente. La solución tendría que ser, lógicamente, la misma: por lo que dispone el art. 34 inc. 3°; por el espíritu, concordante, que informa el fondo del art. 86; por aplicación analógica de lo dispuesto en el inc. 2°; por lo expresado por la comisión reformatora del senado en la p. 83 de su informe.

Y aquí otro punto mal legislado. El inc. 2° dispone que el mismo médico *diplomado* estará exento de responsabilidad, si el embarazo proviene de una violación, o *de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente*, olvidando, no obstante la advertencia que oportunamente formulé, que el abuso deshonesto excluye la cópula, y, por lo tanto, el embarazo.

Y agrega el inciso, que si la madre es idiota o demente, habrá de requerirse el consentimiento de su representante legal. ¿Y si el caso, como ya se ha observado, fuere urgente?

Lo plausible del inciso es la medida preventiva de carácter eugénico que contiene, concordante con la del art. 13 inc. 2° Véase p. 83 del informe de la comisión del senado.

Ambos incisos han sido tomados del proyecto suizo.



El aborto puede provocarse por *medios morales* o *materiales*. Aun cuando Carrara sostiene que la madre no puede usar de medios morales, en mi sentir nada se opone a que ella se procure una sensación de espanto.

Los medios materiales pueden ser *externos* o *internos*, *dinámicos* o *mecánicos*.

Es susceptible de *tentativa*, la que sin embargo en la madre no es punible (art. 88), en consideración: a las conveniencias de evitar el escándalo; a la conveniencia de proteger al feto, invitando a la madre al desistimiento, y a la particularidad, según Liszt, de que no puede decirse con propiedad que el feto, antes de nacido, tenga vida independiente de la madre, razón en que, según él, se apoya la no incriminación, como delito de aborto, de su tentativa de suicidio o del atentado de un tercero contra ella, cuando resulta aquél como consecuencia. El art. 87 se pronuncia en contra de esta conclusión: aborto consecutivo o un acto de violencia, sin el propósito de causarlo, pero siendo notorio el embarazo o constándole al agente.

Este caso es de dolo y no de culpa, según Carrara y Rivarola. El acto de ejercer violencia es en verdad ilícito, y además no se reprime la culpa en el aborto.

Se diferencia del homicidio, en que la vida que se suprime es intrauterina, y del infanticidio, en eso mismo, en el móvil y en la calidad del sujeto activo, que debe ser alguno de los parientes expresamente indicados.

El móvil del honor, que no es aquí una condición, como lo es en el infanticidio, debiera determinar una disminución calificativa de la penalidad.

Las penas en los casos de aborto son: con el consentimiento de la madre, reclusión o prisión de uno a cuatro años, y sin él las mismas de tres a diez, pudiendo elevarse hasta seis en el primer caso y hasta quince en el segundo, si el aborto fuese seguido de la muerte de la madre (art. 85). Los médicos, parteras, etc., tendrán además inhabilitación por doble tiempo (art. 86). La madre es reprimida con prisión de uno a cuatro años (art. 88), y el caso del 87 con prisión de seis meses a dos años.

**16.**—Llama lesión la ley a todo daño en el cuerpo o en la salud (art. 89).



Lesión corporal, dice Liszt, es la perturbación ilícita de la integridad corporal de otro. Pero dado que la ley habla de *daño causado en el cuerpo o en la salud*, se infiere que no se puede decir con propiedad lesiones corporales, como lo hacía el código derogado, ya que puede haber lesiones donde sólo hay trastorno mental, según claramente se ve en los arts. 90 y 91.

La ley reprime, tanto el daño que afecta la salud como el que sólo afecta el cuerpo sin afectar la salud, de lo que resulta que la incapacidad para el trabajo no constituye una condición del delito, pues la ley no la requiere como tal, sino que únicamente importa un criterio de evaluación, en orden a la clase de pena.

El *consentimiento de la víctima* no excusa, según Liszt que cita las opiniones conformes de Binding, Birkmeyer, Heimberger, Finger, Hippel, Meyer-Alfeld y Olshausen. También Bar, Frank, Merkel, Oppenheim y Löffler, aunque éstos en sentido relativo, pues están por la impunidad en los casos de lesiones leves.

El consentimiento de la víctima, en todo caso, podría valer como atenuante, aplicando por analogía lo dispuesto sobre el homicidio-suicidio y el aborto, conforme a la opinión de Liszt.

Carrara sostiene que la lesión consentida sólo es punible cuando el fin es doloso; como la mutilación del conscripto con el propósito de eludir el servicio militar.

La lesión puede a veces ser calificada de tentativa de homicidio, lo que sin embargo no es común, por la dificultad de establecer el *animus necandi*, que no es siempre puesto de manifiesto, por indicaciones como la naturaleza del medio empleado, la gravedad de la lesión, el número y situación de las mismas, etc.

La tentativa de lesión prácticamente punible constituye un delito *sui generis*, que es el de *agresión o abuso de armas* (arts. 104 y 105). Este delito puede, como el de lesiones, importar una tentativa de homicidio, en las mismas condiciones.

Para que la agresión sea punible debe ser con arma. La ley reprime más severamente la agresión con arma de fuego (que consiste en hacer uno o más disparos contra una persona),

por razones bien obvias por cierto: el mayor peligro y la mayor alarma.

Arma es todo medio apto para producir un daño en el cuerpo o en la salud, que no sean sus propios medios corporales. Sería así, arma un bastón, una piedra, etc.

En el *d'sparo de arma de fuego* contra una persona, la pena no cambia en razón de la lesión que produzca, si por su gravedad no apareja la imposición de una pena mayor. Véase lo que se agrega al final.

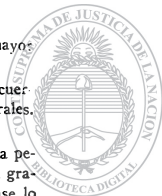
Descartada la lesión genérica a que se refiere el art. 89, en los arts. 90 y 91 se mencionan las lesiones específicas caracterizadas por las circunstancias agravantes propias y calificativas de este delito, en orden a su distinta gravedad a cuyo efecto se las distribuye en dos grupos.

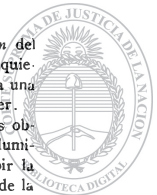
Puede verse los demás casos de lesiones en los arts. 104 a 107, 122, 123, 142, 166, 191, 193, 194 y 196.

La *gravedad* de las lesiones varía. Es mayor si se produce incapacidad para el trabajo por más de un mes, o una debilitación permanente de la salud, de un sentido o de un órgano, una dificultad permanente de la palabra, una deformación permanente del rostro, o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido (art. 90); y aún más si se produce inutilidad permanente para el trabajo, una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la pérdida de un órgano o un miembro o de su uso, de un sentido, de la palabra o de la capacidad para engendrar o concebir (art. 91).

La *incapacidad para el trabajo* es del trabajo en general y no del profesional. Es esta la doctrina corriente, y Carrara dice que la incapacidad relativa para el trabajo profesional sólo puede ser tenida en cuenta a los efectos de la indemnización civil, pues la de carácter penal es la absoluta. Por lo demás sólo constituye un criterio de agravación y no una condición del delito: véase el art. 120 inc. 2º del código derogado.

No excusa la circunstancia que la víctima pueda reponer artificialmente el miembro mutilado o disimular la deformación del rostro, porque la pena no tiene por objeto reparar el mal causado. Además el argumento de la lesión que pone en peligro la vida.





El concepto de gravedad por razón de *deformación del rostro* es relativo y corresponde por entero a los jueces, quienes deben ver en cada caso a la víctima. Lo que no importa una deformación para el hombre puede importar para la mujer.

La *pérdida de la vista* significa dejar de percibir los objetos individualizándolos, aunque la simple percepción luminosa persista, pues el mal no consiste en dejar de percibir la luz sino en la pérdida de los beneficios que reporta el uso de la vista para las aplicaciones de la actividad ordinaria de la vida, tanto de orden material como de orden moral.

La jurisprudencia tiene establecido que la pérdida de un ojo no constituye la pérdida del sentido de la vista; pero podría apreciarse, según el caso, como su debilitamiento, sino importase una deformación permanente del rostro.

Otro tanto puede decirse de la *pérdida del oído*, aunque persista la percepción inarticulada de los sonidos.

Son también agravantes calificativas todas las del homicidio, y atenuantes, también calificativas, las injurias graves e ilícitas y el justo dolor, en las mismas condiciones que para este delito, y en general la emoción violenta excusable por las circunstancias.

Las lesiones pueden, como el homicidio, ser un delito fin, medio u ocasional. Aquí como allí se trata únicamente de los dos primeros, siempre que las lesiones inferidas como medio constituyan un delito más grave que el delito fin.

Es aplicable a las lesiones lo dicho en el homicidio sobre el móvil los medios y las agravantes y atenuantes calificativas, y sobre la culpa, la concausa, el *errore personæ*, el *aberratio iactus*, el homicidio en riña y la nulidad del matrimonio.

En el caso de robo (art. 166 inc. 1º) se aplicará esta disposición y no la del art. 92 de las lesiones en lo referente: no sólo por tratarse de una pena más grave, sino porque una disposición de carácter general debe ceder ante otra de carácter especial.

Las penas son las siguientes: para la lesión simple, prisión de un mes a un año (art. 89); para las del art. 90, reclusión o prisión de uno a seis; para las del art. 91, reclusión o prisión de tres a diez. Mediando agravantes del art. 80, la pena del art. 89 es de seis meses a dos años, la del 90 de tres



a diez y la del 91 de tres a quince, y concurriendo la atenuante del 81 inc. 1º letra a), la del art. 89 es de quince días a seis meses, la del 90 de seis meses a tres años y de uno a cuatro la del 91.

La lesión por culpa hállase reprimida por el art. 94 con multa de doscientos a mil pesos, y, en su caso, además con inhabilitación especial por uno a cuatro años, y los arts. 95 y 96 reprimen la lesión en riña, con reclusión o prisión de uno a cuatro años las de los arts. 90 y 91, y con cuatro a ciento veinte días de prisión las del 79, penalidad a todas luces desproporcionada.

La agresión, finalmente, o el abuso de armas, tiene por el art. 104 uno a tres años de prisión si es con arma de fuego, y por el 105 quince días a seis meses de la misma pena en los demás casos.

Agrega el artículo que la pena aumentará o disminuirá en un tercio, si concurriere alguna de las circunstancias previstas en los arts. 80 y 81 inc. 1º letra a), y aún cuando esta disposición parece, por su colocación, referirse únicamente al caso del art. 105, en realidad se refiere también al del 104.

En este concepto la propuse en "Revista Argentina de Cs. Ps." n° 92, proyectando al mismo tiempo reducir los dos artículos a uno solo, y aquella como agregado final. El senado aceptó, pero la cámara de diputados, que también la aceptó, insistió sin embargo en mantener los dos artículos separados, a fin de no alterar la numeración del proyecto (véase el informe de la comisión especial), y fué así como, por error material, el agregado quedó como parte del art. 105 y no como común a ambos.

Huelga, por lo demás, toda demostración por evidente.





### Del duelo y el abandono de personas

**DUELO.** 17. — El duelo en la antigüedad. 18. — Cuestión sobre legislación especial. 19. — Clasificación. 20. — Definición. 21. — Elementos. Carácter ofensivo de la lucha, el móvil, el dolo, las armas. 22. — El duelo consumado y el desistimiento. 23. — Circunstancias. 24. — Personas responsables. La instigación y la provocación delitos perfectos. 25. — Penalidad de los duelistas, los instigadores y los padrinos. **ABANDONO DE PERSONAS y negación de auxilio.** 26. — Clasificación. 27. — Definición y elemento material. 28. — Elemento moral. 29. — Agravantes calificativas. 30. — Atenuantes calificativas. 31. — Negación de auxilio. 32. — Consumación.

17.—Antiguamente no se conocieron los duelos, tal como se estilán desde la edad media al presente, o sea los de honor. Apenas si se los conocía en la forma de luchas de destreza y de fuerza (los gladiadores), o bajo el punto de vista político o patriótico (los horacios y curiacios en Roma, David y Goliat frente a los filisteos).

También estuvieron en uso como medio de hacer justicia. Eran duelos por la verdad a falta de prueba: duelos solemnes o juicios de Dios, en los que había reto y aceptación. bases y padrinos en presencia de la autoridad. Era el duelo judicial.

El vencido era el penado, porque su derrota probaba su falta de razón, dado que se confiaba en que Dios no permitiría que fuese vencido quien la tuviese de su parte.

Más tarde, con el progreso de la legislación y de la justicia, desaparece esta forma brutal y absurda de probar la verdad de los hechos, y es después de las cruzadas, con el florecimiento del espíritu caballeresco, que Don Quijote batió en retirada, que nace el duelo por el honor; forma de reparar el agravio al honor, duramente combatida, pero al fin consagrada por la opinión y respetada por la ley hasta el presente, si se exceptúa las leyes francesas, inglesas y norteamericanas.





Quien quiera conocer mejor el estado de la opinión entre nosotros, puede recurrir al informe de la comisión de diputados (1917) p. 103. y a la disidencia del senador doctor E. del Valle Iberlucea en la p. 87 del informe de la comisión del senado.

Cabe recordar, como resultado de la reacción producida a consecuencia del abuso de tan abominable y absurdo prejuicio, el decreto de diciembre 4 de 1814, que lleva las firmas de Posadas y de Moreno, y que imponía a los duelistas y sus padrinos la pena de muerte.

Otros muchos casos han logrado conmover profundamente la opinión, y entre ellos la muerte del doctor Lucio V. López (interventor en la provincia de Buenos Aires), y la de Wáshington Beltrán en Montevideo por el ex presidente Batlle y Ordóñez, ambos por causas políticas.

El mismo Batlle y Ordóñez retó a duelo, al cesar en la presidencia, a una persona que lo había injuriado siendo presidente, y el presidente Brum, también uruguayo, retó a duelo por análogo motivo, pero en ejercicio de la presidencia.

Igualmente por causas políticas se batieron Hamilton y Gambetta.

18. — Los proyectos de 1891 y 1906, inspirándose en la antigua jurisprudencia francesa, que es también el parecer de Chauveau, Groizard, Nypels y Carrara, que entendía que, no estando previsto como delito, el duelo regular no era punible, jurisprudencia que se abandonó en 1837 bajo las exortaciones de Dupin, con quien concuerda Pacheco, no habían previsto el caso de duelo regular, el que, por consiguiente, quedaba impune. Eso no ha impedido, sin embargo, que impusieran pena a los padrinos en el caso de duelo a muerte o cuando empleasen alevosía. Suprimían, por otra parte, las agravantes y atenuantes de los arts. 113, 114 y 115 del código derogado, por considerar que quedaban comprendidas en las reglas generales, que en ellos son amplias. El código vigente, con pequeñas modificaciones, mantiene el sistema del derogado.

En agosto de 1920, se ha reformado en lo pertinente el código penal del Uruguay, declarándose no punible el duelo efectuado con intervención de padrinos, en igualdad de condiciones, sin fraude en la elección de las armas, sin ajuste de condiciones que hagan casi segura la muerte y previo asenti-

miento de un tribunal de honor. En los demás casos se reprime el hecho según las disposiciones comunes, y se impone una multa a los padrinos o duelistas que públicamente censuren la decisión del tribunal de honor.



19. — El duelo no figura en todos los códigos como delito contra las personas. En algunos, como el de Italia, figura como delito contra el orden público, de cuya opinión participa Groizard, y hay quien sostiene que debe ser mirado como delito contra la justicia. Es lo cierto que la mayoría de los códigos, entre los que figuran el nuestro y nuestros proyectos, lo colocan entre los delitos contra las personas. Pero sea uno u otro sistema el conveniente, del que se derivarían en la penalidad consecuencias distintas, en lo que casi todos conviene es que el duelo debe ser materia de una legislación especial.

20. — El duelo de la ley penal es la lucha de carácter ofensivo y por motivos de honor, concertada entre dos personas, con intervención de padrinos mayores de edad que elijan las armas y acuerden sus condiciones.

21. — Desde luego los *elementos* de este delito, expresados en la precedente definición, nos dicen en primer término que la infracción supone dos o más delinquentes, o, lo que es lo mismo, que es una infracción plural. Nos dicen igualmente que, tratándose de un delito contra la vida, la salud o la integridad personal, no habrá duelo en el desafío de los que miden sus fuerzas en público, sin otro fin que el de establecer una superioridad técnica o muscular, ni en el lance concertado con el exclusivo propósito de llenar las formas; sea disparando las armas al aire, estando éstas sólo cargadas con pólvora, o en cualquier forma inofensiva. Nos dicen así mismo, que si el móvil no fuese el del honor (aunque la ley no lo diga expresamente, si bien lo dice indirectamente en el art. 100), o se llevase a cabo el lance sin las formalidades de regla, consistentes en la intervención de padrinos mayores de edad que elijan las armas y ajusten las condiciones, no habrá duelo regular, sino riña o pelea vulgar.

Surge finalmente una consecuencia más, relacionada con las armas. Liszt sostiene que si las elegidas no fuesen las cor-



sagradas por el uso y la tradición, como si se empleare el puñal, no revestirá el desafío los caracteres de duelo regular. Aun cuando nada dice la ley al respecto, es indudable que lo que ella respeta es el duelo consagrado por las prácticas sociales, que no es otro que el concertado con intervención de padrinos, por motivos de honor y empleando las armas de reglamento: pistolas y espadas. De aquí que no queden comprendidos ni los duelos con cuchillo, p. e., ni los pugilatos.

Requiere por lo demás el concierto o dolo deliberado, y por lo tanto queda excluída la culpa.

**22.** — Considera Liszt que habrá duelo consumado una vez puestas en movimiento las armas, y que el desistimiento de uno aprovecha al otro.

La ley reprime el duelo aunque no resulte lesión o muerte, con lo que queda establecido que habrá duelo consumado por el solo hecho de haberse iniciado la lucha, puestas en movimiento las espadas p. e.. Pero no en movimiento preliminar o preparatorio, como si todavía no se hubiese disparado las de fuego o asestado golpes con las blancas, en cuyo caso podría estimarse que únicamente hay tentativa.

**23.**—Dada la especialidad de este delito, las agravantes salen del marco general, para revestir un carácter particular, propio de la infracción.

Prevé el código como circunstancias agravantes calificativas, y por lo tanto con más severas penas, el caso del que provoca o da motivo a un desafío, proponiéndose un interés pecuniario o un objeto inmoral, y el del que faltase, *en daño de su adversario*, a las condiciones establecidas. Por donde se ve que el móvil juega aquí un doble papel; el de condición y el de agravante.

**24.**—Además de los duelistas y los padrinos, pueden figurar entre las personas responsables, el instigador de la provocación o de la aceptación, y el que desacredita públicamente al que no provoca o no acepta, los que son reprimidos aunque el duelo no se verifique (art. 99). Hay pues aquí un delito perfecto de instigación, como lo hay de mera provocación en el art. 100.



25.—Siendo el duelo regular, la pena para los duelistas, en el caso de heridas leves (art. 89), o de resultar ilesos, es de prisión de uno a seis meses, y en el de heridas graves (arts. 90 y 91) o muerte, de prisión de uno a cuatro años; siendo irregular, se juzga de acuerdo con las disposiciones generales sobre el homicidio y las lesiones, imponiéndose de un mes a un año de prisión si no resultase muerte o lesiones.

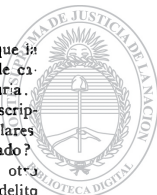
En los casos de agravantes calificativas previstos por el art. 100, el código impone: prisión de uno a cuatro años, si el duelo no se realiza, o si, efectuándose, no resultare muerte o lesiones; reclusión o prisión de tres a diez años, en caso de lesiones, y las mismas de diez a veinticinco en el de muerte. En los previstos en el art. 101, impone las mismas penas previstas para los dos últimos casos.

El instigador es reprimido con multa de doscientos a mil pesos, si el duelo no se realiza, o si, realizándose, no se produce muerte o lesión, o sólo lesiones del art. 89, y en los casos de muerte o lesiones de los arts. 90 o 91, con prisión de uno a cuatro años (art. 99).

Prevé finalmente la penalidad de los padrinos, a quienes reprime con las penas del art. 101 (art. 102), si usarenlevosía en la ejecución del duelo, con reclusión o prisión de uno a cuatro años si concertaron el duelo a muerte, o en condiciones tales que debiera ella resaltar, y la muerte se produce, y con multas de doscientos a mil pesos si no tiene lugar (art. 103).

Una consecuencia de lo que disponen los artículos 102 y 103 citados, es que los padrinos no incurrir en responsabilidad penal en los casos no previstos en los mismos.

26.—Es este, el de *abandono de personas*, uno de los delitos que tiene en los códigos las clasificaciones más variadas. Así, mientras en el código anterior se hallaba incluido entre las garantías individuales, forma parte, en el francés, el germánico, el húngaro, el italiano y el nuestro, de los delitos contra la vida y la integridad personal, que el nuestro impropriadementenomina contra las personas; en el ticinense, de los delitos contra el estado civil; en el belga, de los delitos contra el orden de la familia; en el español, de los delitos contra la libertad; etc.



c) El *delito* debe ser de *acción pública*, de manera que la imputación de delitos de acción privada, tales como los de calumnia, injuria o adulterio, sólo constituirá delito de injuria.

¿Constituirá calumnia la imputación de un delito prescrito, amnistiado, o no punible en razón de motivos particulares como p. e. el hurto entre esposos, o de un delito ya juzgado?

Para Liszt no habrá calumnia pero habría injuria, y otro tanto para Rivarola en el caso de la imputación de un delito del que el imputado hubiese sido absuelto (Liszt t. II p. 466 y Rivarola t. II p. 260). También Carrara y Carnot, Groizard y Pacheco en el mismo sentido, tratándose de una imputación verídica o un delito juzgado. En contra Impallomeni y Crivellari (Crivellari: t. VI p. 456).

La razón de los que sostienen que en esos casos no hay calumnia, consiste en que el ministerio público no tiene obligación de acusar hechos semejantes.

Puede observarse que cuando la ley ha exigido como requisito que el delito sea de acción pública, no ha entendido referirse a la situación de posibilidad práctica de ejercitarla en el caso concreto, sino a su procedencia en abstracto, como medio de fijar el concepto del delito de calumnia, haciéndolo depender de que el delito imputado sea por su naturaleza de aquellos en cuya represión prima el interés público sobre el particular. La observación valdría lo mismo contra la fórmula del código derogado: *que tenga la obligación de acusar el ministerio fiscal*.

Finalmente, como la acción no deja de ser pública porque sea popular, ni la prevalencia del interés público sobre el particular en la represión de ciertos delitos contra la honestidad, desaparece porque la ley, por razones de familia perfectamente explicables, la haga depender de la denuncia de la víctima o sus representantes (véase el n° 80, y el 180 del t. II), debe considerarse comprendidos estos casos en la disposición de la ley.

d) — Otro de los requisitos es que la *imputación* sea *falsa*.

La falsedad de una imputación puede ser objetiva o subjetiva, según que recaiga sobre el delito o la persona del imputado, o que consista en el conocimiento de esta falsedad por parte del imputante. Pero es indudable que deben concurrir ambas, para que éste incurra en responsabilidad; pues si hu-



biere obrado de buena fe, teniendo justo motivo para creer en la verdad de la imputación, siendo ésta objetivamente falsa, o hubiese hecho maliciosamente una imputación objetivamente verdadera, en la creencia de que era falsa, no habría cometido delito de calumnia: en el primer caso, por falta de malicia, excluyéndose, como en este delito se excluye, la culpa, y en el segundo, porque faltaría la base objetiva, puesto que la imputación sería verídica. Falta del elemento moral allá, aquí del elemento objetivo.

Así lo establecen los códigos de Bélgica, Alemania, Valais, Zurich y Basilea.

Puede verse en el mismo sentido a Carrara, parte especial, ts. III, núms. 1715 y 1751, y V, ns. 2614 y 2623; a Crivellari, ts. VI, p. 457 y VII, p. 1094; a Liszt, t. II, p. 466; Chauveau, t. IV, n° 1850; Groizard, t. V, p. 287; Haus, n° 303; la nota de Tejedor al art. 7, tit. 7°, parte 2ª, t. II, libro I; la jurisprudencia de la Suprema Corte de la nación, y la de la provincia de Buenos Aires, y de la cámara de lo criminal de la capital federal (ts. XIX p. 125, XXI p. 134, XXIII p. 124, XLIII ps. 117 y 138, LVI p. 22, LXXXIII p. 86). En contra la comisión encargada del proyecto de 1906 y el código del Paraguay.

No es éste, entonces, un delito que se comete por culpa. No es la ligereza del que afirma un hecho que no le consta lo que la ley tiene en cuenta para reprimir el acto, por más que tanto en uno como en otro caso el mal que la falsa imputación apareja sea el mismo, sino la malicia con que el culpable procede.

En consecuencia: si bien se tendrá al ofensor como que obró maliciosamente por el hecho de no haber probado la imputación, podrá sin embargo demostrar su buena fe.

La falsedad objetiva, además de sus aspectos *in rem e in personam* (inexistencia del delito, existencia del mismo pero inimputabilidad del imputado), aspectos que no cambian la faz de la cuestión, puesto que es la misma la responsabilidad del imputante, presenta otros, entre los cuales cabe citar los que se relacionan con lo *substancial* y lo *accidental* de la imputación.



No puede a este respecto decirse lo mismo que de la falsedad *in rem e in personam*, pues refiriéndose la ley a la imputación de un *delito*, es de todo punto evidente que la falsedad debe recaer sobre sus elementos constructivos o respecto de la identidad del imputado, siendo indiferente que recaiga sobre sus modalidades circunstanciales. Así no habría calumnia en imputar al autor de un homicidio el haberlo cometido con alevosía o en determinado lugar o tiempo, si estas particularidades resultasen falsas, pero ciertos el delito y la culpabilidad del imputado.

Otro de los aspectos, acaso el más interesante, de la falsedad objetiva, es el que ofrece considerada la parte objetiva del punto de vista del concepto del delito, refiriéndose la ley, como se refiere, a la falsa imputación, no de un hecho, sino de un *delito*, y en consideración, según se dijo en su lugar (t. I, ns. 12 y 14), a que no hay delito sin la concurrencia de sus tres elementos: material (la acción o la omisión), legal (su ilicitud) y moral (la voluntad). Faltando uno solo, el delito no se forma: así la muerte ejecutada por orden de juez competente, el apoderamiento de cosa ajena efectuado por un demente.

Bajo este aspecto, la falsedad objetiva se desdobra de nuevo en material (el hecho) y jurídica (su significación o valor legal). Así el hecho puede ser cierto, pero falsa la significación jurídica que se le asigna, como si al que mató en una perturbación completa, transitoria y no imputable de la inteligencia, violentando por fuerza irresistible, por necesidad justa, en legítima defensa, o en cumplimiento de un deber legal, se le hiciese aparecer matando intencionalmente y sin derecho o razón, o, lo que es lo mismo, como un *delincuente*, como cometiendo *delito*.

Es esta una cuestión que implicaría otra, la del error de derecho, y a cuyo respecto debe tenerse presente lo dicho en la letra c).

Queda finalmente por considerar la falsedad subjetiva, de la que se trata en el número siguiente.

### 37. — Toca ahora su turno al *elemento psicológico*

Se considera, a este respecto, que es necesario un dolo especial, dolo que se hace consistir en hacer la imputación con



ánimo de perjudicar al imputado en su reputación o crédito, y es común oír decir que no hay calumnia sin *animus nocendi*.

Groizard dice: "Para sentir esta necesidad, la de hacer intervenir un dolo especial, basta fijarse en la objetividad que los delitos contra el honor constítuyen, que no es otra cosa que la difamación pública de una persona, el propósito de dañarla, en todo o en parte, de las satisfacciones y bienes que le resultan de estar en posesión de una reputación buena. Donde ese propósito especial falta, donde la intención maligna de difamar no existe; donde la imputación no tiene por fin concreto el obrar sobre la opinión de las gentes, para mermar el buen concepto público de una persona, el delito contra el honor desaparece".

Es de advertir que este autor limita el concepto del delito al ataque de nuestro honor en la opinión de los demás.

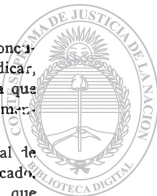
Tejedor, anotando el artículo de su proyecto, del que se tomó el actual, dice: "La intención de dañar, dice Chauveau Adolphe, es el segundo elemento de la calumnia. Pero no se trata aquí solamente de la voluntad de perjudicar a la persona denunciada. Esta voluntad es legítima siempre que el denunciante cree de buena fe en la existencia del delito. Se trata de la voluntad de dañar por la denuncia con la conciencia de que el hecho denunciado es falso; *quando quis sciens aut scire debens aliquem esse innocentis proponit contra eum accusationem aut querelam*."

Carrara impugna esta doctrina de la necesidad de que en la calumnia el dolo se configure por el *animus nocendi*, y sostiene que basta con la conciencia de la falsedad de la imputación.

Desde luego el requisito del deseo de dañar no se concilia con la calumnia dirigida directamente y en privado al imputado; a menos que se hable de deseo de dañar en el sentido de ofender, tal como en la injuria.

Pero aun en tal hipótesis, es realmente inconcebible que el ánimo de perjudicar en la calumnia divulgada y el de ofender en la privada, no acompañe, deliberada o eventualmente a la conciencia de la falsedad de la imputación. En todo caso, la conciencia de la falsedad probaría por sí sola el *animus nocendi* que es su lógica consecuencia.





El error viene de la necesidad de que en la injuria concurre el *animus injuriandi* o propósito de ofender a perjudicar, sin reparar que se puede injuriar lo mismo con la mentira que con la verdad, en tanto que la calumnia requiere necesariamente la falsedad.

En el caso de A. Fernández, la cámara de lo criminal de la capital federal ha resuelto el punto en el sentido indicado.

Debe entonces considerarse suficiente el dolo directo, que consiste en la falsedad subjetiva, o sea en la mala fe con que obra el autor de la imputación, haciéndola a sabiendas de su falsedad.

Si el error de hecho, si la buena fe excusan en tantos casos, como se ha visto al tratar de las eximentes, el homicidio y el adulterio, etc., también excusan en la calumnia.

38. — “La *injuria* se comete siempre que, fuera de las condiciones en que procedería la calificación de calumnia, se deshonra, desacredita o menosprecia a otro por medio de palabras o escritos, o por medio de hechos o acciones que no puedan importar otro delito más grave”, dice Rivarola, glossando la definición del delito dada por el código derogado, en el que figuraba el término “menosprecia”.

La injuria tiene, como todo delito, y como su especie la calumnia por consiguiente, su parte material y su parte moral.

En su parte material, tiene con la calumnia analogías y diferencias. Entre las primeras figuran los medios y las formas, de las que se ha tratado en el n° 36, y entre las diferencias las siguientes: que la calumnia únicamente nace de una imputación, aunque se usen medios materiales, como el caso citado de la calumnia real, en tanto que la injuria puede inferirse por hechos, como el ultraje; que la imputación en la calumnia ha de ser de un hecho constitutivo de un delito de acción pública, mientras que en la injuria cabe lo mismo, siempre que el delito no sea de acción pública, y también la imputación de hechos que no sean delitos, de una falta de moralidad, de un vicio, de una inconducta; que cabe en la injuria la forma implícita y la de omisión.

La injuria ha de ser inferida a la persona. Una injuria inferida al funcionario en las condiciones previstas para el



desacato (art. 244), no se regiría por las disposiciones que aquí se está examinando, sino por las relativas al último delito expresado; pues la persona privada quedaría absorbida por la pública. De aquí que, en tal caso, no es de aplicación lo dispuesto en el art. 111 (art. 245).

Injuria *implicita* es aquella que consiste en actos o proposiciones que suponen en la persona a quien se dirigen la posibilidad de obrar de manera inconveniente, como era entre los romanos acompañar en la calle a una matrona sin su consentimiento.

Ejemplo de injuria *oblicua* (la que, como se ha dicho en la calumnia, consiste en negar en sí lo que implícitamente se afirma de otro), es el propuesto por Groizard. Es Adriana Lecouvreur, quien, recitando en presencia de su rival una escena de "Fedra" de Voltaire, dice:

"No soy de esas impúdicas mujeres  
"que en los brazos del crimen paz disfrutan,  
"y cubren de una máscara su rostro,  
"donde no asoma la vergüenza nunca."

Injuria por *omisión*, un tanto discutida, es aquella que consiste en omitir llenar ciertas formas sociales consideradas de estricta observancia, como p. e., no dar a una persona constituida en dignidad el tratamiento que le corresponde: dejar en público sin contestar un saludo; saludar a los demás y pasar por alto a uno de ellos; negar la mano a quien se la extiende en presencia de otros, etc.

La imputación de un delito que resultase cierto, que hubiese sido ya juzgado, que se encontrase prescripto o amnistiado, o no fuese punible por motivos particulares, constituiría, no una calumnia, y sí una injuria grave, en opinión de Carrara, Groizard, Pacheco y Carnot (nº 36, letra c).

**39.** — No hay para qué detenerse a demostrar que la condición psicológica del delito de injuria reside en el *animus injuriandi*. La doctrina es uniforme.

No bastan las palabras, las acciones o los hechos, por agraviantes que sean, sin ánimo de agraviar. El alma del delito está pues en la intención de producir el agravio. Pero, ánimo de ofender, no precisamente de causar perjuicio.



"Para poder apreciar con exactitud y acierto si las palabras proferidas por una persona con relación a otra constituyen o no delito de injurias, no sólo hay que atender y fijarse en el sentido gramatical y acepción de ellas, sino que es necesario también tomar en cuenta los antecedentes que las motivaron, el lugar, la ocasión, y aun las circunstancias que concurrieron en el hecho, porque así únicamente se puede llegar a conocer la intención del que las profiere." Tribunal Supremo de España. citado por Rivarola.

Allí donde la dirección de la intención es otra; allí donde el propósito es la defensa de un interés legítimo cualquiera, privado o público; allí donde la persona del ofendido o sus intereses son tocados por necesidad, de paso, incidental, secundariamente: allí no habrá injuria.

Véase además lo dicho en el n.º 37.

40. — Excluyen por lo tanto el *animus injuriandi*, y en tal concepto son consideradas como excepciones, las imputaciones o apreciaciones hechas *animus corrigendi*, *animus jocandi* (hacerlo por broma), *animus consulendi* (advertir a un amigo, p. e., que no se fíe de un tercero, con el fin de que su amigo no se perjudique), *animus narrandi* (un escritor que hace apreciaciones sobre los hábitos, virtudes o vicios de una población, cuya vida y costumbres describe), *animus defendendi* (atribuir a un contrincante un hecho desdorado, p. e., que redunde en beneficio de su causa en el juicio que él le sigue), aunque en realidad, las que revisten tal carácter son la *exceptio veritatis*, de la que se trata en el n.º 46, y la *animus retorquendi* (injurias recíprocas—compensación—).

Estas últimas no son excepciones fundadas en la ausencia de dolo. Si se libra en la última de la imposición de la pena, es porque los autores no pueden quejarse ante la justicia de un agravio que ellos mismos han provocado o reprimido, renunciando a las vías legales.

La ley prevé los casos de *animus defendendi* y *animus retorquendi* en los arts. 115 y 116, cuya consideración va en otra parte.

La excusa *animus narrandi* no es admitida sin reserva, y la *animus defendendi* tiene pena por la ley, aunque disciplinaria si fuere hecha en juicio (art. 115).



"Para no poderse suponer esa intención *a priori* (la de agravar), dice Groizard, en el superior que amonesta a un subordinado, no deben ser perseguidas como injurias las expresiones que en censura de actos oficiales dirigen aquellos a éstos, aun en el caso de que lo sean en sí mismas, a no ser que se justifique el propósito de infamar con ellas a quienes se refieren. Y no sólo la crítica de los actos del inferior a un superior jerárquico, sino que tampoco la crítica en general, si no lleva oculto un pensamiento concreto de ofender a alguien, puede ser base suficiente para dar lugar a una sentencia condenatoria por injurias. El apreciar dura y agríamente actos políticos, defendiendo intereses públicos; las calificaciones depresivas o mordaces de obras literarias o artísticas, cuando se discurre acerca de su mérito o demérito; los dictámenes sobre actos profesionales o administrativos, cuando no se formulan con el solo propósito de denigrar a sus autores, no son susceptibles de dar vida a un delito contra el honor."

En análogo sentido nuestra jurisprudencia, la del Tribunal Supremo de España, la doctrina alemana y el art. 390 del código del Paraguay.

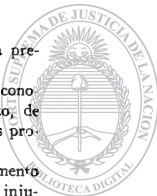
41. — La ley encuentra en las *injurias inferidas en juicio* por las partes sus representantes o defensores, en los discursos, escritos, informe o actuaciones, motivo para substituir la pena por una corrección disciplinaria, como sanción única y condición de que los escritos, etc., no hubiesen sido dados a la publicidad (art. 115).

Se explica fácilmente, si se tiene en cuenta que el propósito, más que de injuriar, es de favorecer la defensa.

Si las injurias fuesen recíprocas, el tribunal *podrá*, según las circunstancias, reconocer que hay compensación, y declarar a las partes, o alguna de ellas, exentas de penas.

Según se advierte, no basta que las injurias sean recíprocas para que el tribunal se abstenga de reprimirlas: es facultativo hacerlo, para lo que examinará las circunstancias especiales del caso.

No solamente *puede*, en consecuencia, imponer la corrección, no obstante ser recíprocas las injurias, sino que también puede imponerla a una sola de las partes.



La pena a que se refiere el inciso es la disciplinaria prevista por las leyes de procedimientos.

El fundamento de esta excepción, más comúnmente conocida con el nombre de compensación, es el ya expresado, de que las partes no pueden quejarse de un agravio por ellas provocado o reprimido, renunciando a las vías legales.

La excusa *animus defendendi* reconoce como fundamento las necesidades de la defensa, de tal manera que si las injurias fuesen a tal fin innecesarias, o dirigidas contra terceros o por terceros ajenos al juicio, la aplicación del inciso no procede.

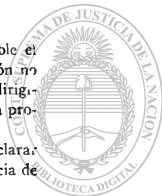
Así lo tiene resuelto la cámara de lo criminal de la capital federal en numerosos casos. Puede también verse a Crivellari, t. VII p. 1188, quien sin embargo formula sobre el particular algunas reservas.

De injuria habla aquí la ley, y teniendo este vocablo su acepción legal propia, queda excluida la calumnia. Las razones de la exclusión son por lo demás notorias: no se concibe, en primer lugar, que un delito tan grave pueda ser transformado en una mera falta de carácter disciplinario; no cabe, en segundo lugar, que la sociedad se desentienda de la imputación de un delito cuya averiguación debe interesarle; sería injusto, finalmente, que privara al imputado del derecho de exigir la prueba de su culpabilidad, a fin de aclarar su situación de presunto delincuente.

42.—Son comunes a ambos delitos las formas y los medios. (Ver nº 4 de tra a).

Hay calumnia o injuria *encubierta*, cuando la imputación no es manifiesta, expresa, terminante, precisa, categórica; cuando se emplea circunloquios, rodeos, expresiones vagas y dubitativas; cuando es velada, ocasionada a doble interpretación; cuando es equívoca, y puede dar lugar a que, ofreciéndose explicaciones, no resulte haber querido decirse lo que, por el examen del conjunto de expresiones, señas, datos, etc., aparece diciéndose.

Como no es justo que el honor o la reputación de una persona sufra impunemente porque el culpable se valga de alusiones, subterfugios, antifrasis o frases de dudoso sentido, la ley reprime también esta clase de calumnia o de injuria. Mas, ha-



biendo un lugar para la duda, pone en manos del culpable el medio de demostrar su inocencia, si realmente su intención no fué ofender o si la ofensa no fué contra el querellante dirigida. Este medio consiste en dar explicaciones, las que, para producir aquel resultado, deben ser satisfactorias.

Las *explicaciones*, para ser satisfactorias, han de aclarar lo dudoso, de manera que la falta de imputación o la ausencia de malicia, resulte lo suficientemente clara.

¿Pero han de ser ellas satisfactorias a juicio del querellante o del juez?

Es indudable que, tratándose de delitos de acción privada, si el ofendido se diere por satisfecho, la justicia no podrá ser más exigente. Pero puede ésta entender que la satisfacción deja a cubierto el honor del querellado, y sin embargo no darse éste por satisfecho. ¿Qué hacer en tal caso? La ley no lo prevé como lo hacen los códigos de Portugal y Méjico, que dejan librada la apreciación, al ofendido el primero y a la justicia el segundo.

Groizard considera que es esta última la solución razonable, dado que es la justicia la que en definitiva va a fallar. Es también esta la jurisprudencia de la cámara de lo criminal de la capital federal.

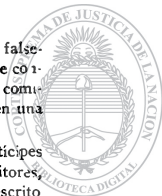
En cuanto a la penalidad, ha de completarse lo dicho con lo que sobre el particular se expresa en el n° 47.

43.—Se discute si la calumnia es susceptible de *tentativa* y Crivellari con Carrara se deciden, en términos generales, por la afirmativa (Carrara, parte general, núms. 373 y 376, y Crivellari, t. VI, p. 465).

En las calumnias reales y en las escritas, es doctrinariamente posible la tentativa, como no lo es en las verbales. Pero es lo cierto que prácticamente no se la reprime. Algo análogo puede decirse de la injuria.

44.—Así como la calumnia excluye la *culpa* (véase el n° 37), la injuria la excluye con más razón, pues requiere el *animus injuriandi*.

45.—Cabe en estos delitos la *complicidad*. Crivellari en el t. VI p. 466, reproduce algunos ejemplos de calumnia propues-



tos por Carrara; como el del abogado que, conociendo la falsedad de la imputación, patrocina al acusador, y el del que se comierte con otros para que procuren indicios reales de la comisión del delito, que él imputará falsamente a un tercero en una denuncia ante la autoridad.

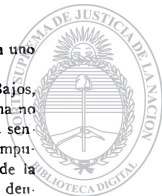
El art. 49 dispone que no serán considerados partícipes de los hechos punibles cometidos por la prensa, los editores, impresores y demás personas que prestan al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta.

Varios fallos de la cámara de lo criminal de la capital federal y Corte de la provincia de Buenos Aires, interpretando el alcance de esta excepción en casos de injuria, han establecido que el director de un diario no se encuentra en ella comprendido, desde que hace algo más que prestar una simple cooperación material, estando facultado para resolver, qué trabajos o escritos han de ser publicados y cuales no. (Ver el t. II nº 165).

**46.**—La *prueba*, en la calumnia, corre, en cuanto a la imputación, por cuenta del calumniado, y a cargo del calumniador: la de su veracidad. No probándose ésta, se tiene aquella por falsa, tanto objetiva como subjetivamente; a menos que el autor de la imputación destruya esta última presunción, probando su buena fe.

La regla de tener por falsa la imputación no probada, no es sin embargo inflexible. La cámara de lo criminal de la capital federal absolvió a un acusado de calumnia, no obstante no haber probado la imputación, teniendo en cuenta que la prueba era poco menos que imposible, porque dependía del reconocimiento que del hecho imputado quisiera hacer el querellante, y teniendo además en consideración, que obraban en autos algunos indicios en cuya virtud aparecía aquella como verosímil.

Pero es el caso que en los sistemas como el nuestro, el juicio de calumnia se sigue entre querellante y querellado, sin intervención del ministerio fiscal; de suerte que aún cuando la sentencia absuelva al querellado por haber probado la imputación, esta conclusión no hace cosa juzgada en el juicio que, en su consecuencia, promueva el ministerio fiscal.



El sistema es inconveniente, dado que las soluciones en uno y otro juicios pueden resultar contradictorias

Más racional es el sistema del código de los Países Bajos, concordante con la opinión de Groizard. Según este sistema no se resuelve la cuestión sobre calumnia sino en virtud de la sentencia firme recaída en el juicio criminal sobre el delito imputado, de manera que lo relativo a la verdad o falsedad de la imputación constituye una verdadera cuestión perjudicial dentro de la jurisdicción penal.

Habría sin embargo el inconveniente práctico de la diversidad de jurisdicción.

Sigue el mismo sistema el código de Portugal, en el caso de imputación hecha a un particular, o a un empleado público fuera del ejercicio de sus funciones.

En el proyecto de reformas al código de procedimientos penales que me encomendara el gobierno de Corrientes en 1914, se dispone que, así que aparezca la semiplena prueba del delito imputado, se dará intervención al ministerio público y se instruirá el proceso criminal, juntamente con el juicio de calumnia, dictándose una sola sentencia, en la que se resolverán las dos cuestiones.

Con la injuria no ocurre otro tanto. Debe así el injuriado probar el hecho o la imputación injuriosa, y si el propósito injurioso no resulta del hecho en sí, o de los dichos o palabras, tendrá que demostrarlo. Pero el acusado de injuria no es, en principio, admitido a probar la verdad de la imputación, porque la injuria no es tal por lo falsa, como lo es la calumnia. No siendo la falsedad una condición de la injuria, puede ésta existir en una imputación verdadera: todo dependerá de la intención. A menos que la prueba tendiese a demostrar la falta de dolo.

Desde que la sociedad no ha encomendado al ministerio público la persecución de algunos delitos y no ha impuesto penas a otros hechos o normas de conducta, no puede tener interés en la averiguación de la verdad a su respecto. Además, tratándose casi siempre de imputaciones de índole privada, el interés social y de familia exigen impedir el escándalo.

Siendo así, la admisión de la mencionada prueba no importaría otra cosa que autorizar al querellado a unir al agravio





el escarnio, con asentimiento y en presencia de la misma justicia, y sin ninguna finalidad práctica que llenar.

Puede verse los códigos italiano (394), holandés (261 y 263), húngaro (263 y 264), español (383), el proyecto de 1891 (139) y el de 1906 (114 y 115), Groizard p. 364 t. V, Pacheco t. III p. 197, Crivellari t. VII p. 1105. Bonnier t. II p. 61, y nuestra jurisprudencia.

Pero si es el querellante quien ofrece la prueba, lo mueve indudablemente el propósito de demostrar la falsedad de la imputación, para de esta suerte evidenciar el *animus injuriandi* con que afirma ha procedido el acusado. Y esta diferencia, establecida por razón de las personas y de las finalidades que cada una de ellas persigue, trae aparejada también una diferencia en la solución.

Es por eso que figura en algunos códigos, entre las excepciones a la improcedencia de la prueba de la verdad de la imputación, la de la conformidad del querellante, antes mencionada, excepción admitida por los proyectos de 1891 y 1906, los que, adoptando el sistema de los códigos italiano, húngaro, holandés, y algunos más, siguen la moderna tendencia de restringir la improcedencia de la *exceptio veritatis* a sus justos límites.

Cabe agregar, finalmente, la consideración de que, sin una ley que lo prohíba, no se justifica que quien tiene reconocido el derecho de obtener la represión de la injuria, no tenga el muy natural de poner en claro la falsedad de la imputación, en resguardo de su honor puesto en tela de juicio.

La doctrina, según se ve, aunque admite como principio la improcedencia de la *exceptio veritas*, deja la puerta abierta a casos de excepción.

Uno de ellos ha sido resuelto en este sentido por la cámara de lo criminal de la capital federal. Unos empleados de ferrocarril se presentaron en queja contra un superior, por actos que comprometían sus intereses de tales y al mismo tiempo afectaban el honor del superior. Demandados por éste por injurias, ofrecieron probar la verdad de los cargos, y el tribunal hizo lugar a la prueba, considerando que, de ser ciertos, se habrían limitado a usar de sus derechos en resguardo de sus legítimos intereses, y sin que por lo tanto se les pudiese atribuir el propósito de ofender a su superior.



Pero la ley tiene previstos varios casos de admisión de la prueba en las injurias, y ellos son, según el art. 111: si la imputación hubiese tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual; si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiese dado lugar a un proceso penal; si el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él. En los dos primeros casos habría exclusión del *animus injuriandi* y en el tercero también; aunque lo que aquí se consulta es el interés del ofendido.

En cualquiera de los tres casos el autor de la imputación queda exento de pena si prueba la verdad de la imputación. Por razón del móvil en el primer caso y falta de *animus injuriandi* en los demás.

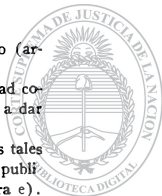
47.—Las *corporaciones* no pueden ser como tal calumniadas, puesto que no cometen delito más que las personas de existencia visible. Si pues se imputa la comisión de un delito a una persona jurídica cualquiera, podrán querellarse sus miembros individualmente. Es esta la doctrina penal afirmada en el art. 43 del código civil. Puede verse también a Groizard, tomo citado, página 289, y la nota al artículo citado.

Algo análogo puede decirse de la injuria. Sin embargo los códigos de Friburgo, Ginebra, Alemania, Paraguay y Hungría, y la jurisprudencia española, consideran personas pasibles del delito de injurias a las corporaciones.

La ley no parece admitir esta extensión, pues el art. 75 dispone: "La acción por calumnia e injuria podrá ser ejercitada sólo por el ofendido, y, después de su muerte, por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes". Parece claro que, al hablar del *ofendido*, entiende la ley referirse a una persona de existencia visible, dado que luego se ocupa del conyuge, etc., no obstante el empleo del vocablo *asociación* hecho en el art. 117.

En caso, pues, de injurias a una institución, la militar p. e.; a una administración, la de aduana p. e.; o a una corporación, tendrán que querellarse individualmente cada uno de los afectados.

48.—No solamente al autor de la especie impone pena la ley, la impone por igual, considerándolo como autor, al que pu-



*Ellica o reproduce* calumnias o injurias inferidas por otro (artículo 113).

Indudablemente en éste hay por lo menos tanta maldad como en el autor de la especie, y por otra parte contribuye a dar al daño mayor extensión.

De aquí que los directores de diarios tengan en casos tales una responsabilidad mucho menos dudosa que en los de publicación de origen directo. Otro tanto se dispone en la letra e).

**49.**—La *acción* para perseguir la imposición de pena por alguno de los delitos en examen, corresponde, por disposición del art. 75. únicamente al ofendido, y, después de su muerte, al cónyuge, a los hijos, a los nietos y a los padres sobrevivientes.

Se trata, pues, de una acción eminentemente privada, y es de sana interpretación decidir que, muerto el ofendido, la preferencia, a los efectos del ejercicio de la acción, se dará en el orden establecido por la ley: cónyuge, hijos, nietos, padres.

No existiendo entre nosotros, como existe en otros países, la acción por injurias a las corporaciones o instituciones, no es del caso averiguar a qué autoridad o persona corresponde ejercitarla. En los códigos que la admiten, se atribuye su ejercicio al ministerio público o al presidente de la corporación, según el caso.

En cuanto a la representación del incapaz, véase lo dicho en el n° 180, t. II.

**50.**—El art. 59 inc. 4° del código dispone, que la acción por calumnia o injuria se extingue por la renuncia del agraviado, el 19, que el perdón del mismo extingue la pena, el que aprovecha a los demás condenados por el mismo delito, y el 117, que también extingue la acción, en ambos del'tos, la *retracción pública* antes de contestar la querella o al contestarla.

Lo primero que hay que considerar es que la ley limita la extensión a los casos de calumnia o injuria contra *particulares* o *asociaciones*, porque, como ya se ha dicho, la injuria inferida a un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones y al tiempo de practicarlas, constituye delito de desacato (art. 244).

El *perdón* puede tener lugar en cualquier época después de condenado el querrellado.



Algún tribunal ha admitido alguna vez, por un error evidente, la *retractación* en materia de ultrajes (una bofetada).

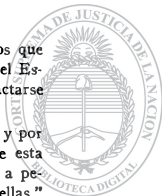
La retractación es pública haciéndose ante el juez y testigos. Ver Escriche palabra *palinodia*.

La retractación tiene un significado único: *cantar la palinodia*. La retractación importa, pues, una pena que el ofensor acepta y se la impone voluntariamente en substitución de la que le impondría la justicia si la causa fuese resuelta en contienda contradictoria.

Es este el sentido de la retractación, tanto en la ley como en la doctrina y en la misma opinión corriente.

El art. 186 del código derogado fué tomado a la letra del proyecto de Tejedor, y éste lo anotaba diciendo: "La retractación, censurable en sí misma por los inconvenientes que ofrece, puede ser muy útil alternativamente ordenada en estas clases de injurias, y por eso la conservamos, tomándola del antiguo derecho. Véase la ley 2, tit. 3, lib. 4 F. R., y 2, tit. 10, lib. 8 R. C.". Luego agregaba al tratar de la retractación en general: "El acto de desdecirse o retractarse ante un juez y testigos, o sea *cantar la palinodia*, debía, según la práctica y ley 2, tit. 3, lib. 4 Fuero Real, verificarse diciendo el injuriador que *mintió* en cuanto dijo contra el injuriado. Pero esta palinodia no se imponía sino en las injurias graves o atroces. En las simples se decretaba sólo las súplicas de perdón, por la cual el injuriante manifestaba que se arrepentía de sus denuestos, y rogaba al ofendido le perdonase; y en las de sentido ambiguo, la *declaración* que hacía el reo diciendo que tenía y había tenido siempre al ofendido por persona honrada, etc."

"Hablando de ciertas injurias, las leyes Recopiladas mandaban que el reo se desdijese ante el juez y testigos, y pagase una multa de 1.200 maravedis, mitad para el fisco y mitad para el injuriado (L. 2, tit. 10, lib. 8 R. Cast.). Pero en otras injurias, la pena podía ser menor (ley 3 tit. y l' b. cit.); y el hidalgo estaba siempre exento de la retractación, debiendo en su lugar pagar mayor multa, con otra pena a arbitrio del juez (L. 2 cit.). Las leyes del Fuero Juzgo, disponen generalmente penas corporales (tit. 3, lib. 12), y las del Fuero Real pecuniarias (tit. 3, lib. 4). Según las partidas, las penas de las injurias no pueden ser ciertas, porque las perso-



"nas y los hechos no son iguales, exceptuando los delitos que tienen el talón (Leyes 3 y 21, tit. 9, P. 7). Una ley del Estado, en fin, impone multa si el reo no quiere retractarse" (Libro 131)."

"Por todos estos antecedentes de nuestra legislación, y por los buenos efectos que en la práctica da comúnmente esta clase de penas, hemos creído conveniente conservarlas a pesar de que muchos códigos modernos no se ocupan de ellas."

La retractación no es la explicación requerida en la calumnia o injuria encubierta. La retractación importa reconocer haber hecho la imputación y desdecirse.

Ya se ha dicho, por otra parte, que en la calumnia o injuria encubierta es causa de exención de pena la explicación satisfactoria, y resta únicamente hacer notar que en las injurias ocurre lo propio con la prueba de la imputación, en los casos del art. 111, y con la compensación (art. 116).

51. — El art. 114 dispone que si la calumnia o injuria se hubiese *propagado* por medio de la prensa, el juez o tribunal ordenará que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos la sentencia o satisfacción, a costa del culpable, si el ofendido lo pidiere.

El vocablo *satisfacción* debe considerarse empleado aquí en el sentido de las explicaciones satisfactorias del art. 112 y de la retractación del art. 117, pues ambas cosas importan dar una satisfacción.

Este asunto se relaciona con la debatida cuestión sobre la libertad de la prensa y de la complicidad de los editores, impresores, etc., cuestiones de las que se trata en el t. I, cap. IX, y n° 165 del II.

Como el mencionado artículo agrega, que en el caso en él previsto, los autores quedarán sometidos a las disposiciones del código penal, si la publicación se hubiese hecho por medio de la prensa de la capital y territorios nacionales, ha quedado resuelta por la ley la vieja cuestión de que trata el cap. IX del t. I, en el sentido que lo venía haciendo la Suprema Corte, cuya jurisprudencia ha sido incorporada al texto legal. En las provincias, por lo tanto, esos casos serán juzgados con arreglo a las leyes locales respectivas.



En este artículo y en el 49 y el 113. quedan previstas la calumnia y la injuria en su forma de difamación.

De todos ellos el 113 es el que prevé la difamación en sus distintas formas, pues dice: "el que publicare o reprodujere *por cualquier medio...*" así sean impresos de todo orden, como discursos, grabados, esculturas, etc. La letra e) tiene un alcance análogo; pero los arts. 49 y 114 se limitan a la prensa, único caso en que cabe la sanción conjunta de la inserción de la sentencia o satisfacción.

**52.—***La ley reprime la calumnia con prisión de uno a tres años, sin distinguir, como lo hacen otros códigos, entre calumnia privada o divulgada, hecha en juicio o fuera de él, distinciones muy lógicas, puesto que la calumnia subjetiva y objetivamente es mucho más grave hecha en juicio o con divulgación que en privado. En el primer caso hay premeditación mientras que en el segundo comúnmente habrá precipitación. Además el daño es menor en el último. Puede sin embargo tenerse ello en cuenta al fijar la pena dentro de sus límites.*

Otro tanto hace con la injuria, delito que el proyecto reprimía con multa de cien a mil pesos, pena irrisoria para el pudiente.

Hice notar este inconveniente a la comisión del senado, proponiendo el agregado "o prisión de un mes a un año", lo que fué aceptado.

En cuanto a las encubiertas, dispone que se impondrá del mínimo a la mitad de la pena. Puede decirse que este sistema de considerar atenuante la forma equívoca es exclusivamente nuestro. El código del Paraguay que lo había adoptado lo ha abandonado, y los demás códigos extranjeros, o no distinguen, como lo hacen casi todos los de Europa, o distinguen, como lo hacen el español, el portugués, el uruguayo, el paraguayo, el chileno y el mejicano, pero al solo efecto de admitir explicaciones por parte del querellado, sin disminuir la pena. La atenuación de la pena, por lo demás, es muy relativa, puesto que únicamente se disminuye el máximo, temperamento inexplicable y que no armoniza con el régimen adoptado en los demás casos de reducción en grado.

El presente es un documento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que forma parte de la Biblioteca Digital de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El presente es un documento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que forma parte de la Biblioteca Digital de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.





### DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

#### Consideraciones generales

Si, como se ha dicho en su lugar, una correcta clasificación de los delitos debe ser informada de la calidad de los mismos en orden a su objetividad jurídica, en este título no deberán figurar el adulterio, algunos casos de violación, abuso deshonesto, rapto y corrupción de menores y mujeres, dado que en el primero no queda afectada la honestidad del cónyuge ofendido por la inmoralidad del adulterio del otro, y en los otros no es una condición la honestidad de la víctima, la que muy bien puede ser una prostituta.

Lo que directamente el adulterio ultraja es el honor, la pública consideración del ofendido, e indirectamente el orden de la familia y la moral y buenas costumbres públicas, en cuyo sentido (el segundo) resuelve la clasificación de todos estos delitos el código italiano.

Análogas consideraciones corresponde hacer respecto de los demás delitos comprendidos en el presente título, de los cuales únicamente en el estupro y el rapto consentido se requiere como condición la honestidad de la víctima.

Por lo demás, aunque a la manera de los delitos contra la vida y la integridad corporal, en los de que aquí se trata se requiere en principio (puede verse como excepción algunos casos de rapto y de corrupción) una materialidad "in corpore", es lo cierto que la verdadera objetividad del delito es de naturaleza moral: el pudor, la honestidad, el honor, la moral y buenas costumbres públicas.

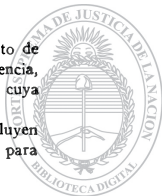
Puede verse, por otra parte, lo que se dice en el n° 60, después de todo lo cual se llega a la conclusión, que, salvo los ca-



sos del estupro y el rapto consentido (nº 61), el concepto de honestidad no es, en estos delitos, precisamente el de decencia, recato, pudor, castidad, sino el que expresa Groizard, cuya opinión se transcribe en el número antes citado.

Cabe hacer resaltar, finalmente, que estos delitos excluyen la culpa, y que, en los casos de concubito, no se requiere, para su consumación, la perfección del acto sexual.

---



## Adulterio



53. — Controversia sobre su incriminación y clasificación. 54. — Definición. Elementos. Matrimonio nulo. La culpa, la ignorancia y el error. Momento consumativo. 55. — El adulterio del marido. Razones de su especificación. La prescripción. El amancebamiento no es requerido cuando la codelincuente es casada y quien acusa es su esposo, y cuando es invocado como excusa en el homicidio o las lesiones. Limitación de la responsabilidad de la manceba. 56. — Comprobación del adulterio. El valor de la prueba en el adulterio como delito y en el invocado como excusa en el homicidio y las lesiones. 57. — Carácter de la acción. Requisitos. El perdón. El divorcio previo. 58. — El adulterio y los esposos divorciados. 59. — Penalidad, eximentes, agravantes, la muerte del acusador.

53.—Se controvierte si debe incriminarse o no el adulterio. Entre los que sostienen la negativa figuran Pessina, Filangieri, Crivellari, Lucchini, Tissot y Rivarola.

Esta tendencia no ha hecho camino, sin embargo, en la legislación. El adulterio, en otro tiempo de acción pública y con penas atroces, sin excluir la de muerte, sigue figurando en los códigos; si bien en general con carácter de delito de acción privada y con penas leves.

El proyecto de 1891 intentó su supresión; pero la ley 4189 no acogió la iniciativa, no obstante la conformidad de la mayoría de la comisión de diputados, y se limitó a adoptar un temperamento que podría decirse intermedio, el de requerirse el previo divorcio por causa de adulterio (art. 74).

Los partidarios de la no incriminación se fundan en que, establecida la represión en amparo del cónyuge ofendido, la pena carece de razón de ser, toda vez que para resolver la situación personal y de familia que el adulterio le crea, le basta con el divorcio. Y agregan que en la práctica resulta, que, o no se acusa, o si se acusa muy pocas veces se condena; ya sea porque los esposos se reconcilian, o porque la prueba es difícil, o, lo que es peor, porque vienen los arreglos indecorosos de carácter pecuniario. Y aún más: se presta al *chantage*, a base de la



connivencia de los esposos y de una prueba hábilmente preparada.

Los partidarios de la incriminación contestan, que si se da a la acción carácter privado, es en mérito a que la sociedad prefiere resguardar el interés particular de los esposos, no provocando el escándalo y la disolución de la familia, que muy bien pueden ellos estar deseosos de evitar; mas no porque no tenga el suyo de mantener incólumes la organización de la familia y la moral pública. En este sentido, el divorcio no es un arbitrio suficiente. Y agregan que sin la pena se facilitaría el divorcio, mediante el adulterio concertado entre los esposos.

En cuanto a la clasificación, cabe hacer notar que impropia-mente forma parte de los delitos contra la honestidad, puesto que, como ya se ha dicho, lo que resulta ultrajado es el honor y no la honestidad del cónyuge ofendido. Habría, por lo tanto, que incluirlo entre las injurias, cuyo alcance le ha dado la cámara de apelaciones de la capital federal en varios casos de homicidio, en los que aparecía como causa provocadora, computándolo en calidad de la atenuación calificativa a que se refería el art. 81 inc. 1º letra a). Esa es también la opinión de Liszt.

De lo contrario habría que considerarlo como un delito contra el orden de las familias, o contra la moral y buenas costumbres, tal como lo considera el código italiano.

54.—El adulterio, que es el primero de los delitos contra la honestidad de que el código se ocupa (art. 118), aunque sin definirlo, trae su denominación de una contracción derivada de los vocablos *ad alterum thorum ire*, o *ad alterum thorum vel uterum accessio*, frases con las que se ha expresado el viejo concepto de la inferioridad semibárbara de la mujer, la que en el matrimonio era considerada el lecho del marido.

Puede definírsele diciendo que consiste en el acceso carnal de persona casada con quien no es su cónyuge.

Requiere por lo tanto como *elementos propios*, el matrimonio, y la conjunción sexual con quien no es su cónyuge.

Tratándose del matrimonio legítimo, se plantea la misma cuestión de su *validez* planteada en el caso de bigamia (nº 87 letra b). Si la nulidad del primer matrimonio excluye la delictuosidad del segundo en la bigamia, no se ve por qué no ha de

excluir la del adulterio: *ubi eadem est ratio, ibi eadem est legis dispositio*. Son de esta opinión Crivellari, Lucchini, Puglia (el primero, t. VII p. 650), quienes incluyen aún la nulidad relativa.

Se trataría, por lo demás, de una cuestión prejudicial, en los términos de los arts. 1104 del código civil y 86 de la ley de matrimonio, que podría promoverse en el juicio previo de divorcio o en el criminal de adulterio.

Crivellari opina que puede oponer la nulidad el codein-cuenta del adúltero.

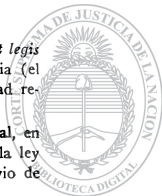
El elemento común digno de recordarse aquí es la *malicia*. Quien yace con persona casada creyéndola libre, o con persona extraña creyéndola su cónyuge, no comete adulterio. Por consiguiente se excluye la *culpa*; y el *error*, la ignorancia y la buena fe excusan aquí como en otros tantos casos. Lo mismo la violencia. En todos ellos faltaría el elemento moral, por falta de malicia o libertad. De ello se tiene un ejemplo en la previsión del art. 121.

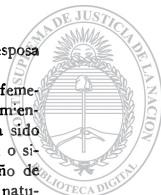
De lo dicho se desprende que, aún cuando en principio es el adulterio un delito plural, puede no serlo accidentalmente. Tal carácter, por lo mismo, es sólo relativo.

Para que el acto carnal se considere concluido a los efectos de la consumación del delito, no es menester alcance su terminación fisiológica; basta con la conjunción sexual. No se requiere, en consecuencia, la cópula perfecta, la *seminatio intra vas*.

55.—Para el marido el adulterio consiste en tener manceba dentro o fuera de la casa conyugal (inc. 3º). No basta, como en el caso del adulterio de la esposa, el sólo concubito una sola vez.

Esta desigualdad proviene, entre otras razones: de la tradición que ha mantenido a la mujer en condición inferior al hombre; del concepto del sentimiento de pudor, más acentuado en la mujer que en el hombre, por lo cual se estima más grave la falta de la primera, que concurre al matrimonio con el hermoso aporte de su honestidad inmaculada, y mayor la ofensa que por ella sufre el segundo, que en el mismo fué admitido sin la presunta exigencia de una castidad, o dudosa o





relativa; de los mayores trastornos que el desvío de la esposa produce en el hogar con relación a la prole.

Por mucho que una apreciable parte del elemento femenino, en vez de encaminar sus esfuerzos hacia el mejoramiento de la condición de inferioridad en que injustamente ha sido mantenida hasta el presente en cierto órdenes de actividad o situaciones sociales, los esterilice en el inútil y loco empeño de alcanzar una perfecta igualdad que no está en el orden natural de las cosas, y que, de obtenerse, daría por resultado destruir su incontestable superioridad de cierto punto de vista sobre el hombre, derivada precisamente de una desigualdad, que es base y explicación de la infinita armonía universal, y que, por venir de la naturaleza, no puede sino ser modificada pero jamás aniquilada por la acción del hombre; por mucho que algunos cerebros no bien penetrados de la trascendencia del problema, pretendan darle una solución, imposible por lo exagerada y repugnante a los elementales dictados de una sana razón, la desigualdad inmutable de la mujer con relación al hombre, aunque reducida a sus justos límites, impondrá soluciones también distintas en esta materia. No será, pues, todo verdad que ello provenga de que es el hombre quien gobierna y hace la ley: *quia nominor leo*.

De la circunstancia de que el marido no comete adulterio sino teniendo manceba dentro o fuera del hogar, se sigue que mientras la *prescripción* para la esposa adúltera contempla un delito instantáneo, para el esposo adúltero contempla un delito más bien continuo, permanente o sucesivo, a la manera que contemplan el delito de matrimonio ilegal los códigos de Alemania, Italia, Uruguay, Paraguay, Zurich, Tissino y otros.

Pero este requisito de tener manceba se halla impuesto únicamente a los efectos del adulterio acusable por la esposa, y no a los efectos del adulterio acusable por el esposo de la co-delincuente, si fuere también casada, ni con relación a la excusa fundada en la sorpresa de adulterio en el homicidio o las lesiones.

La manceba únicamente era punible (en el proyecto), cuando el amancebamiento tenía lugar *dentro* de la casa conyugal (inc. 4º), con lo que se establecía una desigualdad entre ambos partícipes, contraria al principio general, afirmado en el inc. 2º, desigualdad, que logré hacer corregir en el senado.



56.—Como la comprobación material o directa del acto torpe es poco menos que imposible, es admitida la conjetura, por lo regular consistente en ser sorprendidos *solus cum sola nudum cum nuda, in eodem lecto*, y en general en todos aquellos actos o situaciones análogas, que lógicamente inducen la creencia de la realización del acto carnal.

Claro está, como observa Rivarola con Carrara (puede verse lo dicho en el t. II n° 110), que la prueba del adulterio debe ser más completa cuando se trata de establecerlo como delito, que en el caso de considerarlo como excusa en el homicidio y las lesiones, en atención a que en el primero dará como resultado la imposición de una condena y en el segundo la disminución de la pena; y en atención, por otra parte, a que en el último cabe aceptarse la posibilidad de que el cónyuge, por su estado de sorpresa y perturbación mental, haya magnificado las apariencias, atribuyéndoles un valor de demostración realmente excesivo. Si pues en el homicidio cabe admitir como suficiente la existencia subjetiva del adulterio, en éste es menester su demostración objetiva.

57.—La acción es privada (art. 73 inc. 2°); no puede ejercitarla sino el cónyuge ofendido, y de acusar tiene que hacerlo con los dos culpables (art. 74). La razón estriba en que la ofensa es indivisible, por lo cual si perdona ha de ser a ambos (art. 69), lo que puede hacer en cualquier tiempo. Esta facultad de perdonar es, por lo demás, una consecuencia del carácter privado de la acción. Y es la acción tan personal, que no pasa a los herederos.

Dispone además la ley que no se podrá iniciar el juicio de adulterio sin previa *declaración de divorcio* por ese motivo (art. 74), lo que importa atribuir al requisito el carácter de cuestión prejudicial, aunque imperfecta, puesto que el artículo agrega que la solución en el juicio de divorcio no ejercerá influencia en el de adulterio, con arreglo a lo que prescriben los arts. 1105 y 1106 del código civil.

El por qué de esta limitación es de fácil alcance. Mientras en el divorcio se procura resolver una situación de familia, en el adulterio se trata de imponer una pena; y es fuera de duda que es relativamente fácil obtener para lo primero una prueba complaciente.



Dicha disposición, tomada de los códigos alemán, holandés, húngaro, y de Zurich, Val, Soleura y Neufchatel, y cuyo objeto (según lo hizo presente el diputado Gouchón al proponer la reforma en la ley 4189), es impedir la explotación del co-delincuente, obteniendo de él ventajas pecuniarias bajo la amenaza de la acusación y de la pena consiguiente, al amparo de la connivencia de los cónyuges y de la prueba hábilmente preparada, puede no ser de aplicación a los casos de adulterio cometido encontrándose ya divorciados el acusador y el cónyuge acusado.

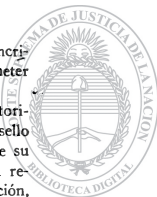
Si el divorcio se hubiese declarado contra el querellado a causa de un adulterio anterior, de tal manera que resultase ser en cierto modo un reincidente, la dificultad no aparecerá ciertamente. Puede en cambio presentarse si se lo ha declarado por el adulterio del querellante, o por un motivo *extraño* al adulterio de cualquiera de los esposos, en cuyos casos debe tenerse muy presente el objeto que se propuso el legislador al prescribir lo dispuesto en el art. 74, según se hizo notar.

Agrega el art. 74, que carece de acción el cónyuge que ha consentido o perdonado, y que la muerte del ofendido extingue la acción y la pena, todo lo que, excepción hecha de la extinción de la pena, está demás; pues si consintió, va de suyo que no ha sido agraviado. Por otra parte, el perdón extingue la pena, según el art. 69, y la renuncia extingue la acción, según el 59, y siendo la acción penal personalísima, únicamente pasa a los herederos cuando la ley, como en el art. 75, así lo dispone.

La acción, por consiguiente, se halla sujeta a una doble condición: la previa declaración del divorcio *por causa de adulterio*; su ejercicio contra ambos culpables. Aparte de los otros requisitos y óbices anotados, y la causa propia de extinción recordada.

El código italiano establece una prescripción de tres meses, a contar desde el conocimiento del hecho, y niega el derecho de acusar, al cónyuge que hubiere dado motivo a una sentencia de separación.

**58.**—¿Es posible el adulterio estando *los esposos divorciados*? Carrara entiende que en esa situación desaparecen las razones de la ofensa al honor del otro cónyuge, del relajamiento de los vínculos de familia, de la incertidumbre de la prole,



etc., que regularmente se invoca como fundamento de la incriminación del adulterio, y que por lo tanto no se podría cometer este delito.

La ley que ha dado a la unión de los esposos la alta autoridad de su consagración, la sociedad que le ha impreso el sello de su beneplácito al incorporarlos en calidad de factores de su progreso y estabilidad, ellos que se unieron bajo la fe del recíproco respeto y consideración, no consienten en su separación, sino en mira del inconveniente de una vida en común, cuando causas de honda perturbación la hacen intolerable. Pero sin destruir lo que se considera indestructible, y que es la inteligencia de que se ha de mantener incólume las condiciones esenciales sobre las que se labró su existencia, a fin de que, desaparecidas las causas de una separación, acaso transitorias, pueda reconstruirse el hogar, accidentalmente deshecho, sobre las bases no tocadas del respeto, la consideración, el afecto y el honor.

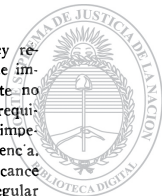
Separados, sí, para evitar el escarnio y el escándalo en el hogar, y no para escandalizar fuera de él: separados, pero siempre esposos, siempre padres, tal como la sociedad y la ley los consagra.

Es esta por lo demás, la doctrina de la ley, cuando en el art. 64 establece que el divorcio no disuelve el vínculo y consiste *únicamente* en la separación personal, y cuando dispone en el 71. que vuelven las cosas al estado anterior a la demanda de divorcio, si le sucede la reconciliación entre los esposos. ¿Acaso vuelven a casarse? ¿No se considera por ventura que se encuentran de nuevo al cabo de una ausencia que nada ha modificado en la situación moral de ambos, como no sea en el sentido de mejorarla por el olvido de los agravios sufridos?

La supresión del art. 208 del código civil no puede ser interpretada, pues, como una razón contraria, en presencia de lo que prescriben los arts. 50, 64, 71 y 81 de la ley de matrimonio, según los cuales el divorcio consiste *únicamente* en la separación personal (art. 64), y por lo tanto el vínculo subsiste (arts. 71 y 81), los esposos no dejan de serlo (art. 50) y sus derechos y obligaciones no desaparecen (art. 50), sino en la medida requerida por el alcance del divorcio (arts. 64 y 72 adelante).

El art. 355 del código italiano prevé expresamente el caso con pena atenuada, y cabe invocar además las opiniones conformes de Rivarola y Nypels.





Podría argüirse, sin embargo, que, puesto que la ley requiere la previa declaración del divorcio, es entendido que implícitamente se establece que el adulterio sólo se comete no estando divorciados los esposos. Pero la verdad es que el requisito del divorcio por causa de adulterio, tiene por objeto impedir las connivencias indecorosas a que se ha hecho referencia. No cabe, por lo tanto, verse en él un argumento de un alcance distinto. Aparte de que la ley contempla la situación regular de no divorciados

**59.** — La pena es de prisión de un mes a un año.

La ley no ha previsto atenuantes ni agravantes propias, no obstante ser evidente que el adulterio de los divorciados es menos grave (código italiano), como es más grave tener mancha dentro del hogar conyugal.

Prevé como eximente propia, el perdón, y como causa de extinción de la pena, y también de la acción, la muerte del conyuge ofendido.

El código italiano, que tiene las mismas previsiones, prevé también como causas eximentes propias, haber el acusador incurrido anteriormente también en adulterio, y respecto de la esposa además haber sido obligada o instigada a prostituirse.

---



### La violación y el estupro

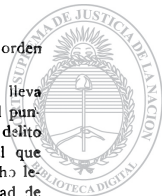
60. — VIOLACION. Definición y elementos. La violencia explícita y la implícita, física y moral. El sexo. Diferencias con el estupro, y semejanzas y diferencias con el abuso deshonesto. Honestidad de la víctima. Cuestión de clasificación. Sodomía. Momento consumativo y prueba. El abuso del error de una mujer casada. Crítica. 61. — ESTUPRO. Definición y elementos. El sexo y la honestidad de la víctima. La edad y la buena fe. El consentimiento. El engaño. La seducción. La consumación. La prueba. 62. — Disposiciones comunes a la violación y el estupro. Agravantes calificativas. Crítica. 63. — Penalidad.

80. — Consiste el delito de *violación*, art. 119), en el cóbito (fuera de matrimonio), con persona de uno u otro sexo y sin consentimiento de la víctima, particularidades todas que integran el cuadro de sus elementos propios.

La falta de consentimiento puede ser explícita o implícita, demostrándose la primera por la violencia que el culpable se haya visto obligado a ejercer sobre la víctima para alcanzar el logro de sus criminales propósitos (in. 3º), y la segunda por no haberse ésta encontrado en condiciones de consentir (por ser menor de doce años o haberse hallado privada de razón o de sentido — ins. 1º y 2º —) o de resistir (por enfermedad u otra causa cualquiera — in. 2º —).

La violencia puede ser física o moral (fuerza o intimidación), y quedan comprendidos en la primera, como los considera en el proyecto alemán, los medios hipnóticos, narcóticos u otros semejantes, con los cuales se haya producido la pérdida del conocimiento o la incapacidad de resistencia de la víctima, estados a que se refiere el in. 2º (art. 78).

La víctima puede ser varón o mujer, en lo que se diferencia del estupro y se asemeja al abuso deshonesto o ultraje al pudor, de los que la ley se ocupa en el art. 127. Puede además no ser honesta, particularidad que hace aparecer como impropia la inclusión del delito entre los contrarios a la honestidad, como lo hacen notar Pacheco y Groizard. El código italiano



hace figurar todos estos delitos entre los contrarios al orden de las familias y las buenas costumbres.

Groizard dice: "La prostitución de una mujer no lleva consigo la renuncia de sus derechos personales, hasta el punto de no poder ejercer libremente su voluntad. En el delito de que tratamos, no es el pudor, en el sentido legal que tiene esta palabra, no es la honestidad pública el derecho lesionado y protegido, sino el derecho personal, la libertad de elegir o de aceptar, a lo más, el derecho a la integridad de las condiciones morales de una determinada personalidad, y todo esto puede ser atropellado en una prostituta desde el punto que se la obligue por la fuerza a ejecutar un acto carnal con menoscabo de los imprescriptibles derechos personales que surgen del libérrimo ejercicio de la voluntad."

Chauveau, citado por Tejedor en la nota al artículo de su proyecto que preveía expresamente el caso, se expresa en análogo sentido.

En realidad, en la violación, como también en el ultraje al pudor, la víctima puede no ser honesta, y en tal caso la inclusión en este título estaría fuera de lugar: más bien habría un atentado a la libertad individual, agravado por la índole del móvil. Pero si bien se mira, eso será lo excepcional; aparte de que en realidad la intención del delincuente no se relaciona con la libertad sino de modo indirecto, pues el atentado contra ella viene a ser un medio de llegar al goce carnal.

De suerte que, de no hacer lo que hace el código italiano, que, según queda dicho, incluye estos delitos entre los que afectan el orden de las familias y las buenas costumbres, no existe una razón seria que aconseje incluir el caso propuesto entre los delitos contra la libertad.

El acto puede tener lugar en vaso indebido, sea de mujer o varón, en cuyo caso toma la denominación de *sodomía* o *pederastía*.

Debe haber concubito o cópula, el que consiste, a los efectos de considerar consumado el delito, en la conjunción sexual, aunque el acto no alcance su perfección fisiológica.

Cabe repetir lo dicho en el adulterio respecto de la prueba. Siendo poco menos que imposible en algunos casos la comprobación directa del acto torpe, es admitida la prueba conjetural.



Fuera de matrimonio, decía el código derogado, y con ello quedaba eliminada la cuestión relativa a la violación de la esposa. El código, sobre la base del proyecto de 1906, en el que, al revisar el de 1891 que contenía esa condición, la suprimió sin expresar el motivo, no la ha incluido, lo que, sin embargo, no debe interpretarse en el sentido de la posibilidad de la violación de la esposa.

En el art. 121 se equipara en la penalidad al estupro, el acto de abusar, fingiéndose su marido, del error de una mujer, con quien por ese medio se tiene aproximación sexual, cuando en realidad el caso se encuentra más próximo a la violación, puesto que falta el consentimiento por parte de la víctima. Es por demás clara la analogía con las previsiones de los ins. 1º y 2º. El código belga reprime como violación el empleo de astucia, conforme a la buena doctrina, que no es seguramente la de nuestra ley.

Resulta de esto una contradicción evidente con los arts. 125 y 130, en los que, además de los arts. 126, 181, 191, 198, 283 y 294, se equipara el fraude a la violencia en los delitos de corrupción de menores y de rapto.

61. — Comete *estupro* (art. 120) el que tiene comercio carnal con mujer honesta mayor de doce años y menor de quince, con su consentimiento, y son elementos propios de este delito, la cópula, el sexo, la honestidad, la edad y el consentimiento de la víctima, y por lo tanto la ausencia de los requisitos de la violación.

La víctima ha de ser mujer, a diferencia de la violación y el abuso deshonesto, en los que puede ser también varón.

La ley ha suprimido, atendiendo las observaciones de Rivarola, los requisitos de la *seducción* y la *virginidad* que exigía el código, o porque su prueba era difícil, o porque la virginidad podía haber desaparecido antes del concubito o conservarse a pesar de él. No siempre se produce la rotura del imen a causa de concubito, y a veces éste la deja intacta. (Exposición de motivos del proyecto de 1891, p. 160).

No existe una fórmula rígida que fije el concepto de honestidad, en épocas o lugares donde las costumbres, más o menos liberales, autorizan ciertas manifestaciones de dudoso



pudor y castidad. Habrá, pues, que andar con mucho cuidado al apreciar en concreto un punto tan poco preciso.

Por lo demás, la honestidad no es la física o corporal (virginidad); y es así como la esposa no se hace deshonesto como tampoco se hace deshonesto la violada. Por lo tanto habría estupro en el concubito con una menor de quince años, aunque hubiese sido ésta violada con anterioridad.

Siendo este delito y el rapto voluntario los únicos en los que la ley requiere la honestidad de la víctima, parecería que lo que corresponde en tales casos es restringir el concepto de honestidad al de pudor o castidad. Con tanta más razón, cuanto que lo que aquí se procura proteger es el interés privado de la menor, en atención a la facilidad con que puede caer en las redes del engaño o ceder a impulsos de fácil y deplorable progreso, por ausencia de fuerzas de inhibición. Una protección excepcional no cabe a la que, rotos una vez los primeros y más fuertes escrúpulos, vuelve por los placeres vedados, otorgando a otro u otros sus favores, demostrando de tal manera, la inutilidad de una tutela cuyos propósitos aparecen frustráneos.

Ya Tejedor citaba a Pacheco que dice: "Ni puede abandonar la ley a las perfidias de una seducción calificada una gran parte de la sociedad, ni debe tampoco constituirse en un cancerbero de virginidades dudosas, ni estimular con su demasiado rigor el descuido del decoro y la estimación".

La víctima ha de ser mayor de doce años (porque de lo contrario habría violación) y menor de quince. Pero puede ocurrir que la víctima aparente mayor edad, tanto por su físico cuanto por la clase de vida que lleve, y hasta que así se lo dé a entender al imputado. No creo que en este caso deba aplicarse la ley a la letra, pues sería necio exigir que en semejante clase de relaciones se pretenda que el hombre haya de requerir de la mujer la presentación de la partida de nacimiento. La buena fe lo favorecería.

Debe la víctima haber consentido, porque de lo contrario habría violación, siempre que concurrieren las condiciones establecidas sobre el particular en el art. 119.

De lo que queda dicho se desprende, que la aproximación sexual con mujer soltera mayor de quince años, y con su consentimiento, no constituye delito.

Por lo demás, respecto a su consumación y su prueba, cabe repetir lo dicho al tratar de la violación.

**62.** — Son *circunstancias agravantes* calificativas en la violación y el estupro, el daño grave que resulta de la salud de la víctima, la calidad en el agente de ascendiente, descendiente, afin en línea recta, hermano, encargado de la educación o guarda de la víctima, y la de ser sacerdote, o ejecutarse el delito con el concurso de otras personas (arts. 122 y 123).

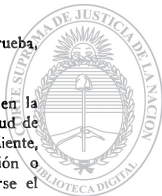
Es de observar que la calidad del delincuente, que debiera ser agravante calificativa en todos los casos, o sea en la violación, el estupro, el abuso de mujer casada, el ultraje al pudor y el raptó, lo es únicamente en la violación y el ultraje al pudor, como así mismo que el concurso de varias personas, que debiera agravar calificativamente los mismos delitos, menos el de los arts. 120 y 121, agrava tan sólo la violación.

Si en ambos delitos resultare la muerte de la víctima, la ley impone la pena del homicidio simple, aunque con un mínimo mayor, quince años (art. 124).

Es de observar, así mismo, la diferencia inconsulta establecida (en la penalidad) con relación a los casos de muerte con ocasión de incendio, inundación, etc., y descarrilamiento.

**63.** — Reprime la ley la violación simple con reclusión o prisión de seis a quince años, y la calificada con las mismas de ocho a veinte.

Reprime el estupro simple con dichas penas, de tres a seis años, y el calificado con las mismas de seis a diez. La pena del estupro simple se aplica al que abusa del error de una mujer casada (art. 121). Queda dicho, por fin, que en caso de muerte esas penas aumentan de quince a veinticinco años.







### Corrupción, ultrajes al pudor y rapto

64. — **CORRUPCIÓN** y prostitución. Objetividad jurídica del delito. 65. — Sus condiciones. 66. — “Promover” y “facilitar”, “corrupción” y “prostitución”. Conceptos de estos términos y valor de tales hechos ante el criterio legal. 67. — El móvil. El lucro y la satisfacción de propios y ajenos deseos. 68. — El hábito. 69. — El consentimiento, el fraude, la violencia, el sexo y la edad. 70. — Momento consumativo. 71. — Penalidad. 72. — **ULTRAJES AL PUDOR**. — Sus distintas formas y su penalidad. Abuso deshonroso, diferencias con la violación y el estupro. Agravantes. Prueba. 73. — **RAPTO**. Definición. Condiciones. “Substraer o retener”, el sexo y el móvil. 74. — El consentimiento, el fraude y la violencia. La edad y la honestidad de la víctima. 75. — Ejecución de otros delitos afines. 76. — Rapto de mujer casada. 77. — Agravantes especiales. 78. — Penalidad.

64. — El de *corrupción*, es de los delitos contra la honestidad el que relativamente afecta menos la honestidad de las personas, puesto que por regla general las víctimas prestan su consentimiento y son mayores de quince años. En cambio afecta más la moral pública y las buenas costumbres.

Es, puede decirse, un mal indestructible, cuyo remedio está más en vigilar que en perseguir. De aquí que las autoridades toleren este triste comercio y se limiten a reglamentarlo.

Esas condiciones de tolerancia son desde luego el libre consentimiento y la mayor edad de las que se entregan a tan vil profesión. Los demás casos caen bajo el régimen de la prohibición y constituyen delitos: ya sea en razón de la edad por ser menores, medie o no consentimiento, o por falta de consentimiento (engaño o violencia), siendo mayores.

La ley, que en los demás delitos contra la honestidad protege a los menores como tales sólo hasta los quince años, a partir de cuya edad son equiparados a los mayores, a quienes se protege únicamente contra los actos de fraude o de violencia, les concede en este delito una más extensa protección hasta la mayor edad, medie o no su consentimiento. Con lo que claramente se pone de manifiesto, que esa protección, más que la



honestidad de la víctima, tiene aquí en mira la tutela de los intereses sociales representados por la moral estropeada, la incertidumbre e ilegitimidad de la prole y la desorganización del hogar.

65. — Este delito se comete bajo las siguientes condiciones: facilitar o promover, con propósito de lucro o para satisfacer propios o ajenos deseos, la corrupción o prostitución de menores de uno u otro sexo, con o sin su consentimiento, o de mujeres mayores, mediante engaño o violencia.

Recibe las denominaciones equivalentes de lenocinio, alcahuetería o proxenetismo, cuando se promueve o facilita la corrupción o prostitución en calidad de mediador, intermediario o negociador para satisfacer deseos de otro.

La jerga popular usa expresiones características para calificar a los traficantes de tan vil comercio, y a los que viven del producto de la prostitución de sus concubinas o queridas.

66. — Desde luego *promover* no es lo mismo que *facilitar*. Promover significa algo más; significa impulsar, mover; y supone en esta materia cierta resistencia por parte de la víctima. Es pues una acción que recae sobre víctimas más bien honestas, no iniciadas aún en la carrera del vicio. *Facilitar*, en cambio, supone que la iniciativa viene de la víctima o de un tercero que promueve, y ocurre casi siempre con víctimas ya corrompidas o prostituidas. Puede verse a Crivellari en el t. VII, ps. 593 y 607, comentando el alcance de los vocablos *inducir* y *excitar*, empleados por el código italiano

Groizard, a su vez dice en el t. V, p. 170:

"¿Qué debe entenderse por promover y qué por facilitar la prostitución? La idea de *promover* implica la de mover, la de impeler una cosa procurando su logro. Promover la prostitución, es, a nuestro modo de ver, impulsar una persona a que se prostituya, seducirla para que el fin de la prostitución a que se aspira se alcance. De esta explicación, es consecuencia lógica que no se puede seducir para que se prostituya a una persona que ya está prostituida, aunque un tercero intervenga para satisfacer los deseos de otro. Quien se hace agente de propósitos lúbricos o interviene para facilitar el acceso carnal de una persona con una meretriz, no puede

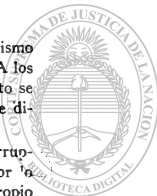




' decirse reo de lenocinio, al menos en el sentido de ser con-  
' siderado como promovedor de la prostitución de una mu-  
"jer. Tal es el sentido recto de los términos empleados para  
" fijar el primero de los conceptos jurídicos que el artículo  
" comprende."

"Alcance distinto tiene la frase *facilitar* la prostitución.  
' Esta no implica, como aquella otra que acabamos de exami-  
' nar, la condición de que la persona objeto de la seducción no  
' haya sido todavía prostituida, ni tampoco la de que el inter-  
' mediario sea la causa productora de la prostitución. Dentro  
" de su sentido cabe el ayudar, el auxiliar, el contribuir a que  
' la prostitución se realice mediante otro impulso y otras fuer-  
" zas morales diversas, y por esta clase de cooperaciones cabe  
" exigir responsabilidad a aquel que contribuye con su inter-  
" vención a que una mujer, prostituida de antemano, conti-  
" núe en su mal oficio, mediante las agencias que la preste  
" para conseguir su unión carnal con una o con varias perso-  
' nas."

"La prostitución no es lo mismo que la corrupción. Su  
" significado vulgar es diverso; y desde el momento que las  
' dos palabras se emplean en el texto, no puede ser idéntico  
" tampoco su sentido técnico, porque es contrario a los buenos  
' principios de hermenéutica legal el uso en la redacción de las  
" leyes de voces sinónimas. Promover y facilitar la corrup-  
' ción, es, o debe de ser, cosa, por lo tanto, diversa, de aque-  
' la que ha querido significar el artículo al decir promover y  
' facilitar la prostitución. Si atendemos a la acepción vulgar,  
" *corrupción* es la acción de corromper, y *corromper* es alte-  
" rar y trastocar la forma de alguna cosa, echar a perder, de-  
" pravar, y en sentido figurado pervertir o seducir a una mu-  
" jer; *prostitución* es la acción y efecto de prostituir o prosti-  
" tuirse, y *prostituir* es exponer públicamente a todo género de  
" torpezas y sensualidades. Lo que caracteriza la prostitución,  
" según este estudio, es la pública exposición a todo género de  
" ción es la seducción y la depravación en provecho de una per-  
" torpezas y sensualidades, y lo que caracteriza a la corrup-  
" sona determinada. Se corrompe la mujer honesta que se en-  
" trega a un hombre que no es su marido. Se prostituye la que  
" se pone en estado que permita el libre acceso carnal con ella  
" a toda clase de personas."



Se advierte, en consecuencia, que así como no es lo mismo promover que facilitar, no lo es corromper que prostituir. A los ojos de la ley vale sin embargo lo mismo, desde que el delito se comete de uno u otro modo, y en la penalidad no se hace diferencia.

Pero ha de notarse de nuevo, que al reprimirse la corrupción se tiene en mira la honestidad preferentemente y por lo tanto el interés de la víctima, en tanto que al hacer lo propio con la prostitución, se atiende más directamente a la moral pública y buenas costumbres.

67. — En cuanto al *móvil*, ya se ha visto que puede ser el lucro o la satisfacción de propios o ajenos deseos sexuales, y es digno de tenerse en cuenta que el móvil figura aquí como una condición del delito.

En realidad es éste un delito cuya forma clásica, al menos en su faz pública y difundida, es el comercio. Todos negocian, incluso las víctimas.

El que lucra con la corrupción o la prostitución de una mujer puede hacerlo de varias maneras. Una de ellas, la más conocida, es la de la persona que monta y sostiene una casa de tolerancia, con autorización de la autoridad o clandestinamente. Otra es la del que vive a costa de la prostitución de una mujer con quien mantiene relaciones sexuales. Otra, finalmente, la del traficante en mujeres: es acaso éste el más abyecto y torpe de tan bajos oficios. Hace caer bajo su garra a la infeliz mujer, casi siempre por el engaño; luego la coloca en una casa de tolerancia, donde queda secuestrada y es sometida a un régimen de esclavitud y de temor inconcebibles. Se entiende con la dueña o regente de la casa, y la víctima es inicua y explotada. Buenos Aires está infestada de esta plaga infame, parásitos repugnantes de la inmoralidad y de la desgracia.

El código, siguiendo el raro ejemplo del proyecto de 1906, reprime estos hechos, no sólo cuando se tiene en mira el lucro o la satisfacción de ajenos deseos, sino también cuando el propósito es el de la satisfacción de los propios.

La doctrina en general es contraria a esta conclusión, y la verdad es que no ha de ser frecuente la corrupción o la prostitución en tales condiciones.



Ha limitado sin embargo esta innovación a los casos de corrupción o prostitución de menores, de suerte que en los de mayores no caben sino el lucro y la satisfacción de ajenos deseos.

El asunto, que ha sido vivamente debatido en Francia, Bélgica, Holanda, España y otros puntos, habiendo sido la jurisprudencia francesa y la española por demás contradictoria, se halla resuelto en los códigos belga y mejicano, entre otros, en el sentido de que se excita, promueve, favorece y facilita sólo para la satisfacción de ajenos deseos.

Tomo de Rivarola, t. II p. 153, lo siguiente:

"... pienso que son de todo punto acertados los comentarios de Chauveau y Hélie... En el lenguaje ordinario, se preguntan, ¿es *favorecer* la prostitución tratar de seducir a una mujer en interés de la pasión propia? No, es ejecutar un acto de corrupción, pero no es favorecerla ni facilitarla; el que la excita, el que la facilita, el que provee los medios de aproximación, que se hace agente de corrupción, es el instrumento por medio del cual se consuma la prostitución. He ahí el sentido natural de las expresiones de la ley; cada uno de sus términos lo confirma. ¿Cómo admitir, agregan más adelante, que la ley hubiera podido confundir en la misma disposición, en la misma penalidad, dos hechos distintos? La acción del hombre que arrastrado por la pasión seduce y corrompe a una menor, ¿es acaso la misma que la acción del mercenario que se hace intermediario de la corrupción, y que trafica con ser mensajero de proposiciones vergonzosas y con entregar a las víctimas a la prostitución? El primero es un hombre inmoral; el segundo es un ser infame; si uno seduce es para él mismo; el otro no tiene pasiones, corrompe por el oro; es su comercio y su profesión; el primero no es sino accidentalmente corrompido; el segundo hace oficio de seducir jóvenes para entregarlas a la corrupción; hace más, excita los deseos del corruptor, halaga y mantiene las vergonzosas pasiones de que vive".

68.—No se requiere *el hábito*; de tal manera que el delito se perfecciona con la corrupción o prostitución de una sola persona, y cabe por ende *la reiteración*, tal como en los códigos de

Friburgo y el italiano. Puede verse el informe del proyecto de 1891, el código italiano y Crivellari.

69.—Es posible cometer el delito con consentimiento de la víctima o sin él. *El consentimiento* en los casos de menores no excusa, pero la pena se agrava si mediere engaño, violencia o abuso de autoridad.

Es el caso de preguntar una vez más, por qué el legislador que ha equiparado aquí y en el rapto el fraude con la violencia, no ha procedido del mismo modo al legislar la violación y el abuso del error de una mujer casada.

Siendo la víctima menor de edad, se equipara al engaño y la violencia, a los efectos de la penalidad y en calidad de agravantes. la circunstancia de ser el delincuente ascendiente, marido, hermano, tutor, encargado de su educación o guarda, o hacer con ella vida marital.

El *engaño* y la *violencia* constituyen circunstancias agravantes tratándose de menores (art. 125), y son condición del delito cuando la víctima es mayor.

Quedan incluidos en el concepto de violencia, tanto la física como la moral, y por lo tanto el abuso de autoridad y la amenaza, expresamente previstas por la ley, como así mismo entre las primeras el hipnotismo, los narcóticos, etc. (art. 78).

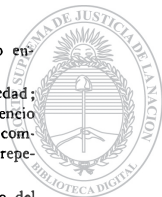
¿Quedan comprendidas entre las personas bajo *guarda* las del servicio asalariado?

Se ha entendido generalmente que la guarda supone un poder, aún cuando no venga de la ley, pero siempre un poder. Y ciertamente que el dueño de casa que tiene a su servicio una menor a sueldo y con padres u otros representantes que la gobiernan, no puede ser considerado como su guardador en sentido estricto.

Otra cosa sería si la ley, como la anterior, Tejedor, el código español y tantos otros, hálbase del *abuso de confianza*, según lo tiene resuelto el Tribunal Supremo de España, o, como los códigos de Méjico, Bélgica y el Cantón de Friburgo, incluyese expresamente a las personas del servicio.

Nuestros tribunales (la cámara de lo criminal de la capital federal y la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires), han ido más lejos (ver Rivarola). Han resuelto que la *guarda*





supone un poder legalmente constituido. También así lo entiende Escriche. (Véase el n° 80).

El *sexo* es indiferente, si la víctima es menor de edad; siendo mayor, tiene que ser mujer. La ley guarda silencio (art. 126), por lo que parecería que también quedarán comprendidos los varones; pero la salvedad del art. 125, no repetida en el 126, da aquel alcance.

La comisión reformadora funda la inclusión del caso del que corrompe o prostituye a la mujer con quien hace vida marital, en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta que en muchos casos la prostitución es impuesta a la mujer por el individuo que hace con ella vida marital, se castiga especialmente a éste, aún cuando hubiere mediado el consentimiento de la mujer”.

“Nuestras leyes se han preocupado hasta ahora de castigar a los que comercian o lucran con la prostitución de menores, teniendo siempre en vista la casa de prostitución y sus regentes”.

“Pero no se ha ido al fondo del asunto ni se ha buscado el remedio para el mal realmente sentido en nuestra modalidad nacional”.

“Aquí es frecuente el caso del individuo que haciendo vida marital con una mujer vive a costa de su prostitución. El individuo costea sus vicios con el *trabajo* de la mujer, a la cual coloca en una casa de tolerancia o a la cual obliga a ejercer su comercio en la calle. El sujeto cuando la coloca, cobra los rendimientos, y cuando la mantiene en aparente libertad, la asecha para quitarle el dinero de *los clientes*”.

“Este sujeto sólo es penado cuando se prueban violencias. Pero es el caso que tienen de tal manera dominadas a sus víctimas, que todas las veces que éstas son llamadas a los tribunales para averiguar si se ejercitan violencias sobre sus personas, niegan categóricamente su concurrencia, salvando al explotador que las trata peor que los antiguos negreros a sus esclavos. Es preciso hacer desaparecer esa lacra social, es necesario reprimir severamente a esos sujetos haraganes que viven de la corrupción de sus víctimas, y a ello se encamina el proyecto, que los castiga aún mediando el consentimiento de la mujer. Lo que la ley no debe tolerar es esa pro-



“fesión peligrosa, fuente de vicios, de corrupciones y de sufrimientos para las víctimas desgraciadas”.

La edad de la víctima no es indiferente. La penalidad es más grave tratándose de menores, en cuyo caso la gravedad aumenta, según que el menor sea de diez y ocho a veintidós, de doce a diez y ocho, o menor de doce años. Si la víctima fuere mayor, el delito sólo se comete siendo ella mujer, moviendo al culpable el propósito de lucro o la satisfacción de ajenos deseos, y mediando engaño o violencia.

70.—*El delito*, por lo demás, *es formal*: no se requiere para su perfección el logro de los menguados propósitos. Basta que el culpable haya hecho lo posible de su parte, aunque la corrupción o la prostitución no se produzca; es suficiente que promueva, impulse, incite o facilite, para que la línea de protección establecida por la ley haya sido salvada. Y desde que la actividad delictuosa ha hecho su aparición en el terreno vedado, dentro de los límites tutelares, el delito empieza y concluye a un mismo tiempo, quedando de tal suerte equíparas la tentativa y la consumación.

Es esta la doctrina clara de la ley, y ella ha sido consagrada por la jurisprudencia establecida por la cámara de lo criminal de la capital federal.

Rivarola, que sostiene esta doctrina en el t. II p. 156, conforme a la doctrina francesa, belga y española enseñada por Chauveau, n° 1548, por Blanche, t. V ps. 166, 167 y 172, y por Nypels, t. II p. 510, cita el siguiente fallo del Superior Tribunal de España: “... el hecho de facilitar la corrupción de “una menor queda terminado desde el momento en que se no “ne ésta a disposición de otro para que abuse de ella como le “convenga, y la inmoralidad del hecho no depende de que el “abuso haya sido o no llevado al último extremo, toda vez que “la perversidad consiste en la corrupción de la virtud y honestidad, entregándolas a los excesos vergonzosos de la prostitución o de los halagos inmorales del vicio, sin la defensa que “da la edad y la mayor inteligencia de los males consiguientes”.

Puede consultarse los que en el mismo sentido cita Viada en el suplemento 1°, pág. 223, y suplemento 2°, pág. 307.

71.—La penalidad es la siguiente: reclusión o prisión de cuatro a quince años, si el menor ofendido lo es de doce años;



las mismas, de tres a diez, si es de doce a diez y ocho; prisión de dos a seis, si es de diez y ocho a veintidós; reclusión o prisión de diez a quince, cualquiera que sea la edad del menor, si medió engaño o violencia, y el delincuente es su ascendiente, marido, hermano, tutor o persona encargada de su educación o guarda, o hace con la víctima vida marital; las mismas penas de cuatro a diez, si la víctima es mayor.

**72.**—El delito de *ultraje al pudor* puede cometerse de tres maneras: el conocido con la denominación de *abuso deshonesto*, y que consiste en abusar de la honestidad de una persona en las condiciones de la violación, pero sin el propósito de efectuar la cópula carnal; el que consiste en publicar, fabricar, reproducir, exponer, distribuir o circular libros, imágenes u otros obscenos, el que consiste en ejecutar o hacer ejecutar, en público o en privado, pero en condiciones de poder ser vistas involuntariamente por terceros, exhibiciones obscenas.

Los del primer grupo tienen prisión de seis meses a cuatro años, y reclusión o prisión de tres a diez años, si el culpable fuere ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de la víctima, o ejecutare el delito con el concurso de otras personas (art. 127); los del segundo tienen prisión de quince días a un año (art. 128); los del tercero, finalmente (art. 129), se hallan reprimidos con multa de cincuenta a quinientos pesos.

La forma prácticamente más perniciosa, es indudablemente la del segundo grupo. Aunque la cantidad natural es mayor en los del primero y luego en los del segundo, es mayor la política en los del segundo.

El *abuso deshonesto* se asemeja a la violación, en que supone la falta de consentimiento de la víctima, y en las condiciones ya expresadas al tratar esta figura de delito contra la honestidad, y se diferencia en la falta de cópula, y en que aquella implica un acto único, mientras ésta supone una serie de actos, no obstante lo cual el delito queda consumado con la realización de uno solo de ellos (Rivarola, Nypels, Chauveau); aparte de que en la violación se procura satisfacer un deseo sexual, mientras que el abuso deshonesto puede reconocer también por móvil la injuria, el ultraje o la venganza. Donde es difícil fijar la línea de separación es en la tentativa de violación.



Se diferencia del estupro en las particularidades que pueden anotadas respecto de la violación, y además en lo relativo al consentimiento y a la edad y la honestidad de la víctima.

Respecto de la prueba y la falta de consentimiento, lo dicho en la violación.

**73.**—Comete *rapto* quien subtrae o retiene a una mujer con miras deshonestas (art. 130).

En esta definición halláanse expresadas las condiciones propias del delito, siendo de notar que el artículo extiende a la simple retención, el concepto tradicional del rapto, limitado antes a la substracción. De tal manera que habrá rapto en retener en su casa a una mujer que vino a ella por su libérrima voluntad.

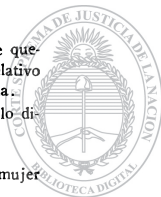
Agrega la definición que la persona raptada ha de ser mujer, en lo que se parece al estupro y el abuso del error de mujer casada, y se diferencia de la violación, abuso deshonesto y la corrupción y prostitución de mujeres menores, delitos en los que en general el sexo es indiferente.

Agrega aún más, y es que el acto debe realizarse con miras deshonestas. Si pues obedeciere a otro propósito, habrá o no otro delito, pero no de rapto. (Exposición de motivos del proyecto de 1891 p. 165).

**74.**—Puede cometerse con o sin consentimiento de la persona raptada. En el segundo caso puede emplearse el fraude o la violencia. Aquí, donde se equipara en gravedad estas dos formas de falta de consentimiento, es donde se advierte, como ya lo hice notar al hablar sobre la violación, la inconsecuencia y falta de lógica con que el legislador ha procedido al equiparar al estupro, y no a la violación, el caso del abuso del error de una mujer casada, previsto por el art. 121.

La violencia puede ser, como en la violación, física o moral (fuerza o intimidación), y con el mismo alcance que allí se da a la primera (nº 64).

Mediando fraude o violencia, son indiferentes la edad y la honestidad de la víctima. Cuando el acto se ha llevado a cabo con su consentimiento, debe ella ser honesta y menor de quince años, para que haya delito.





Que, siendo mayor de doce y menor de quince años, y mediando además consentimiento, se requiere que la mujer sea honesta, es la consecuencia de ser el rapto realmente un delito contra la honestidad, análogo en tales condiciones al estupro. Esto mismo resulta del proyecto de Tejedor, que reprime el rapto efectuado con violencia o fraude, o *el de doncella*, así como del informe de la comisión autora del proyecto de 1891, del cual ha sido tomado el art. 130, en el que se dice que esta disposición corresponde a la del art. 135 derogado, que requería la honestidad de la raptada.

**75.**—Si además se cometiere cualquiera de los otros delitos contra la honestidad, ya examinados, se aplicará lo dispuesto por los arts. 54 y siguientes.

**76.**—El rapto de mujer casada, con su consentimiento, será adulterio si se efectúa la aproximación sexual.

Mediando violencia o fraude, la calidad de casada de la víctima impone una agravación, a la manera del código derogado y los proyectos de 1891 y 1906. La ley 4189 no la consideraba.

**77.**—Si el legislador ha previsto como posible que los ascendientes, descendientes y hermanos violen o estupren a sus descendientes, ascendientes o hermanas, o cometan contra ellos abuso deshonesto, y si este vínculo y el carácter sacerdotal del culpable, lo mismo que el concurso de varias personas, constituyen agravantes calificativas en esos delitos, menos lo último en el abuso deshonesto, no se alcanza la razón que se haya tenido en vista para considerar esas circunstancias en general de imposible concurrencia en el rapto, o para no asignarles en él el valor que se les atribuye en aquellos. No pueden, pues, ser consideradas aquí sino como agravantes ordinarias, conforme a lo dispuesto por el art. 41.

**78.** — La penalidad es la siguiente: prisión de uno a cuatro años si hay violencia o fraude; de dos a seis, si la víctima es casada o menor de doce años (con o sin consentimiento, agrega de más el art. 131); de seis meses a dos años, si es menor de quince, con su consentimiento.





## Disposiciones comunes

79.— Consideraciones preliminares. Eximente por el matrimonio. La ofendida viuda. Consentimiento de la ofendida y de sus representantes. 80.— Carácter de la acción. Desistimiento. Casos de acción pública, fiscal o popular. A quienes corresponde el ejercicio de la acción privada previa. Jurisprudencia. 81.— Casos de complicidad reprimidos con la pena de los autores.

79.—Las disposiciones comunes de este capítulo no se refieren siempre a todos los delitos comprendidos en el título relativo a los delitos contra la honestidad. La contenida en el art. 132, p. e., se relaciona únicamente con los de violación, abuso deshonesto, estupro y rapto de mujer soltera, quedando excluido el adulterio.

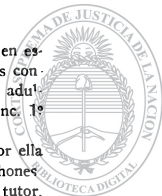
Puede aquí presentarse un caso de prejudicialidad de la acción civil sobre nulidad del matrimonio, si la alegare quien por el art. 72 tiene el derecho de acusar.

Según esta disposición, el culpable quedará exento de pena por el *matrimonio* contraído con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida a poder de sus padres o a otro lugar seguro. ¿Y por qué no el tutor?

Es esta una manera de solucionar una cuestión de interés familiar, que viene a constituir una causa especial de exención de pena, fundada en razones de índole utilitaria.

Agrega el artículo que la ofendida habrá de prestar su libre consentimiento, con lo que se quiere expresar que no bastará el de sus representantes legales, si fuere incapaz.

Requiere también que la ofendida haya sido previamente restituida por el culpable a sus padres (o tutor, aunque la ley no lo especifique), o a otro lugar seguro. Lo esencial es que la ofendida se encuentre libre de la influencia o presión que el culpable pueda ejercer sobre ella para obtener su consentimiento, reteniéndola bajo su poder.



80.—Otra disposición común más, aunque no figura en este capítulo, es la del art. 72, aplicable a todos los delitos contra la honestidad, con la única excepción ya apuntada del adulterio que se rigió sobre el particular por los arts. 73 inc. 1º y 74.

Es esta la disposición común más controvertida, y por ella se prohíbe formar causa en los casos de delitos contra la honestidad sin denuncia o acusación del agraviado, o de su tutor, guardador o representante legal. Salvo que resultare la muerte de la ofendida, o lesiones de las mencionadas en el art. 91.

Pero si el delito se cometiere contra un menor que no tenga *padres, tutor ni guardador*, o si el autor fuere su *ascendiente, tutor o guardador*, se autoriza a proceder de oficio.

Es el caso de hacer notar que la ley ha convertido estos delitos en delitos de acción pública dependientes de instancia privada, excepción hecha del de adulterio, que es de acción privada.

Como está de por medio el honor de la familia, el legislador ha preferido contemplar estos intereses, por cierto muy respetables, y ha subordinado a ellos los de carácter social, permitiendo a la víctima o a la persona bajo cuyo poder se encuentre (si fuere incapaz), mantener en secreto la ofensa. Es así como dice que no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia de esas personas.

Acusación o denuncia, dice la ley, y con ello queda dicho que no se trata de un delito de acción meramente privada, puesto que esta clase de delitos no admiten la denuncia sino la acusación.

Pudiendo, por otra parte, abrirse el juicio por denuncia, no cabe darle término por el desistimiento, dado que éste implica el ejercicio de la acción, que la denuncia excluye.

La denuncia es la simple delación, el mero conocimiento que se da a la justicia sobre una cuestión de su incumbencia, para que proceda, si fuere del caso.

Puesta, pues, la acusación o la denuncia, recogido el telón que mantenía en secreto la ofensa, la justicia entra en acción, porque era lo único que necesitaba: la autorización para obrar. Desde ese momento el delito es de acción pública, y el desistimiento de la acción privada afectará únicamente al que desiste (art. 17 del c. de p. p. de la c. y t. f.).



No obstante ser esto tan claro, conozco dos fallos (uno muy antiguo, de la cámara de lo criminal de la capital federal — mayoría de dos, contra la minoría y el fiscal doctor G. Cortés — y otro de la cámara de San Nicolás), en los que se admitió el *desistimiento de la denuncia*, y se mandó archivar los autos

Dice Pacheco, t. II, p. 156: "Esta (la justicia) no puede "hacer nada sin la denuncia de quien sea legítima parte; más: "puesto ya ese fundamento, nadie puede embarazarla en su camino, ni impedirle que llegue al término que deben tener las "actuaciones. El mismo perdón de la parte agraviada no es motivo de sobreseimiento en donde no es necesaria su querella."

Puede agregarse que, fuera de la limitación impuesta con la denuncia o la acusación a la iniciación del juicio, la ley no impone otra a su prosecución y resolución que la del matrimonio del ofensor con la ofendida, limitación cuya interpretación debe ser estricta, como también que el carácter público, aunque con las limitaciones apuntadas, de la acción en estos delitos, se demuestra además por la acción pública fiscal y popular, que también autoriza en los casos en que la víctima imputar no tenga representante o sea éste el ofensor. (Ver los arts. 69 y 72).

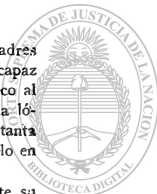
¿Pero qué alcance debe darse a la palabra *guardador*? ¿Es un poder legal, como la patria potestad, la tutela, la curatela, o es también un poder de hecho, como el guardador que no es ni tutor ni curador?

Es este el verdadero punto controvertido.

La cámara de lo criminal de la capital federal, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires y la de Santa Fe, han resuelto el caso en el sentido de requerirse un poder legal. En contra Rivarola (t. I, p. 169).

Dejando de lado el vocablo *guardador*, que según Escribano denota un concepto de poder legal, porque el legislador ha usado esa palabra y el término guarda, unas veces en el sentido estricto a que se refiere Escribano y otras con un alcance más extenso, la tesis enunciada puede apoyarse en los antecedentes y la interpretación lógica de la disposición.

El artículo fué tomado de Tejedor, y éste lo tomó del código español, en el que se habla de padres, abuelos, hermanos, tutores y curadores, todo lo que redujo Tejedor a padres y



guardadores. Y con sobrada razón, ya que habiendo padres nada tenían que hacer los demás, y faltando ellos el incapaz estaría bajo tutela o curatela. Si pues redujo el parentesco al con poder legal (patria potestad), el guardador substituíalo lógicamente al tutor o curador del código español. Con tanta más razón, cuanto que es de presumir empleara ese vocablo en el sentido estricto que le da Escriche.

Por otra parte, si la represión del delito, no obstante su importancia social, se subordina a las conveniencias privadas de familia, es lo razonable que sea el que por la ley está encargado de velar por ese interés quien decida entre la divulgación o el secreto del deshonor de la familia.

Puede consultarse los arts. 36, 37, 39, 72, 76, 86, 122, 125, 146 a 149 y 265.

**81.**—Agrega finalmente el código en el art. 133, que serán reprimidos como autores los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos, y cualquiera persona que, con abuso de autoridad, encargo o confianza, *cooperasen* a la perpetración de los mismos delitos.

La razón es concordante con la de los arts. 122, 125 y 127.

La cooperación puede ser material o moral, y la calidad particular del culpable influye para que el que en realidad puede ser un simple cómplice, pase a ser considerado autor.



## DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

### Consideraciones generales

El lugar y el tiempo del nacimiento, y aún de la defunción de las personas, representan, en la vida de las sociedades, motivos de interés político y civil, que dan por ello origen a previsiones legislativas tendientes a fijarlos con precisión.

Igual sino mayor importancia reviste la filiación de las mismas, puesto que de ellas derivan consecuencias de orden diverso. cuya influencia es remarcable; por lo cual también a este respecto la ley toma providencias conducentes. Es esta, por lo demás, una cuestión a la que se vincula estrechamente el matrimonio, base de la organización de la familia, base a su vez de la sociedad y fuente de relaciones múltiples, en cuya virtud todas las naciones civilizadas la han sometido, en su formación, desenvolvimiento y gobierno, a un régimen legal.

Este régimen reconoce en la actualidad como fundamento el matrimonio monogámico, entre personas capaces que se unen por su libre voluntad, celebrado con sujeción a determinados requisitos.

Pero las previsiones de la ley no tienen en mira únicamente el interés privado de las personas contra el peligro de un cambio en la situación que legalmente les corresponde en el seno de la familia, ni el público de que esa situación sea cierta y estable; tiene por igual y preferentemente en mira, intereses colectivos todavía más trascendentes, como son los materiales del vigor y la bondad de la raza, que pueden quedar comprometidos en una generación insectuosa, resultante de la unión de personas excesivamente jóvenes o a base de taras mentales, o también los de carácter moral, provenientes de algunos de es-



tos mismo motivos o de la adopción del crimen como instrumento de disolución de la familia.

Y es de toda evidencia que un problema de tan vital importancia no puede ser confiado con éxito a previsiones de exclusivo carácter civil.

De aquí que, en general el estado de familia de las personas y en particular la institución del matrimonio, hayan dado margen a que la ley penal contenga dos capítulos con disposiciones referentes a ciertas violaciones con ellos relacionadas.





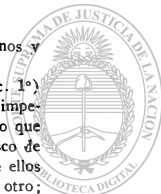
## Matrimonios ilegales

82. — En lo que consiste este delito, y sus distintas formas. 83. — Matrimonio nulo: sus condiciones. Celebración ante el oficial público. 84. — Causas de nulidad. 85. — El parentesco. 86. — Haber sido uno de los contrayentes autor o cómplice del homicidio del cónyuge del otro: el móvil del homicidio; la culpa. 87. — Bigamia: sus condiciones. a) Matrimonio anterior subsistente. b) Validez del primer matrimonio. c) Para que se considere válido el segundo matrimonio no es necesario que antes se hubiese declarado la nulidad del primero. d) Quienes pueden oponer la nulidad del primer matrimonio. e) Cuestión relativa a la jurisdicción. f) Es indiferente que la nulidad sea absoluta o relativa. g) A quienes corresponde el ejercicio de la acción privada. 88. — Matrimonio simulado. 89. — El dolo y la culpa. 90. — Intereses consultados por el legislador. 91. — Momento consumativo del delito. 92. — La tentativa. 93. — Personas responsables. 94. — De la prescripción. 95. — Disposiciones de la ley de matrimonio que el código deroga. 96. — Penalidad.

82.—El primero de los delitos contra el estado civil, de que se ocupa el código, es el de matrimonio ilegal.

El matrimonio, que como dice Vélez Sársfield, más que un contrato “es una institución social fundada en el consentimiento de las partes”; el matrimonio, que según el decir de Lord Robertson, citado por Vélez Sársfield, “es la base de toda constitución civilizada”, tiene en las medidas de carácter penal aquí establecidas, una protección, aunque indirecta, más firme y eficaz que en las de carácter civil.

Excepción hecha del caso de simulación de matrimonio, puede decirse que es matrimonio ilegal el contraído en general conforme a la ley, pero con violación de algunos de aquellos requisitos impuestos bajo pena de nulidad. En general conforme a la ley, porque si ningún requisito se hubiese llenado (por lo menos los elementales: personas de ambos sexos, consentimiento, intervención del oficial público), no habrá matrimonio en su acepción jurídica.



El matrimonio ilegal en lo penal, es pues, algo menos y algo más de lo que es en derecho civil.

Algo menos, porque la ley penal (arts. 134 y 135 inc. 1º) limita su alcance al matrimonio contraído existiendo un impedimento que cause su nulidad absoluta. Y es bien sabido que las nulidades de este carácter se reducen a tres: parentesco de cierto grado entre los contrayentes (incesto); ser uno de ellos autor o cómplice voluntario del homicidio del cónyuge del otro; matrimonio anterior subsistente (arts. 9 incs. 1º, 2º, 3º, 5º y 6º, y 84 de la ley de matrimonio). Los demás casos de nulidad relativa, como la menor edad y la locura (arts. 9 incs. 4º y 7º, y 85), no obstante constituir matrimonios ilegales (aunque válidos) del punto de vista civil, no lo son en sentido penal, aunque lo eran bajo el régimen del código derogado.

Es algo más, porque el art. 135 inc. 2º del código equipara a los casos del inc. 1º, bajo la denominación impropia común de matrimonio ilegal, el de simulación de matrimonio, cuya consideración va en el nº 88.

Son estas las dos formas o figuras de este delito, que comúnmente se las reduce por error evidente a un solo caso, el de bigamia o doble matrimonio.

**83.**—La primera de dichas formas, la de los que contraen matrimonio sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, requiere las siguientes *condiciones*: celebración de un matrimonio; impedimento que lo anule; el carácter absoluto de la nulidad.

El *matrimonio* no será tal sino se celebra ante el oficial público. Esto es indispensable para que pueda hablarse de matrimonio, aunque sea nulo por otros motivos (arts. 14 y 37 y siguientes de la ley citada).

**84.**—Las *causas de nulidad* pueden reducirse (ya se ha dicho) a tres (art. 84 de la ley de matrimonio). El incesto (parentesco entre los contrayentes, en línea recta consanguínea o por afinidad, y entre hermanos y medios hermanos por consanguinidad); el matrimonio anterior mientras subsista; haber sido uno de los contrayentes (con más razón si fueren los dos) autor o cómplice voluntario del homicidio del cónyuge



del otro (con más razón si lo fueren de sus respectivos cónyuges) art. 9 de la misma, incs. 1º, 2º, 3º, 5º y 6º.

Los impedimentos expresados en los incs. 4º y 7º (edad y locura) no dan lugar, como también se ha dicho, al delito de matrimonio ilegal, por cuanto no causan la nulidad absoluta del matrimonio (art. 35 inc. 1º y 2º). Otro tanto los vicios del consentimiento, por violencia, error o dolo (arts. 16 y 85 inc. 3º).

**85**—El *parentesco* puede ser legítimo o ilegítimo (natural o adulterino), ins. 1º y 2º del art 9 citado.

La unión entre parientes, o incestuosa, ha sido materia de disposiciones represivas en todas las legislaciones. El fundamento de la prohibición no es de carácter moral exclusivo, también se tiene en vista la raza.

**86**—Otro de los impedimentos, el del inc. 6º, es haber sido uno de los contrayentes *autor o cómplice voluntario del homicidio del cónyuge del otro*.

La sociedad no puede reconocer la legitimidad del crimen como medio substitutivo del divorcio.

Aunque la ley no lo diga, es claro por demás que esa circunstancia no causará la nulidad del matrimonio, y por consiguiente no dará lugar al delito de matrimonio ilegal, si el homicidio hubiere obedecido a un propósito o motivo del todo ajeno a la celebración de un matrimonio con el cónyuge viudo. Puede verse lo que sobre el particular dice Machado en las pp. 290, 403 y 416 del t. I de su obra "Comentario del Código Civil Argentino".

Exigiéndose que el homicidio sea voluntario, queda excluída la culpa.

**87**.—El otro caso de nulidad absoluta, el más grave y al mismo tiempo el más frecuente, es el de *bigamia*, denominación tradicional y corriente, o de *matrimonio múltiple*, según el decir de Liszt, o *poligamia*, según el de Carrara, por cierto más propio, dado que puede haberse contraído más de dos matrimonios.

Las *condiciones* específicas de esta figura de matrimonio ilegal son: matrimonio anterior; su subsistencia en el momento de contraerse el posterior; su validez.



a) La primera condición es que haya un *matrimonio anterior*. Pero es además menester que ese matrimonio *subsista* en el momento de contraerse el segundo, pues si se hubiese disuelto o declarado nulo no habría delito (inc. 5º del art. 9 citado).

Por nuestra ley el matrimonio únicamente se disuelve por la muerte de uno de los esposos. El fallecimiento presunto de uno de ellos no habilita al otro para contraer nuevo matrimonio, y el divorcio no disuelve el vínculo (arts. 64, 81 y 83 de la ley del matrimonio).

Fuera del caso de la disolución del vínculo por la muerte de uno de los esposos, únicamente la nulidad puede hacer cesar los efectos civiles del matrimonio (arts. 84 a 92).

b) Mas la nulidad del segundo matrimonio está subordinada, no solamente a la subsistencia del primero, sino también a su *validez*. Machado dice: "... no basta demostrar la "existencia del primero para que el segundo sea nulo; es necesario que sea inatacable: es decir, que no adolezca de alguna causa que lo anulare, porque si se declara nulo el primero quedará subsistente el segundo". Por entendido no lo dicen ni la ley penal ni la civil.

Requerían expresamente la validez del primer matrimonio el proyecto de Villegas, Ugarriza y García y el art. 143 derogado, y la requieren los códigos de Lucerna, Zurich, Méjico, Chile, Hungría, Uruguay, Italia y Paraguay. No hay en la doctrina discrepancia sobre el particular.

c) La duda estaría en otra parte, y consistiría en decidir si, disponiendo los arts. 87, 88 y 89 de la ley de matrimonio, que éste, aunque nulo, se considera válido para los contrayentes de buena fe hasta el día de la sentencia que decida su nulidad, e inexistente desde un principio únicamente para los contrayentes de mala fe, habrá o no delito en contraer nuevo matrimonio antes de la anulación del anterior.

Parecería que en el primer caso la nulidad del anterior matrimonio, declarada con posterioridad a la celebración del segundo, no debería influir para que se considerase inexistente el delito.

Mas, por una parte cabe observar que esa validez prorrogada contempla intereses puramente civiles de familia y derechos adquiridos por terceros contratantes de buena fe (art. 92), y, por otra, que el bigamo que hubiese contraído de buena



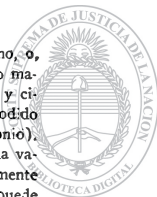
fe el anterior matrimonio nulo o anulable, vendría a quedar en peores condiciones que si lo hubiese contraído de mala fe, en el caso que el cónyuge de buena fe demandase y obtuviese su nulidad o anulación. En este caso, retrotrayéndose los efectos de la nulidad a la época de la celebración del matrimonio respecto del contrayente de mala fe, éste no habría cometido delito al contraer nuevo matrimonio antes de esa declaración, y en cambio lo habría cometido el que lo hubiese contraído de buena fe, lo que es inadmisibles. El beneficio que la ley civil acuerda a la buena fe, se trocaría de tal suerte, en lo penal, en su perjuicio, y v. v. respecto de la mala fe.

Por otra parte, si es nulo el posterior, es a condición de que sea válido el anterior, de tal manera que siendo éste nulo será válido aquél. Y como es la nulidad del posterior la que sirve de fundamento al delito, sería excesivo pretender que haya delito en contraer un matrimonio válido, por la sola circunstancia de no haberse declarado antes nulidad anterior.

Qué mal, por lo demás, puede venir a la sociedad de que una persona, cuyo matrimonio puede ser anulado antes de contraer otro, contraiga éste y anule luego el anterior? A lo sumo podría verse en esto una sorpresa a la buena fe del nuevo esposo, cuyas consecuencias no irían más allá de las meramente civiles fijadas para el caso en los arts. 14, 15 y 85 inc. 2º de la ley de matrimonio.

Groizard (t. V p. 484), criticando el código español que incrimina la celebración del segundo o ulterior matrimonio, *sin hallarse legítimamente disuelto* el anterior, de tal manera que la nulidad o validez de aquél queda subordinada, no a la legalidad de éste, sino a una cuestión de hecho, como es la de la época de esta declaración, dice: "Ni la razón ni la ciencia pueden aprobar esa solución. Porque bigamo es el que está casado a la vez con dos mujeres. Y no resulta casado con dos mujeres el que logra demostrar que fué nulo su primer matrimonio, por más que la autoridad competente haga esa declaración después de celebrado el segundo".

Esta cuestión no cabe sin embargo en el derecho alemán, porque el art. 171 del código del imperio requiere, para que haya delito, que el anterior matrimonio no haya sido antes disuelto o declarado nulo.



d) *Puede oponer la nulidad* del matrimonio el bigamo, o, como enseña Machado, el que contrajo con él el segundo matrimonio, en atención a que es parte interesada, criminal y civilmente en la validez del mismo o los que hubieran podido oponerse a su celebración (art. 84 de la ley de matrimonio). No así las demás personas responsables, cuyo interés en la validez del segundo matrimonio es de carácter exclusivamente criminal, y es sabido que la nulidad del matrimonio no puede perseguirse sino por acción y vía civil, a base también de un interés civil.

e) *La nulidad debe deducirse ante la justicia civil*, por tratarse de una cuestión prejudicial regida por el art. 1104 del código civil y 86 de la ley de matrimonio. En cuanto a la interpretación de estos artículos (si se ha de entender que la cuestión es prejudicial a la acción o a la decisión), debe tenerse presente: que el art. 1104 no aclara el punto, pues si al final habla de *condenación*, al principio se refiere a la *acción* criminal dependiente de la civil; que el art. 17 del código de procedimientos penales de la capital y territorios federales, resuelve la duda disponiendo que en tal caso no podrá *iniciarse* el juicio criminal; que aunque el art. 104 citado dispusiese lo contrario, primaría la del art. 17 mencionado, por tratarse de materia de procedimientos. El código civil ha podido establecer la prejudicialidad de la cuestión, por relacionarse con el matrimonio, cuyo régimen le incumbe; pero es indudable que lo concerniente a los efectos que debe ella producir sobre la iniciación o la prosecución del juicio criminal, es punto que se relaciona con los procedimientos, materia expresamente reservada a las legislaturas locales por los arts. 67 inc. 11º y 104 de la constitución. Así lo tiene resuelto la cámara de lo criminal de la capital federal, la que, en consecuencia, ha sentado como jurisprudencia, que iniciada la acción civil, se suspende la criminal, poniéndose en libertad al detenido: salvo el caso de malicia e improcedencia manifiesta.

f) Es indiferente que la *nulidad* del anterior matrimonio sea *absoluta o relativa*, puesto que cesando el matrimonio y faltando el requisito de su validez, lo mismo en el uno que en el otro caso, falta la materia del delito. En el mismo sentido Chivellari, t. VII p. 673.



De suerte que si la nulidad relativa no puede ser invocada por la acusación como fundamento del delito de matrimonio ilegal, por encontrarse éste limitado a los casos de nulidad absoluta, puede sin embargo en un caso particular, el de bigamia, ser invocada por el bigamo y su segundo cónyuge como causa invalidante del primer matrimonio. En el primer caso se trataría de fundamentar la acción penal y en el segundo de quitarla.

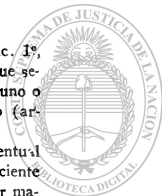
g) *La acción* para perseguir la represión del delito de matrimonio ilegal, incumbe, aparte de la acción pública al otro cónyuge del anterior matrimonio, y también al nuevo contrayente de buena fe (o nuevos, si el culpable hubiere contraído más de un nuevo matrimonio, reiterando el delito por consiguiente). No tratándose del caso de bigamia, la acción incumbe al contrayente de buena fe.

83.—El caso de *matrimonio simulado*, cuyo antecedente directo es el proyecto de 1891, el que a su vez lo tomó del código derogado (que lo tomó del proyecto de Villegas, Ugarriza y García) y de los códigos alemán y chileno, no constituye matrimonio ilegal. Hay matrimonio cuando se contrae una unión, por lo menos ante la autoridad encargada de formalizarlo, y será ilegal si se celebró con violación de alguno de los requisitos establecidos. Pero en el acto de simular un matrimonio ante un particular que se hace pasar por oficial público, o aún ante éste, prestándose a ello, podrá verse un atentado de otro género, mas no un matrimonio. (Véase Groizard t. V p. 485, y Carrara parte especial t. III p. 475).

Es, pues, un caso de mera simulación, que no da estado de familia entre las partes, y por consiguiente no es de aplicación lo dispuesto en los arts. 14, 15 y 16 de la ley de matrimonio. Mientras en el matrimonio se requiere la declaración de nulidad, por ese u otro motivo, para que cese en sus efectos civiles, en la simulación esto no es requerido.

89.—Respecto del *elemento moral*, cabe hacer notar que es éste un delito que requiere el dolo, y que, por lo tanto, excluye *la culpa*, la que por excepción se reprime en el oficial público (art. 136).





El que *sabiendo*, dice la ley en los arts. 134 y 135 inc. 1º, y el que *engañando*, dice en el segundo. De esto resulta que serán responsables uno o los dos contrayentes, si solamente uno o ambos obrasen de mala fe. Lo mismo el oficial público (artículo 163).

Claro está, por lo demás, que bastará con el dolo eventual (Liszt, p. 142, lugar citado), y que el dolo no será suficiente si faltare la condición de la existencia y validez del primer matrimonio (Crivellari, p. 674, lugar citado), puesto que, como dice el mismo, con Carrara y Groizard, los elementos del delito no se compensan.

Está demás decir también, que la buena fe, como en otros tantos casos, excusa en el de que se trata (art. 204 del código de Friburgo).

90. — Se advierte claramente, después de lo que queda dicho, que la ley penal tiene en vista, sobre el interés privado de las personas, un interés social de alto significado, y que hace radicar el delito, más que en los requisitos establecidos para la celebración del matrimonio, en los impedimentos opuestos al mismo, y entre ellos los de mayor transcendencia, como son los previstos en los ins. 1º, 2º, 3º, 5º, y 6º del art. 9 citado.

Esto en lo referente a la primera forma del delito, que en lo concerniente a la segunda, la del matrimonio simulado, se tiene en cuenta no sólo la falta de consentimiento, el engaño de la víctima, sino también el empleo, como medio, de las solemnidades, aunque aparentes, prescriptas en garantía de una institución social como el matrimonio, invocándolo falsamente.

91. — Una cuestión interesante, es la de saber si el *delito se consuma* por la sola celebración del acto, o si es necesaria además la vida conyugal.

La doctrina antigua consideraba, en lo concerniente a la bigamia, que para que existiera delito era menester que la celebración fuera acompañada de la *conjunctio maris et femiæ*. Era, pues, un delito material.

La bigamia, según esta doctrina, más que en violar la ley contrayendo un matrimonio prohibido, consistiría en crear en el seno de la sociedad un estado de perturbación en la organización de la familia y en todas las consecuencias que de ello



derivan. El matrimonio, más que un acto, para ella es un estado, más que un contrato, es una institución.

La doctrina moderna ha cambiado este concepto, y la ha convertido en un delito formal, cuya consumación se opera por el solo hecho de la celebración del matrimonio. Puede verse a Rivarola, t. II, ps. 183 y siguientes; Liszt, t. II p. 142; Crivellari, t. VII, p. 673; Nypels, t. II, p. 577; Carrara, parte especial, t. IV p. 479, y otros más, así como la jurisprudencia italiana, francesa, belga y alemana, y el art. 832 del código de Méjico. No es que, a sus ojos el matrimonio no sea una institución, un estado; es únicamente que le basta con la celebración del acto para considerarlo consumado. La ley, por otra parte, no exige más, como que el delito importa un atentado al *estado civil*, y éste queda afectado por la sola celebración del acto.

Para los sostenedores de esta tesis, el delito consultaría directamente la transgresión a la ley, y sólo indirectamente y en potencia los intereses de otro orden que el matrimonio compromete en sus ulteriores mediatas.

92. — Cabe por excepción *la tentativa*, si bien debe cuidarse mucho de no confundir lo que es el principio de la celebración del acto del matrimonio, con lo que son actos preparatorios de esa celebración: como el compromiso, el acuerdo de la época y demás pormenores del acto, la busca de testigos y padrinos, etc. Puede verse Liszt, t. II, p. 142, Crivellari, t. VII, p. 675, y especialmente Nypels, t. II, p. 579

93. — *La participación* se rige en esta materia por los principios generales. Será responsable como autor o cómplice, además de los contrayentes de mala fe, todo aquel que de una manera decisiva o útil intervenga a sabiendas como cooperador o instigador para que el delito se cometa. De entre ellos el que puede figurar en primer término es el oficial público. El caso se encuentra expresamente previsto, lo que por cierto no era menester (art. 136).

Lo que sí ha tenido que ser previsto, como lo ha sido, es lo que se relaciona con la responsabilidad del mismo, cuando por culpa o negligencia diere lugar a que se celebre un matrimonio delictuoso, omitiendo llenar los requisitos o formalida-

des legales (artículo citado), como así mismo la penalidad para el caso de inobservancia de las demás formalidades legales y pertinentes (el mismo).

Es también punible (art. 137, última parte), el acto del representante legítimo de un menor *impuber*, de prestar su consentimiento para el matrimonio del mismo.

94. — *La prescripción*, en lo concerniente a la época en que comienza a correr, es acaso el punto más controvertido en esta materia.

Tratándose de la bigamia hay quienes consideran, y entre ellos Rivarola, Nypels, Carrara y muchos otros, que la prescripción se vincula al concepto sobre el momento consumativo del delito, y como a este respecto hay conformidad de opiniones en el sentido de que el delito se consuma, como ya se ha dicho en el n° 87, letra g), en el momento mismo en que tiene lugar la celebración del acto, claro está que la prescripción corre para ellos desde entonces.

Para otros, en cambio, la cuestión no se vincula únicamente a la relativa a la consumación del delito. Depende de que se lo considere delito instantáneo o delito continuo. En el primer caso (delito instantáneo), la prescripción correrá desde la celebración del matrimonio, para los que colocan en ese punto la perfección del delito, y desde la vida marital para los que la colocan en éste; delito formal para unos, material para otros. En el segundo (delito continuo), la prescripción correrá desde la cesación del estado delictuoso, por la disolución del matrimonio (muerte de uno de los cónyuges, declaración de su nulidad, divorcio donde éste disuelve el matrimonio), sea que se considere a que el delito empezó a cometerse con la celebración del matrimonio o con la vida en común.

Los códigos de Alemania (art. 171), de Zurich (art. 120), del T'ssino (art. 309), de Italia (art. 360), del Uruguay (art. 209), y del Paraguay (art. 313), adoptan el último sistema: la prescripción corre desde la disolución del matrimonio.

La primera solución ha sido acogida por la cámara de lo criminal de la capital federal, y la segunda por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires.

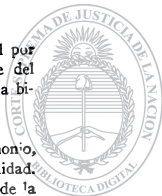


La solución, en los demás casos de matrimonio ilegal por impedimento de parentesco o de homicidio del cónyuge del otro contrayente, debe ajustarse a la que se acepte para la bigamia, pues la razón es, a ese efecto, la misma.

**95** — Como la ley penal es posterior a la de matrimonio, queda ésta derogada en todo lo concerniente a la penalidad. Quedan de tal suerte derogados los arts. 107, 108 y 110 de la misma. Puede verse la p. 168 del informe del proyecto de 1891.

**96** — La penalidad es de uno a cuatro años de prisión para 'os partícipes dolosos, si fuesen ambos (art. 134), de dos a seis cuando es sólo uno (art. 134); las mismas para el oficial público, doloso, (art. 136); multa de cien a mil pesos e inhabilitación por seis meses a dos años en caso de culpa, y la misma multa para el caso de inobservancia de otras formalidades legales y la del representante del menor impúber (arts. 136 y 137).

---







## Suposición y supresión del estado civil

97. — Objetividad jurídica del delito. 98. — Condiciones materiales del mismo y sus distintas formas. Formas específicas. a) Suposición de persona. Necesidad de presentar una criatura. Responsabilidad del médico y la partera en la suposición de preñez o parto. El propósito de favorecerla. b) Exposición u ocultación. Substitución de persona. c) Forma genérica. Necesidad de que el acto tenga por objeto hacer adquirir o perder ventajas inherentes al estado de familia. 99. — Necesidad de un perjuicio, cierto o posible. Lo que puede ser materia de perjuicio en este delito. 100. — El dolo, la culpa, el móvil. 101. — El delito como medio de cometer otro. 102. — Disposición de la ley y penalidad.

97. — En el capítulo precedente se ha estudiado, en el matrimonio ilegal, uno de los modos delictuosos de atentar contra el estado civil de las personas, y en el presente se estudiará los restantes.

Toda persona tiene en el seno de la sociedad una situación determinada de familia, como casado o célibe, o con relación a su calidad de hijo, padre, hermano, etc. El delito de matrimonio ilegal ataca el estado civil de las personas unidas por el vínculo matrimonial en sus relaciones recíprocas en calidad de esposos, y los otros modos de atentar contra el estado de familia, de que aquí se va a tratar, atacan las vinculaciones creadas entre ellas en concepto del parentesco establecido por el nacimiento.

Dado que el estado civil de las personas, en este último concepto, no reconoce como única fuente el matrimonio, pues la ley civil consagra también las relaciones derivadas de vínculos naturales, el estado de familia a que la ley penal se refiere en esta materia es tanto el legítimo como el natural.

"El *estado civil* de una persona, dice Rivarola, es su situación jurídica en las relaciones de familia. La calidad de hijo, de padre, de *esposo*, no pueden ser simuladas, suprimidas o usurpadas, sin grave alteración de aquellas relacio-



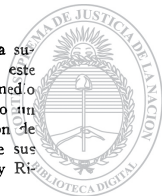
"nes que la ley tiene interés en preservar del fraude. Por eso el título precedente de los *matrimonios ilegales*, tiene de común con este que trata también un delito contra el estado civil, y como tal lo han considerado los códigos españoles de 1850 y 1870. Aquellas calidades de hijo, de padre, de esposo engendran derechos y obligaciones en las relaciones de familia, que requieren la protección indispensable de la ley penal. A la de esposo atiende suficientemente el título de los matrimonios ilegales. La de padre e hijo, dependen del vínculo de sangre que une a estas personas. Tratándose de un hecho tan indestructible y tan indisoluble como el de la filiación, no es la calidad de padre o de hijo la que puede cesar o desaparecer por obra del delito, pero ocurre que, asumiendo falsamente esa calidad una persona que no la tiene, se perjudica el derecho del verdadero *dueño* del estado civil, asumiendo otro su *posesión*. Esto es lo que la ley procura castigar."

Por lo tanto, si al prestar la ley penal su protección a la ley civil, en el régimen de las múltiples relaciones a que da lugar el estado civil de los individuos, que ésta crea y organiza, relaciones de orden moral y material, tanto de una persona para con la familia, o v. v., cuanto para con el estado, y que ora se traducen en derechos y otras veces en obligaciones, procura, por medio del establecimiento de penalidades, mantener esa organización libre de toda mutación, la objetividad jurídica del delito que se estudia tiene que residir en el ataque a esas mismas relaciones, por la alteración del estado de familia que les da nacimiento.

98. — Las *condiciones* materiales de este delito, que en épocas pasadas fué incluido entre las falsedades, revisten formas muy diversas. Las más frecuentes y conocidas son las que consisten en la suposición de una persona, en su ocultación y en la substitución de una persona por otra.

a) Se supone o simula la existencia de una persona, fingiendo preñez o parto, y presentando en su lugar a otra, cuya verdadera filiación se hace perder para darle otra que no es la que le corresponde.

Chauveau, con la jurisprudencia francesa, considera que no es menester la presentación de una persona, y que bastará



con que se acredite falsamente la existencia de la persona supuesta. Mas Nypels observa, con razón, que lo que en este acto puede verse es un delito de falsedad empleado como medio de cometer otro contra los derechos patrimoniales, y no un atentado contra el estado c'vil, puesto que la constitución de la familia no habría sufrido por ello, sino y únicamente sus derechos patrimoniales. Puede verse también a Carrara y Rivarola.

Parece ser igualmente esta la doctrina de la ley, toda vez que dice que la preñez o el parto se ha de fing'r *para dar a su supuesto hijo*, etc; y esto, interpretado correctamente significa que debe presentarse una criatura, como el tal hijo supuesto.

Esta forma de atentar contra el estado de familia es propia de los matrimonios sin hijos, y puede llevarse a cabo tanto con un noble y elevado propósito, como el de favorecer a una criatura sin familia o de condición desvalida o humilde, con todas las ventajas morales y materiales, privadas y sociales consiguientes, cuanto con un propósito perjudicial para los parientes de los autores del hecho.

Como esta forma de delinquir requiere la connivencia del médico o la partera, la ley los reprime con la pena de los autores (art. 139, in. 1°).

Debe hacerse notar, finalmente, que para que el delito exista habrá de suponerse la persona con el fin de darle derechos que no le corresponden, de tal manera que cuando se efectúe el acto con otro propósito, no será caso de represión.

Difícil, si no imposible, será sin embargo que pueda suponerse la existencia de una persona, sino es para darle un estado de familia, y con él todos los derechos y deberes inherentes a ese estado, tanto respecto de los supuestos parientes cuanto de la sociedad.

En la especie podrá decirse que no ha mediado dolo cierto mediato, y que el móvil es justo y loable; mas ni el móvil excusa y únicamente puede servir de atenuante, según se verá más adelante, ni es requerido el dolo mediato o indirecto, ni el cierto, bastando con el dolo eventual (L'szt).

Esta forma de atentado se efectúa, por lo demás, por introducción de un miembro, en una familia, ajeno a ella, sacándolo de la suya, sobre la base de un supuesto embarazo o parto y con el propósito de favorecerlo.





b) Otra forma de cometer este delito consiste en exponer u ocultar a una persona, haciéndole perder su verdadero estado de familia, y se diferencia de la anterior en que, en vez de hacerla ingresar en una familia, se la saca, y en vez de hacerla en su beneficio, se lo hace casi siempre en su perjuicio (art. 139, in 2º).

Es el delito más común, con el que la sociedad se ha visto obligada a transigir, autorizando las casas de expósitos, a fin de impedir en lo posible los infanticidios y el abandono de los recién nacidos.

Otra forma consiste en substituir a una persona por otra, lo que puede hacerse a base de una persona muerta o desaparecida o de una persona viva cuyo estado civil se usurpa. Puede esta ser considerada incluida en la precedente.

c) Viene, finalmente, después de las formas específicas expresadas, la forma genérica para los casos no especificados, que comprende todo acto por el cual se haga incierto, altere o suprima el estado civil de otro (art. 138). En consecuencia están demás las palabras *o de otro acto cualquiera* del art. 139, in. 2º.

Pero todo esto ha de ser con el propósito de que por el acto se haga adquirir o perder ventajas inherentes al estado de familia, y por consiguiente no comete delito quien usurpa un estado civil accidental y transitoriamente, con un fin que nada tiene que ver con el estado de familia; como cuando se quiere pasar de incógnito para evitarse molestias o procurarse facilidades en un viaje, o procurando eludir la acción de la justicia, etc.

Conozco dos casos de hombres casados que en vida de sus respectivas esposas, han tenido hijos adúlteros que los han inscripto como hijos legítimos de ellos y de sus correspondientes concubinas.

Podría considerarse acaso que no se ha cometido en ellos el delito de que aquí se trata, por cuanto la filiación es verdadera y lo único que se altera en el acta es su ilegitimidad, tornándola legítima, calidad que se halla sujeta a la existencia del matrimonio de los padres. Y como la prueba de este extremo faltaría, y su inexistencia se encontraría además demostrada por la del matrimonio con otra mujer, no podría decirse que



existiera posibilidad de perjuicio, sin llevar quizás demasiado lejos los propósitos legales.

Con todo, cabe la opinión contraria, puesto que, aunque remota, la posibilidad existe, y dado que la condición de hijo legítimo da un estado de familia de que por la ley carece el adúltero.

**99.** — Pero no bastan que concurren las condiciones materiales que quedan examinadas; es menester que además los actos recaigan sobre una finalidad jurídica perjudicial (art. 138).

Es menester que el atentado al estado civil de las personas produzca algún perjuicio, así sea efectivo o meramente posible. De aquí que éste sea como el de matrimonio ilegal un delito formal.

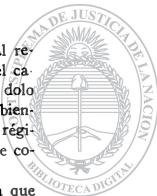
La calidad del perjuicio, por otra parte, no se reduce al pecuniario. El perjuicio en este delito alcanza a todas las relaciones derivadas del estado de familia, varias por cierto y de distinto carácter.

Ante todo el estado de familia crea relaciones del sujeto con sus parientes, como así mismo con la sociedad. Luego las relaciones de familia son privadas o sociales, pecuniarias o morales, y consisten ora en derechos ora en deberes, entre los que cabe recordar la patria potestad, la tutela, la curatela, la herencia, la obligación de alimentos, el ejercicio de acciones judiciales por razón de parentesco en ciertos delitos, etc. Por lo que a las relaciones con la sociedad respecta, puede citarse, entre otras, ciertas incompatibilidades en el ejercicio de determinadas funciones públicas, igualmente por razones de parentesco

Por lo demás para causar el perjuicio no es menester suprimir el estado civil de la víctima; basta con alterarlo o hacerlo incierto (arts. 138 y 139).

El perjuicio, por consiguiente, no sólo puede ser simplemente posible, sino que será suficiente con que la posibilidad exista, aunque sea remotamente.

**100.**—Con el elemento jurídico que acaba de estudiarse se relaciona directa e inmediatamente el elemento moral.



Si es este un delito que excluye la culpa y en general requiere el dolo de propósito (arts. 138 y 139 inc. 1º), en el caso del art. 139 inc. 2º, puede perfeccionarse con el solo dolo eventual remoto. Es suficiente que se efectúe el acto a sabidas, pues la posibilidad de un perjuicio cualquiera en el régimen del estado de familia va de suyo y ha debido preverse como una consecuencia necesaria o posible.

Liszt, que sostiene esto en términos generales, agrega que el consentimiento del interesado ninguna influencia tiene sobre la culpabilidad, porque el estado de la persona no se halla sometido a la libre disposición de su poseedor.

Claro está, entonces, que el móvil o dolo indirecto no excusa, y a lo sumo puede influir en el grado y medida de la pena.

**101.**—Puede ocurrir, y ocurre con alguna frecuencia, que el delito se cometa como medio de cometer otro. En tal caso se recurrirá a las normas que rigen la concurrencia de delitos, debiendo primar la calificación del más grave.

**102.**—La ley reprime con prisión de seis meses a dos años la forma genérica (art. 138), y con la misma pena de uno a cuatro años las formas específicas (art. 139), indudablemente más graves.

---



### DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

#### Consideraciones generales

No es del caso mentar una importancia como la que reviste el derecho a la libertad, tan accesible al simple buen sentido, para poner de manifiesto la gravedad que representan por punto general los atentados de que puede hacerse objeto. Basta hacer resaltar en este lugar las múltiples modalidades de este derecho, particularidad que da origen a la diversificación del delito en tantas especies, las que el legislador ordena en varios capítulos conteniendo preceptos relativos a la esclavitud o servidumbre, a la libertad personal y sus distintas formas de manifestación, a la sustracción de menores, a la violación de domicilio, de correspondencia y de secretos, y a la libertad de trabajo, asociación, reunión y de la prensa.

Quedan incluidos tanto los atentados de los particulares cuanto los de los empleados públicos con abuso de autoridad o funciones.

Demás está recordar que la constitución garante el derecho de la libertad del trabajo, industria, navegación, comercio, petición, tránsito, prensa, culto y enseñanza (art. 14); que ha proscripto la esclavitud y declarado crimen la compra y venta de personas (art. 15); que prescribe que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado sin orden escrita de autoridad competente; que declara inviolables el domicilio y la correspondencia y papeles privados, suprimidos los tormentos y los azotes, y prohibida toda medida de mortificación innecesaria a los presos (art. 18), etc. (arts. 19, 21, 23, 28, 29 y 32).

Cabe hacer notar, también, que las leyes de procedimiento toman providencias tendientes a evitar las detenciones y prisio-



nes indebidas, ya sea especificando los casos en que procede y los requisitos de forma, ya sea otorgando recursos ordinarios o extraordinarios, como el de *habeas corpus*, en los casos de limitación o restricción indebida de la libertad, o imponiendo sanciones especiales, sin perjuicio de las de carácter penal, para las transgresiones u omisiones culpables. Otro tanto con relación al allanamiento del domicilio, y ocupación y apertura de la correspondencia y papeles privados.

Es finalmente, digno de mención el incremento que han tomado los delitos contra la libertad con motivo de las luchas económicas y de clase de comienzos del presente siglo, luchas que lentamente van operando una transformación apreciable en los principios tradicionales del derecho histórico.

Y como toda nueva corriente, al canalizarse ha roto con violencia los obstáculos, dando lugar a la aparición de nuevas formas de delincuencia en el campo criminal.

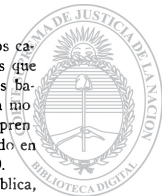
Es de tal suerte que ha podido observarse, con gran alarma, la virulencia e intensidad con que se han manifestado estos atentados contra la libertad de pensamiento, reunión, trabajo, industria y comercio, en forma de huelga violenta, agremiación y boycott extorsivos, sabotaje y terror dinamitero, atentados todos más colectivos que individuales, y en los que alternan el odio repulsivo, el fanatismo ciego, el sórdido interés y el más puro idealismo, el valor temerario y la vil cobardía, bajo la presión de hábiles y tenaces agitadores.

Ha sido por eso que, ante la gravedad de tales atentados, en vista de su más fácil impunidad, y por razón de su frecuencia y aterrante propagación y brutalidad, a nuevas formas han respondido nuevas orientaciones penales, entre las que se destacan las referentes a la mayor extensión dada a la punición de los hasta hoy tenidos como casos de excepción, por ser considerados en general como meras manifestaciones ideológicas o actos de carácter preparatorio.

Tales la fabricación, transporte, tenencia, guarda, compra y venta de explosivos, instrumentos de estragos o materiales destinados a su construcción, la propaganda de los procedimientos de su fabricación o de los medios de dañar las máquinas o la elaboración de productos, la cooperación material en la difusión de esos delitos por medio de la prensa, etc.

Del tos son estos, en realidad, que no participan de los caracteres propios de los llamados políticos, puesto que, más que cambiar el orden establecido, se proponen transformar las bases mismas de la organización social de sus puntos de vista moral y económico, y debe por lo tanto considerárseles comprendidos entre los delitos comunes, no obstante lo cual ha dado en llamárseles *económicos* o *sociales*. Puede verse el t. I n° 20.

Por lo que más se recomiendan a la execración pública, es por la brutalidad de los medios ofensivos y defensivos empleados (el estrago, y los niños y las mujeres puestos de barricada al frente de la multitud), por la irritante injusticia de sus resultados (personas y bienes, ajenos a los motivos generadores de la acción violenta puesta al servicio del logro de sus propósitos), y por la insolencia y crudeza de la prédica subversiva.





## Delitos contra la libertad individual

103. — Esclavitud o condición análoga. La constitución y las leyes anteriores. La edad y el consentimiento de la víctima, el móvil y el medio. 104. — Privación ilegal de la libertad individual por particulares. Condiciones: privación e ilegitimidad. Medio, forma, lugar y tiempo. El móvil. La constitución y leyes anteriores. Circunstancias agravantes calificativas. 105. — Delitos contra la libertad individual cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. Concurso de delitos. La constitución y leyes civiles, procesales, etc. Condiciones: restricción, calidad del agente, abuso de funciones. Circunstancias agravantes calificativas. 106. — Extrañamiento ilegal. 107. — Substracción de menores. El móvil.

103.—El art. 140, el primero del capítulo de los *Delitos contra la libertad individual*, en el que quedan incluidos los que en capítulos separados figuraban en el código derogado bajo el rubro de *Detención privada*, *Substracción de menores* y *Abuso de autoridad*, reprime con reclusión o prisión de tres a quince años, el hecho de reducir a una persona a servidumbre u otra condición análoga, o de recibirla en tal condición para mantenerla en ella.

La esclavitud es indudablemente en el actual estado de civilización el más grave atentado contra la libertad, pues importa la supresión de todas y cada una de las manifestaciones de ese precioso bien jurídico, y al mismo tiempo la negación más absoluta de la personalidad humana. Así se explica todo el rigor de la pena.

Comete el delito, no sólo el que reduce a la víctima a semejante condición, sino el que coopera recibiendo la "en tal condición y para mantenerla en ella".

La fórmula de la ley es amplia, y comprende otros casos no incluidos en el concepto clásico de servidumbre, puesto que agrega: "a otra condición análoga".



El agregado no está demás ciertamente, dado que en pleno Buenos Aires existe aún la infame trata de blancas, verdaderas esclavas al servicio de esos abyectos traficantes de la prostitución.

El precepto legal era necesario, ya que la constitución en su art. 15 había proscripto la esclavitud y declarado crimen la compra y venta de personas, y llama la atención que el código derogado haya guardado silencio en materia tan grave y en presencia de precepto constitucional tan categórico.

Siendo la libertad un derecho inalienable, el crimen lo mismo se comete con el consentimiento de la víctima, la que, por otra parte, puede ser mayor o menor.

Tampoco influye el móvil, no obstante haber sido siempre el lucro: ni el medio, el que puede revestir lo mismo formas violentas que fraudulentas.

En la fórmula *el que redujere*, quedan comprendidas las personas que el art. 15 de la constitución declara responsables.

La esclavitud, tan tolerada hasta mediados del pasado siglo, fué materia de disposiciones prohibitivas y reglamentarias desde abril 8 de 1812 (febrero 4, marzo 15 y junio 23 de 1813, enero 21 de 1814, septiembre 3 de 1824, y constituciones de abril 22 de 1819 y diciembre 23 de 1826).

**104.**—Pasa luego el código a ocuparse de los otros atentados a la libertad individual, y dispone en el art. 141, en primer término, que será reprimida, con prisión de un mes a un año, la *privación ilegal de la libertad personal*.

Como antes se ha previsto lo concerniente a la esclavitud y después se legisla especialmente sobre varios casos de delitos contra la libertad, la presente disposición rige los no previstos por separado.

En muchos casos el atentado inmediato a la libertad queda incluido en el delito mediato, a título de delito medio o circunstancial; como en el robo, la extorsión, etc., lo que por cierto es más frecuente.

Es de advertir también que aquí se trata sólo de los atentados cometidos por particulares, o por empleados fuera del ejercicio de sus funciones, pues de los cometidos en ejercicio de las mismas se ocupan los arts. 143 y 144.





Las *condiciones* de la infracción quedan fijadas en el artículo, y son: privación de la libertad de una persona, ilegalidad de la privación.

Por *privación* ha de entenderse toda restricción de la libertad, por cualquier medio, y en cualquier forma, lugar y tiempo que se la lleve a cabo: sea encerrando a la persona, como deteniéndola, secuestrándola, u obligándola a andar o hacerlo en determinada dirección, aunque sea momentáneamente.

Estrictamente por libertad personal debiera entenderse la de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio, quedando por lo tanto impunes los atentados contra otras libertades tan sagradas e igualmente garantidas por la constitución, como son las de navegar, petición a las autoridades, usar y disponer de su propiedad, enseñar y aprender, y en general no hacer lo que la ley no manda y hacer lo que ella no prohíbe (arts. 14 y 18). lo que parece inaceptable.

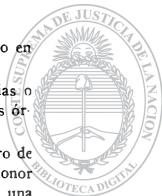
*Illegal* ha de ser la privación de la libertad, y con esto queda dicho que no habrá delicto si el agente obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, como son todos aquellos casos previstos por las leyes civiles, procesales y administrativas, y que se refieren a la patria potestad, la tutela, la curatela, a los delitos flagrantes, etc.

No debe sin embargo considerarse incluido en los casos de legalidad los de móvil justo u honesto. El móvil, si la privación no fuere legal, no tendrá la virtud de borrar la ilegalidad del acto, y si llega a excusar será por otro motivo, mas no por falta de ilegalidad.

La libertad individual tiene su consagración fundamental en los arts. 14, 15, 18, 19, 21, 23, 28, 29 y 32 de la constitución, y se preocuparon de garantírla, el decreto sobre seguridad individual de 23 de noviembre de 1811, el reglamento provisorio de 1817, y las constituciones de 1819 y 1826. Además en su resguardo han sido reglamentados en leyes varias los casos y la forma en que procede su limitación, y previsto el recurso de *habeas corpus*.

El delito es reprimido con pena más severa (prisión de uno a cuatro años), cuando concurre alguna de las siguientes *circunstancias agravantes* calificativas (art. 142):

a) Por razón del *móvil*, si se cometiere con fines de lucro, religiosos o de venganza (inc. 1º).



Debe tenerse presente, en cuanto al lucro, lo dispuesto en el art. 170.

b) Por razón del *medio*, si se cometiere con violencias o amenazas, simulando autoridad pública, o invocando falsas órdenes de la misma (incs. 1º y 4º).

Las amenazas pueden ser de sufrir él o algún miembro de su familia un mal en el cuerpo, la salud, la libertad, el honor o los bienes; y si las violencias constituyen por sí mismas una infracción punible, se aplicará las reglas relativas al concurso de delitos.

c) Por razón de la *calidad de las personas*, como si la víctima fuere ascendiente, o persona a qu'en éste deba respeto particular, como son las personas investidas de autoridad, constituidas en dignidad, maestros, tutores, etc. (inc. 2º).

d) Por razón de la *extensión del daño*, como si resultare grave mal a la persona o a su salud o negocio (inc. 4º), salvo que el hecho constituyere delito con pena mayor, en cuyo caso se aplicará los preceptos relativos al concurso de delitos.

e) Por razón del tiempo de duración de la privación de la libertad, si fuese mayor de un mes (inc. 5º).

**105.**—Los arts. 143 y 144 legislan los atentados contra la libertad realizados por *funcionarios públicos* en ejercicio de sus funciones, materia que el código derogado tenía prevista bajo el rubro de *Abuso de autoridad*, trocando, en la calificación, la calidad del culpable por la objetividad jurídica de la infracción.

El primero especifica los distintos casos, e impone la misma pena del 141, con más la de inhabilitación especial por doble tiempo, y el segundo hace extensivo a los casos del 143 lo dispuesto en el 142.

Como todos los casos importan al mismo tiempo abuso de autoridad, las reglas sobre el concurso de delitos no tienen aquí aplicación, por haber tenido ya en cuenta la ley, a título de condición integrante, el abuso de la función.

Comete delito el funcionario público que, con abuso de funciones, o sin las formalidades prescriptas por la ley, priva a alguien de su libertad personal, y es este el primer caso previsto en el inc. 1º



La comisión autora del proyecto de 1891, decía, fundando esta reforma: “Esta disposición es necesaria para asegurar la “garantía declarada por el art. 18 de la constitución nacional, “de que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Nos hemos servido de términos semejantes a los del art. 147 del código italiano, concordante con los códigos de Hungría, España, Chile, Uruguay, Alemania y Bélgica”.

El delito se comete, lo mismo privando abusivamente de la libertad, que haciéndolo con justicia pero con violación de las formalidades legales o sea de manera *ilegal*, y como entre otras, las leyes procesales, cuando no las constituciones provinciales, son las que expresan los casos en que la privación de la libertad procede, o, lo que es lo mismo, que es legal, como así mismo las personas autorizadas para ordenarla y las formalidades que son de observancia, habrá que recurrir a ellas para saber si la privación ha sido o no abusiva, y si se han violado o no las formalidades prescriptas.

Desde luego las leyes de procedimientos autorizan la restricción de la libertad en la averiguación de los delitos y las personas responsables, no sólo respecto de éstas, sino de los testigos y demás personas, cuando ello fuere necesario, lo que es regla se lleve a efecto mediante orden escrita, o también verbal si el caso lo exige.

Esos mismos jueces y los de otras jurisdicciones están igualmente autorizados a privar a una persona de su libertad, en algunos de los casos expresados y otros análogos, como los de insanía, etc.

La misma facultad incumbe a los funcionarios de policía en el sumario de prevención, con ciertas limitaciones, a los simples agentes en los casos de desorden y otros análogos, y a los mismos y a cualquiera del pueblo en los delitos flagrantes.

Los cuerpos legislativos, en fin, y las mismas autoridades administrativas, pueden, en determinados casos, ordenar la privación de la libertad de una persona.

Las condiciones son, por consiguiente, la restricción a la libertad en las formas previstas, la calidad de funcionario público en el agente y el abuso en el ejercicio de la función.

Mas como puede privarse de la libertad de buena fe y por error, para que la medida se considere ilegal ha de mediar *ma-*



*lucia*. Es pues en el sentido de una privación arbitraria, por lo injusto e intencional, que la ley habla de *abuso* de funciones. Quedan entonces aquí comprendidas la ilegalidad y la malicia.

Al mismo tiempo el *abuso* expresa que el funcionario ha de ser competente, pues si no lo fuere *usurparia* funciones, y en tal caso el delito no se regirá por este artículo.

Vienen luego otros casos en los que la persona se halla ya retenida o presa, y el delito consiste en no *decretar* o *ejetar* su soltura *debiendo* hacerlo (in. 2º); en no ponerla en la oportunidad legal a disposición del juez competente, conservándola detenida (in. 3º); en omitir, retardar o rehusar, siendo competente para ello, hacer cesar una detención *ilegal* o dar cuenta a la autoridad que deba resolver (in. 9º); en incomunicar *indebidamente* a un detenido (in. 4º); en recibir, como jefe de un establecimiento penal o alcaide o empleado de una cárcel de detenidos y seguridad, a un condenado o preso, sin testimonio de la sentencia firme o sin la orden de la autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito (ins. 6º y 7º); en imponer a los presos que se guarda severidades, vejaciones o apremios ilegales, o colocarlos en lugares no destinados al efecto (in. 5º); en cometer, desempeñando un acto del servicio, cualquier vejación contra las personas, o en aplicarles apremios ilegales (in. 8º).

De estos casos, los previstos en los ins. 5º y 8º constituyen más propiamente abusos de autoridad que atentados a la libertad, y los demás se relacionan con las leyes procesales, las que debe tenerse presente.

El in. 5º se relaciona con la última parte del art 18 de la constitución que dice: "Las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos, más allá de lo que aquella exija, "hará responsable al juez que la autorice", y el 8º rige para los actos de todo funcionario en sus relaciones con los particulares.

106. — Otra forma de atentado contra la libertad es la prevista en el art. 145, con prisión de dos a seis años, y consiste en sacar a una persona *fuera de la república* para someterla *ilegalmente* al poder de otro, o para alistarla en un ejér-

cito *extranjero*. Si en el primer caso el fin fuere el previsto en el artículo 140, será aplicable esta disposición.

107. — Finalmente en los arts. 146 a 149 se prevé, como última forma de atentado contra la libertad individual de este capítulo, la *substracción de menores* de diez a quince años, penándose algunos de esos casos muy severamente.

Se comete este delito substraendo del poder de los padres, tutores o encargados, reteniendo u ocultando a menores de diez años (art. 146), o no presentándolos, como encargados de su guarda, a los padres o guardadores que lo solicitaren, o no dando razón satisfactoria de su desaparición (art. 147). En estos casos la pena es de reclusión o prisión, de tres a diez años.

La substracción puede realizarse por medios materiales o morales, como son las promesas, los consejos, etc. Sacarlo o inducirlo, pues, vale lo mismo, así se haga uso de la violencia o de un ardid cualquiera.

Si el culpable se hubiera limitado a inducir al menor y éste fuere mayor de diez y menor de quince, la pena será de prisión de un mes a un año (art. 148); y si lo ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía, por haberse traído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido la pena será de prisión de un mes a un año si fuere mayor de diez, y de seis a dos en caso contrario (art. 149).

El caso previsto en este artículo no debiera estrictamente figurar entre los delitos contra la libertad individual, y en general este delito, aunque en realidad ataca la libertad del menor, pues hasta los quince años la ley lo supone incapaz de consentir (véase arts. 120 y 131), más bien va dirigido contra el orden de las familias, tal como lo catalogaba el código sardo.

Si la substracción fuere con miras deshonestas, regirán los arts. 130 y 131, y si con fines de lucro, el 170, en su caso.

Puede aquí el móvil, siendo justo, quitar la criminalidad del acto, como si la substracción tuviera por fin arrancar al menor a los malos tratamientos, para evitarle un mal inminente y grave.





## Violación de domicilio

**108.**—Objetividad jurídica del delito. **109.**— La inviolabilidad del domicilio y la constitución. **110.**— Definición. **111.**— Elementos materiales propios. a) La entrada (formas de hacerlo). b) Lo que debe entenderse por domicilio y sus dependencias. c) Debe pertenecer a otro. d) Falta de consentimiento expreso o presunto. **112.**— El error, el móvil y otros casos de extensión de pena. **113.**— La culpa. **114.**— El perjuicio. **115.**— La violación de domicilio como delito fin u ocasional. **116.**— Carácter del empleado en ejercicio de funciones, por parte del agente. **117.**— Penalidad.

**108.** — “La morada de un individuo es el sitio en que debe gozar de la libertad más extensa, de la independencia más absoluta y de la seguridad más completa”, dice Rivarola.

Es, pues, la inviolabilidad del domicilio, uno de los derechos comprendidos en los términos amplios de la libertad. Quien la ataca, atenta contra la libertad individual, no contra la cosa o la propiedad.

**109.** — La inviolabilidad del domicilio tiene su protección en la constitución misma, que en su art. 18 se expresa diciendo: “El domicilio es inviolable...”. Otro tanto prescribían las de 1819 y 1826, y antes que ellas lo hicieron el Reglamento provisorio de 1817 y decreto sobre seguridad individual de 23 de noviembre de 1811.

El legislador ha cumplido con el deber de asegurar la eficacia de este precepto constitucional, reglamentando el derecho que consagra e imponiendo sanciones penales a su allanamiento ilegal

**110.**—Define la ley el delito de violación de domicilio, diciendo que consiste en la entrada “en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias, o en el recinto habilitado por otros,

“contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo” (art. 50).

111.—Esta definición contiene los *elementos materiales* propios de la infracción, que son los siguientes: entrada en morada o casa de negocio ajena o en sus dependencias, o en el recinto de la casa propia o ajena, si se encuentra habitado por otro; contra la voluntad de quén tenga derecho a excluirlo.

a) La ley no prevé como delito, como no lo preveía el código derogado, más que la entrada, y guarda silencio sobre la permanencia contra la voluntad del morador, prevista por los códigos alemán e italiano, y considerada como delictuosa por Garraud y Rivarola.

El caso, sin embargo, estaba previsto en los proyectos de 1891 y 1906 y del doctor Moreno, que sirvió de antecedente inmediato, a base de los anteriores, y ha sido suprimido, sin que en la exposición de motivos se haya dado explicación alguna al respecto. Puede verse, en cambio, lo que dispone el art. 34 inc. 6º letra c).

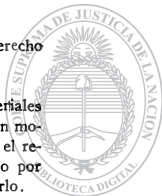
Es indiferente la manera cómo se entra. Lo mismo es que se emplee violencia, fraude o astucia, o que se haga por lugar destinado o no al acceso.

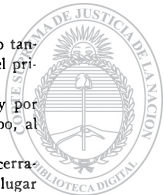
b) No habla la ley de domicilio, como se expresan la constitución y el código citado en el título respectivo, sino de morada, lo que por cierto no cambia los términos del problema, agregando “o casa de negocio”, “recinto habitado por otro” y “dependencias”.

La morada es el lugar habitado o destinado a habitación, ya sea con carácter permanente o transitorio, ya consista la vivienda en una construcción fija o movable.

No es, pues, necesario que la casa se halle actualmente habitada y presentes sus moradores: basta su destino a habitación. Otro tanto cabe decir respecto de la casa de negocio y las dependencias de una y otra.

Y no solamente la morada o la casa de negocio ajena y sus dependencias, sino que también el recinto habitado por una persona dentro de la casa o edificio propio o ajeno, como son las habitaciones de los hoteles, casas de hospedaje o de inquilinato, etc., siempre que le asista el derecho de excluir al dueño o locador principal. En dichos casos el locatario goza del dere-





cho de inviolabilidad, aún contra el locador. No es por lo tanto el domicilio civil lo mismo que el penal: el concepto del primero es más restringido.

Sobre lo que deba entenderse por *lugar habitado* y por *dependencias*, se dice lo suficiente en el capítulo del robo, al tratar el punto relativo a la efracción.

El código holandés dice: habitación, recinto o lugar cerrado de uso ajeno; y el húngaro: habitación de una persona, lugar de sus negocios, pertenencias o dependencias.

Puede consultarse los arts. 34 inc. 6º, 151, 167 inc. 3º y 277 inc. 4º

c). La casa, recinto, etc., debe pertenecer a otra persona o estar ocupada por quien tenga derecho a excluir al agente, y por lo tanto, si quedan comprendidos los inquilinos y subinquilinos, quedan en cambio excluidas las personas del servicio.

d). La entrada ha de hacerse contra la voluntad de quien goce del derecho de excluir al intruso, sin que sea menester que la falta de consentimiento sea expresa. Es suficiente que ella deba presumirse.

Esta presunción resultará de la calidad de las personas y sus vínculos, relaciones y antecedentes recíprocos, del destino del lugar, de la hora, la ocasión y un sinnúmero de circunstancias semejantes. Y así, no mediando un motivo especial por el cual la persona deba creerse razonablemente autorizada a entrar en una casa destinada exclusivamente a la habitación de una familia, la presunción de falta de consentimiento es de regla; de la misma manera que debe presumirse lo contrario respecto de las casas de público acceso, como son los hoteles, los negocios, etc., sino mediar un motivo particular de exclusión o prohibición. Exposición de motivos del proyecto de 1891.

Y, como es natural, la presunción ha de examinarse con relación al autor del acto en particular, de manera que sea él quien deba creerse autorizado o excluido.

**112.**—Se desprende de lo dicho la posibilidad de que el autor incurra en *error* de buena fe, error que, como en otros casos ya examinados, excusaría.

Excusa igualmente el *móvil*, si fuere justo, como cuando se entra para evitarse un mal grave, o evitárselo a los moradores o un tercero, o para cumplir un deber de humanidad, o



para prestar auxilio a la justicia (art. 152, concordante con el 34 incs. 2º y 3º).

Otros casos de excepción son los autorizados por el mismo art. 18 de la constitución, en la parte que dice, refiriéndose a la inviolabilidad del domicilio: “y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.

Ellos se encuentran, en cuanto a su determinación y formas de proceder, especificados en las leyes procesales, pudiendo recordarse los de ejecución de mandatos de autoridad competente, aprehensión de criminales, auxilio en casos de estarse cometiendo un delito, etc.

**113.**—En cuanto al elemento moral, aparte de lo dicho sobre el móvil, cabe hacer notar que es este uno de los delitos que excluye la *culpa*.

**114.**—El *perjuicio* consiste en el allanamiento de la inviolabilidad misma en sí, y por lo tanto no es requerida otra ulterioridad.

**115.**—Es sin embargo raro que se cometa este delito como fin: lo regular es que sea un delito medio del que se vale el culpable para cometer otro, o que se cometa ocasionalmente.

En estos casos habrá concurrencia de delitos, y, conforme a la regla de la prevalencia de lo más grave (arts. 54 y 56), primará la calificación del que tenga asignada mayor pena.

Puede cometerse para hurtar o robar, para cometer un atentado personal o un delito contra la honestidad, etc.

La cámara de la capital federal, conforme con la opinión de Rivarola, quien, fundándose en que la violación de domicilio ataca, no la cosa ni la propiedad, sino un derecho eminentemente personal, concluye que siempre que el acto tenga un objeto distinto del muy limitado de violar la tranquilidad y la independencia del morador, la imputabilidad por violación de domicilio desaparece absorbida por la del delito fin, ha juzgado, en los delitos de hurto y de robo con violación de domicilio, únicamente el delito fin, contra el parecer de Carrara, la regla de la concurrencia de delitos (cuando el medio no es una con-

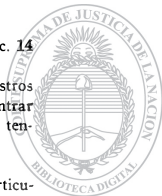


gación del delito fin) y la disposición expresa del art 94 inc. 14 del código derogado, entonces vigente.

Es muy importante advertir, por lo demás, que nuestros jueces pecan en general por una tendencia excesiva a encontrar meras violaciones de domicilio en verdaderas y manifiestas tentativas de hurto o de robo.

**116.**—Si el delito, en vez de ser cometido por un particular, lo fuese por un *funcionario público* o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley, o fuera de los casos que ella determina. el código impone además la pena de inhabilitación (art. 151).

**117.**—El código reprime este delito con prisión de seis meses a dos años, agravándolo en el caso del art. 151 con inhabilitación especial por el mismo tiempo.







### Violación de secretos

118. — Objetividad jurídica de este delito. 119. — Materia que comprende. 120. — Violación de correspondencia y papeles privados. 121. — Lo que debe entenderse por correspondencia. 122. — En lo que consiste la violación de correspondencia y papeles privados, y distintos modos de cometerla. 123. — La simple violación y la divulgación del contenido. 124. — El culpable puede ser un particular o un empleado. 125. — La violación de correspondencia y la de secretos. 126. — Publicación de correspondencia. 127. — Casos de excepción. 128. — Carácter privado y oficial de la correspondencia. 129. — Violación de secretos. 130. Carácter del secreto, privado u oficial. 131. — Cuando el autor es un empleado o lo hace con abuso de su estado, oficio, profesión o arte. El secreto profesional y su alcance. 132. — Medios y modos de violar y divulgar secretos. 133. — Excepciones. 134. — La culpa, el móvil, la intención de dañar. 135. — El perjuicio. 136. — Penalidad.

118. — El bien contra el cual va dirigida la violación de los secretos de otros, dice Liszt, es el interés, jurídicamente protegido de la defensa de la vida personal y familiar contra las intromisiones indiscretas... La expansión de la personalidad, concluye, es paralizada y puesta en peligro si cada cual puede penetrarla libremente.

119. — Bajo el título de violación de secretos comprende la ley la violación de correspondencia, de papeles privados y de secretos en general tanto de los particulares cuanto referentes a asuntos de interés colectivo.

Aún cuando la ley involucra todo este contenido en un mismo capítulo, a veces sin hacer la conveniente distinción en la penalidad, corresponde separar lo que importa la simple violación de la correspondencia y papeles, de lo que debe entenderse estrictamente por violación de secretos, con o sin revelación de los mismos, y según que sea hecha ésta en privado o

en público, por simples particulares o con abuso de empleo, profesión arte, etc.

**120.** — “Es inviolable, dice la constitución en su art. 18... la correspondencia epistolar y los papeles privados”. lo mismo que decían las de 1819 y 1826. Por lo tanto, violar la correspondencia o los papeles privados, importa un atentado a una garantía constitucional, que debe tener en la sanción de la ley la tutela respectiva.

El legislador ha cumplido con este deber, reprimiendo ese atentado a título de delito, y lo ha hecho con relación a la correspondencia epistolar o telegráfica, u otra de cualquier naturaleza.

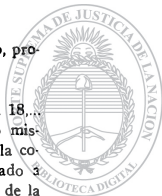
**121.**—Encuadran en el concepto legal de correspondencia: las cartas y los pliegos y despachos telegráficos, telefónicos, o de otra clase cualquiera, cerrados o no. (Arts. 153 y 154).

**122.**—La *violación de la correspondencia* y papeles privados comprende, no solamente su apertura o conocimiento indebido, sino también su supresión, apoderamiento y desvío (arts. 153 y 154), lo que puede hacerse con fraude, abuso de confianza o violencia, o aprovechándose de una facilidad accidental cualquiera. Y aún cuando la gravedad del acto varía según el caso, el legislador los considera con un criterio igualitario.

**123.**—Puede la violación limitarse a imponerse del contenido de la correspondencia o papeles, como puede también ir acompañada o seguida de la revelación del mismo, en forma privada o pública.

Como la divulgación es indudablemente más grave, moral y materialmente considerada, la ley la reprime con más severas penas, aunque sin hacer la conveniente separación entre divulgación privada y pública.

**124.**—Si el autor de la violación de la correspondencia epistolar o telegráfica fuere un empleado de correos o telégrafos, que con abuso de sus funciones cambiase el texto del despacho lo comunicare a otra persona, se apodera de la corresponden-



cia, etc., la pena es mayor. No se agrava sin embargo con la revelación, como se hace con el particular.

**125.**—En la violación de correspondencia y papeles privados puede haber o no violación de secretos, puesto que no todo contenido es considerado estrictamente secreto. Secreto es aquello que hay interés en mantener reservado, y correspondencia y papeles privados hay que nada digno de reserva contienen.

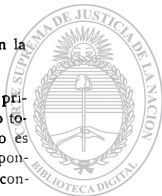
Pero la ley no distingue; acaso porque se presume que en toda correspondencia el contenido es reservado. Por lo tanto, quien se entera indebidamente de una correspondencia que no le pertenece, cuenta con la posibilidad de violar un secreto. Algo análogo puede decirse de los papeles privados.

Puede concluirse, entonces, que si bien la ley no requiere la existencia del secreto, limitándose a exigir como base material de represión el allanamiento de la garantía de inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados, lo hace sobre cierta base moral de violación de secretos, puesto que el culpable tuvo la intención de imponerse de cosas que por lo menos se presume reservadas, si es que no resultan serlo realmente, por nallarse bajo cubiertas cerradas.

**126.**—La protección de la ley a la inviolabilidad de la correspondencia va hasta reprimir la publicación de correspondencia, aunque dirigida al autor de la publicación, no destinada sin embargo a la publicidad. Naturalmente, cuando se procede indebidamente y con perjuicio real o posible de terceros; porque si el caso quedare comprendido en uno de los de excepción de que se habla más adelante, o hubiera sido hecha en beneficio del autor, o de un tercero sin perjuicio del autor, la represión carecería de razón de ser (arts. 115 del código y 161 del italiano).

**127.** — Como excepción a la inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados, puede recordarse lo que agrega la constitución en el art. 18 citado, cuando dice: “y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procesarse a su allanamiento y ocupación”.

Los casos de excepción a que se refiere el mencionado precepto constitucional, y otros más, son aquellos en que se





encuentra de por medio un interés público o de justicia. Y es así como en los casos de quiebra, la ley comercial autoriza la retención y apertura de la correspondencia epistolar y telegráfica del fallido, con las formalidades prescriptas en el art. 44, in. 1º de la ley respectiva, y la ocupación de los papeles del mismo (art 60); es así como los códigos de procedimientos penales autorizan otro tanto respecto de la correspondencia y papeles privados del reo; es así también, como los mismos códigos y los de procedimientos civiles, autorizan la presentación de la correspondencia y papeles privados de las partes en juicio, por razón de la defensa; es así, finalmente, como el código penal autoriza implícitamente a hacer esto mismo en los casos de injuria y calumnia, y otros análogos.

Puede agregarse a estos casos de excepción los de los representantes legales y encargados de la guarda o educación de los incapaces, que pueden, sin incurrir en responsabilidad, enterarse de la correspondencia y papeles privados de sus hijos, pupilos, etc., excepción que el código español admite expresamente en el art. 512, refiriéndose a los maridos, padres, tutores o quienes hagan sus veces, extensión ésta en la que Groizard considera comprendidos los directores de colegio, maestros, preceptores, institutrices, y en general todos aquellos a quienes se haya confiado la educación o cuidado de un incapaz.

En cuanto a las formalidades a observarse en los casos de allanamiento y ocupación, a que se refiere el recordado precepto constitucional, hay que estar a lo que sobre el particular disponen las leyes procesales de que se ha hecho mención.

**128.** — El delito se comete lo mismo sobre correspondencia y papeles privados, que sobre correspondencia y papeles de asuntos oficiales. La ley no hace distinción alguna sobre el particular, y se limita a reprimir por separado, en el art. 222, sólo la revelación de secretos militares y políticos, en cuya disposición debe considerarse comprendida la revelación de esos secretos, obtenida mediante la violación de correspondencia

**129.** — Queda dicho que en la violación de correspondencia y papeles reservados puede haber *violación de secretos*, en



el sentido estricto de la palabra, y en tal caso haber o no revelación de los mismos, la que puede hacerse por su comunicación privada a otras personas, o por su divulgación en forma pública, en discursos, en lugares públicos o por medio de la prensa.

Pero no es por medio de la violación de correspondencia o papeles privados que únicamente cabe cometerse el delito de violación de secretos; puede también cometerse publicando correspondencia propia no destinada a la publicidad, o revelando secretos cuyo conocimiento se haya tenido por razón de estado, oficio, arte, profesión o empleo (arts. 155 y 156).

**130.** — Los secretos pueden ser de particulares o referentes a asuntos oficiales; la ley no hace al respecto distinción alguna.

Cuando en el último caso revisten carácter político o militar, la disposición aplicable es la del art. 122, y cuando se refieren a actuaciones o procedimientos que por la ley deben permanecer secretos, rige el 157.

Cabe citar entre los secretos particulares los de arte, comercio e industria.

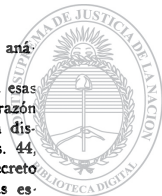
**131.** — Si los autores de la violación de secretos fueren *empleados* con abuso de sus funciones, o particulares con abuso de su profesión, oficio, arte o estado, se impone conjuntamente la pena de inhabilitación (art. 156).

Entre los últimos figuran los ministros del culto, los abogados, procuradores, notarios, médicos, parteras, dentistas y farmacéuticos.

Es por eso que el código de procedimientos penales de la capital federal, y como él los demás, dispone que esas personas, y las demás especificadas en el art. 275 del mismo, no pueden ser admitidas a declarar como testigos sobre los hechos cuyo conocimiento hubiesen tenido por confidencias hechas en razón de su oficio, profesión o cargo.

Las escribanos públicos no están, por regla general, obligados a la reserva, pues los asuntos en que intervienen son ordinariamente públicos, en razón de la presencia de testigos y la necesidad de su protocolización. Podrá, sin embargo, ocurrir que, aún con ocasión de esos mismos actos, las partes ten-





van necesidad de confiarles secretos de familia u otros análogos.

El artículo recordado se refiere a la divulgación que esas personas hagan de un *secreto* del que tengan *noticia* por razón de su estado, empleo, profesión, oficio o arte, redacción distinta a la que adoptaba el código derogado en sus arts. 44, in. 2º, 247 in. 1º y 265, en los que se exigía que el secreto hubiese sido *confiado*, vocablo este cuyo sentido es más estricto.

No creo, empero, que este cambio de redacción cambie o altere la doctrina en esta materia, pues tener noticia significa haberlo sabido por otro y no por sí mismo, de tal manera que dar noticia o poner en conocimiento de un *secreto*, equivale a confiarlo, toda vez que se mantiene el carácter *secreto* de la noticia, dada únicamente por razón del empleo, profesión, etc.

Otra cosa habría sido si se hubiese empleado los vocablos *tener conocimiento*, porque en tal supuesto habrían quedado comprendidos los secretos que el empleado, el profesional, etc., hubieran conocido por propia observación, y no por confidencias o manifestaciones que se les hiciere, secretos que, dados los términos legales, quedarían excluidos, por faltar una de las tres condiciones requeridas para esta especie de la información.

Estas tres *condiciones* son: que se trate de un secreto; que él haya sido puesto en conocimiento del que lo revela; que esto se haya hecho por razón del desempeño del cargo, la profesión, etc.

Habiendo el médico, p. e., tomado conocimiento de un secreto, no porque se le hubiere dado noticia de él sino por su propia observación, estrictamente faltaría la segunda condición. Y como en materia de penalidad la interpretación no puede hacerse por extensión o analogía, resultaría impune la revelación que hiciere el mismo de un alumbramiento secreto de una niña, del cual hubiese tenido conocimiento por hallarse la parturienta alojada en la misma habitación donde se encuentra el enfermo para cuya asistencia hubiesen sido solicitados sus servicios.

Mas como el principio de responsabilidad que el art. 156 consagra, sufre algunas excepciones en la salvedad que hace



al final, al decir que es menester que la revelación se haga *sin justa causa*, y en el 277 que en el inc. 6º reprime como delito de encubrimiento la omisión de la denuncia en materia criminal, en los casos en que ese deber exista por razón de profesión o empleo, debe completarse esta parte con lo que al respecto se dice en el encubrimiento, en el que se estudia los casos de excepción en general, y en particular el relacionado con el deber de la denuncia.

**132. —** Puede violarse un secreto, lo mismo que la correspondencia y los papeles reservados, valiéndose, como se dijo en su lugar, de una facilidad accidental, o por medio de fraude violencia o abuso de confianza.

La revelación puede hacerse, como también se ha dicho, en *forma* privada o pública.

La ley, no obstante la distinta gravedad, considera todos estos casos con el mismo criterio. De suerte que estas distintas circunstancias y otras análogas, podrán ser tenidos en cuenta por los jueces sólo como motivos de agravación común.

**133. —** La violación de secretos, como la de correspondencia y papeles privados ya examinada, sufre algunas *excepciones*.

Liszt anota las siguientes: autorización del interesado; deber jurídico; interés superior, opuesto al de la reserva, como n. e., el médico que, en interés de la familia, comunica al amo la enfermedad reservada del sirviente.

El código, desde luego, emplea en los arts. 155 y 156 los términos *indebidamente*, *sin justa causa*, con lo que se deja establecido que son de excepción aquellos en que se procede *debidamente* o por *justa causa*, entre los que puede anotarse la autorización del interesado, la defensa en juicio o de un interés superior, y un deber jurídico.

Como caso de deber jurídico cabe recordar el de denunciar los delitos, materia que, por corresponder a la jurisdicción y a los procedimientos, reservada por la constitución a los gobiernos locales, se haya legislado en los códigos y leyes respectivas.

Es por eso que el código se ha limitado a establecer en el inc. 6º del art. 277, que incurre en delito de encubrimiento quien dejare de comunicar a la autoridad las noticias que tu-



viere acerca de la comisión de algún delito, cuando estuviere obligado a hacerlo por su *profesión o empleo*; pero sin especificar quienes son los que por tal concepto tienen semejante obligación, para lo que hay que recurrir a las leyes locales recordadas.

Reduciendo el examen del caso al código de procedimientos para lo nacional, se tiene que éste, en sus arts. 164, 165 y 166 impone el deber de la denuncia a *toda autoridad o todo empleado que en ejercicio de sus funciones adquiera el conocimiento de un delito que dé nacimiento a la acción pública*, y a *los médicos, cirujanos y demás personas que profesan cualquier ramo del arte de curar*, respecto de los envenenamientos y otros graves atentados personales cualesquiera que sean, en los cuales hayan prestado los socorros de su profesión.

Las condiciones requeridas para que el deber exista, se encuentran de tal modo claramente determinadas, y en iguales o parecidos términos legislan el punto los demás códigos de procedimientos.

Dichas personas no cometen en tales casos delito de violación de secretos, porque obran en virtud de una *justa causa* o, si se quiere más claro aún, en cumplimiento de un deber legal que es causa de exención de responsabilidad, prevista de modo general por el art. 34 inc. 4º

Por lo tanto, los médicos, las parteras, etc., podrán, en los casos no comprendidos en la especificación (envenenamientos u otros atentados personales graves), cometer o no delito de violación de secretos, revelándolos, pero no incurrirán en encubrimiento por silenciarlos.

Quiere esto decir que el deber de la denuncia tiene al respecto un límite, al que hay que agregar otro, cual es el contenido en el art. 167, que dispone que esas personas no tienen el deber de la denuncia cuando tuvieren conocimiento del delito *por revelaciones que les hubieren hecho bajo el secreto profesional*.

La obligación impuesta a los empleados, en cambio, no reconoce limitación alguna que no resulte, por exclusión, de los términos del art. 164.

Podrá objetarse quizá que esa limitación se halla impuesta en el art. 275 inc. 2º, que dispone que los militares y funcionarios no podrán ser admitidos como testigos, cuando no puedan



deponer sin violar el secreto que hayan conocido por razón de su estado o cargo, a menos que fueren desligados de su obligación de guardar reserva por sus superiores.

La observación sería sin embargo de todo punto de vista inconsistente. Primero, porque de haber sido la mente del legislador poner una limitación al deber impuesto en el art. 164, lo habría hecho expresamente en ese lugar, como lo ha hecho en el 167 respecto de los arts. 165 y 166; en segundo lugar, porque sería absurdo establecer una limitación en los mismos términos del precepto; finalmente, porque la circunstancia de repetirse en el art. 275 inc. 5º la limitación del 167, está demostrando bien claramente, que la disposición del art. 275 responde a otro objeto, cual es el de impedir que, so pretexto de una declaración a título de testigo, se obligue a una persona a incurrir en el delito de violación de secretos, en unos casos, o a confesarse, en otros, culpable del de encubrimiento.

El deber, pues, del empleado público, impuesto en el art. 164, no reconoce limitación alguna, y por lo tanto el art. 156 del código penal rige a su respecto los demás casos no comprendidos en aquel artículo.

Puede verse además lo que sobre el particular se dice en el capítulo relativo al encubrimiento.

No es requerida la intención de dañar, o dolo mediato: basta con el dolo inmediato, que aquí consiste en la voluntad de violar un secreto faltando a los deberes de hidalguía, sobre cuya base le fuera confiado (Carrara, Blanche y la jurisprudencia francesa).

**134.**—Este delito es de los que excluyen la *culpa*, excepción hecha de la revelación de secretos políticos y militares, según puede verse en el art. 223. Es también uno de tantos en que el *móvil* puede constituir una causa de exención de pena. Tal el caso del médico a que se refiere Liszt, recordado en el número precedente, y otros parecidos.

**135.** — El *perjuicio* es requerido expresamente por la ley, como efectivo o posible, en los arts. 155 y 156. En los demás casos radica en el allanamiento de la garantía en sí misma.

**196.**—La penalidad prevista es: para los casos del art. 153, prisión de quince días a seis meses en el primer apartado y de un mes a un año en el segundo; para el del art. 154, prisión de uno a cuatro años; para los restantes multa de doscientos a mil pesos, e inhabilitación especial de seis meses a tres años, en su caso.





Delitos contra la libertad de trabajo, comercio, industria, asociación, culto, reunión, de la prensa y política

137. — Delitos contra la libertad de **TRABAJO, COMERCIO, INDUSTRIA y ASOCIACION**. La constitución. El sujeto activo y el pasivo, limitaciones inconvenientes. La huelga, el "sabotage", el "boycott" y el "lock out". Casos no previstos. La clase de violencia. Lo que debe entenderse por "amenaza". Como se perfecciona el delito. El móvil. 138. — Delitos contra la libertad de **CULTO y REUNION**. La constitución. Condiciones. Inconvenientes de la redacción. 139. — Delitos contra la libertad de la **PRENSA**. La constitución. Inconvenientes de la redacción. Sujeto activo, medios y alcance de los vocablos "libro" o "periódico". 140. — Delitos contra la libertad **ELECTORAL**.

137.—Entre las garantías consagradas por la constitución en su art. 14, se encuentran las de trabajar, ejercer toda industria lícita, comerciar y asociarse con fines útiles, y para los atentados de que puedan ser objeto, el código ha previsto la penalidad correspondiente en los arts. 158 y 159.

En el primero reprime con prisión de un mes a un año al *obrero* que ejerciere violencia *sobre otro* para compelerlo a tomar parte en una *huelga*, y al *patrón*, empresario o *empleado*, que por sí, o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a *alguien* a tomar parte en un *lock-out*, y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada. Reprime en el segundo, con multa de mil a cuatro mil pesos, al que *atacar* de desviar en *su provecho* la *clientela* de un establecimiento *comercial o industrial*, valiéndose de maniobras fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal.

La primera parte del art. 158 ha sido tomada de los proyectos anteriores, y por éstos del 166 del código italiano. Pero al cambiar la redacción, "El que obligue a un obrero con violencias o amenazas", se ha modificado substancialmente el al-



cance, desde que, según el artículo en examen, sólo puede ser sujeto activo el *obrero* (aunque esto es lo regular y lógico, no es forzoso que así sea siempre), y el medio ha de consistir necesariamente en *violencias físicas*. Así lo expresa terminantemente la comisión en el informe al decir: "En ese sentido opinamos que debe punirse como delito el acto de obligar *materialmente* a *alguien* a tomar parte en una huelga, por medio de *violencia física*, forma de coacción, que por otra parte, se traduce en la generalidad de los casos en lesiones".

En el código italiano, en cambio, en los proyectos, en la ley 4189 (art. 30 inc. 1º) y en la 1029 (art. 25), el sujeto activo puede ser cualquiera, y cabe que las violencias sean físicas o morales.

No es satisfactoria la exclusión en esta parte de la coacción moral, cuando se la admite en el art. 34 inc. 2º como causa de irresponsabilidad, cuando se la equipara a la violencia física en los demás casos (arts. 87, 119, 124 a 127, 130, 142, 144, 160, 164 a 171, 181, 197, 198, 237 y 280), y cuando, para que la injusticia sea más mortificante, se la admite en la segunda parte del artículo contra el patrón a favor del obrero, estableciéndose de tal suerte un privilegio de todo punto inadmisibles.

Menos satisfactoria es aún si se considera que es la violencia la manera práctica de obrar los sindicatos, una de cuyas formas, la coacción moral, es la de uso preferente.

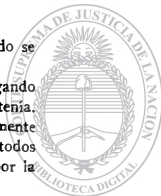
¿A qué viene, entonces, la excepción a un principio de lógica equiparación que domina toda la economía jurídica, tanto penal como civil?

Una cosa sería la exclusión de los simples ultrajes o insultos, otra muy distinta es la supresión de la fuerza moral en absoluto.

No dice la comisión cuál sea el motivo de la enmienda.

Ha sido esta una incomprensible victoria del socialismo violento, en favor del obrero, el que resulta así favorecido con un excepcional privilegio, obtenida con la anuencia y cooperación inconsultas de los demás partidos representados en la cámara de diputados, que de tal suerte contribuyeron a contrarrestar la actitud opuesta del senado.

El atentado a la libertad quedará por lo tanto impune, si los medios empleados consistieren en amenazas, muchas veces



tanto o más eficaces que las violencias físicas, como cuando se refieren a la mujer o los hijos del obrero.

Puede compelerse a tomar parte en una huelga, obligando a abandonar el trabajo o impidiendo tomarlo al que no lo tenía.

Se trata de un delito que se caracteriza, no precisamente por la limitación puesta a la libertad, condición común a todos los de esta clase, sino por la naturaleza de los medios y por la injusticia de la pretensión.

Los medios, para revestir caracteres delictuosos, han de ser violentos.

Los demás medios, por vituperables que sean, como, entre otros los fraudulentos incluidos por la ley francesa, son considerados lícitos; al menos del punto de vista penal.

El delito *se perfecciona*, por lo tanto, por el empleo de la violencia, al servicio del propósito indicado puesto en acción, aunque no se logre el objeto, y es susceptible de *tentativa*.

El *móvil*, por justo que sea, no quita al hecho su carácter delictuoso.

La segunda parte del artículo es nueva, y comprende: la coacción contra los industriales o comerciantes, para obligarlos a tomar parte en un *lock-out*; la coacción contra los obreros, para obligarlos a ingresar o abandonar una sociedad obrera o patronal determinada.

Si la primera parte contempla la huelga en su faz delictuosa, la segunda contempla la contra huelga, también en su forma delictuosa. Si en la primera se reprimen los atentados contra la libertad de trabajo, con ocasión de huelga, la segunda prevé los atentados contra la libertad de comercio, industria y asociación, con motivo de las relaciones entre patrones y obreros, únicamente en cuanto a las sociedades o sindicatos *obreros o patronales*.

Como en los casos de la segunda parte del artículo, el sujeto activo ha de ser patrón, empresario o empleado no obrero, queda imprevisito aquí el del obrero que obligue a alguien a ingresar o abandonar a una sociedad obrera o patronal determinada, caso que ha debido incluirse en la primera parte del artículo.

La coacción puede ser aquí *física o moral*, y el delito, que es susceptible de *tentativa*, *se perfecciona* con el sólo empleo





de la coacción, al servicio del indicado propósito puesto en acción, aunque no se logre el fin propuesto.

Del móvil cabe repetir lo que se dijo al considerar la primera parte.

La comisión de la cámara de diputados decía: "Al proceder así la comisión entiende que esa disposición no responde a ningún concepto especial de represión, sino a la protección de la libertad individual. Por eso se ha completado el artículo con una segunda parte, que extiende ese concepto a la libertad de trabajo y asociación de los obreros contra los patronos o empresarios y de estos mismos entre sí. Es frecuente el caso de patronos que hacen coacción en forma pública sobre sus obreros o empleados para que abandonen la sociedad gremial a la cual pertenecen voluntariamente, y para que ingresen a otra y también sobre sus propios colegas de industria o comercio para que secunden un cierre o *lock-out* decretado con propósitos de resistencia. Esas formas de coacción lesionan la libertad de industria y de asociación que tiene toda persona. Es indispensable, por lo tanto, hacerlas entrar en el cuadro de la legislación penal positiva, hasta con fines de solidaridad social".

Aún cuando la huelga es de origen antiquísimo, y únicamente son modernos el *sabotage*, el *boycott* y el *lock-out*, son todos ellos medios de guerra en la eterna lucha del trabajo y el capital, que hoy da la victoria a uno y mañana a otro, y que fácilmente degenera en lucha de clases.

La huelga, el *sabotage* y el *boycott* son armas obreras, de las cuales las dos primeras se relacionan con la producción y la tercera con la circulación y el consumo. La huelga es en principio lícita, porque implica el paro o cesación del contrato; pero es ilícita cuando para obtenerla se ejerce violencia: el sujeto activo inmediato es el mismo obrero. El *sabotage*, o medio de coacción por daño en el material, menor rendimiento etc., es ilícito si por sí mismo constituye ya un delito de daño y perjudica directamente al comerciante o industrial. El *boycott*, o interdicción de comerciar con un comerciante o industrial determinado, es ilícito en las mismas condiciones de la huelga, y puede tener por sujeto pasivo directo a un comerciante o industrial, revistiendo siempre este carácter el sujeto mediato. Su origen es irlandés.



El *lock-out*, o contra huelga, que se relaciona más comúnmente con la producción, constituye un medio defensivo en manos del comerciante o industrial, y fué ideado para contrarrestar los efectos de la huelga *escalonada* o *de tapón*. Consiste en cerrar las fábricas o casas de comercio. Aquí el sujeto pasivo inmediato es un comerciante o industrial, cuando entra en él por la violencia, en cuyas condiciones es, como la huelga y el *boycott*, ilícito.

El empleo de estos medios se relaciona con las organizaciones gremiales, ya existentes en Egipto, Grecia y Roma. Ya entonces los trabajadores se organizaban, aunque muy precaria y rudimentariamente, en forma colectiva. Durante la edad media existieron las *maestrias*, u organizaciones más bien patronales, y con posterioridad funcionaron los *compañerismos*. Contra ellos reaccionó enérgicamente la revolución francesa, que veía en el gremialismo un grave peligro para el sagrado principio individualista que informaba la médula de su postulado y de su obra reconstructiva.

Abolidas en Francia las corporaciones por las leyes de 2-17 de marzo y 14 de junio de 1791, fueron consideradas como organizaciones ilícitas punibles por la ley del 22 germinal del año XI, ley que luego fué reproducida por el código penal de 1810 en sus arts. 414, 415 y 416, no sin que antes la de 14 de junio recordada hubiese impuesto penas contra los que "usaren amenazas y violencias contra los obreros", y declarado "sedicioso la agrupación de los obreros contra la libertad de trabajo y de industria". También las viejas leyes españolas incriminaban esos atentados a la libertad.

Una ley posterior (27 de noviembre de 1849) reformó el art. 414; suprimiendo las palabras "injusta y abusivamente", que no figuraban en el 415, y colocando, de tal suerte, en un perfecto pie de igualdad, la represión patronal, que legislaba el primero, y la obrera, que prescribía el segundo.

Hasta entonces, pues, y hasta quince años más tarde, las coaliciones, tanto patronales como obreras, fueron miradas como atentatorias de la libertad de trabajo, industria y comercio, y por lo tanto punibles, con un criterio exclusivamente jurídico. Fué a partir de la ley inglesa de 21 de junio de 1824 que empezó a mirarse estas cuestiones gremiales, más que con un criterio jurídico, de su punto de vista económico, a causa



del predominio de los economistas sobre los juristas. Dicha ley legitimó de hecho las corporaciones, mientras no se condujesen, en la regulación y práctica de los intereses que manejaban, empleando la violencia (física o moral), únicos casos a que reducía su incriminación; luego ampliados por la de 6 de julio de 1825, que, dando un paso atrás, incriminó también las molestias y obstrucciones causadas por los operarios.

Esta iniciativa no hizo sin embargo tan pronto camino en otras partes, y en Francia no tuvo aceptación hasta el 25 de mayo de 1864, fecha que lleva la ley que reformó los arts. 414, 415 y 416 del código, en el sentido de limitar la incriminación de las coaliciones de obreros y patrones, a los casos de violencias, amenazas, maniobras fraudulentas (arts. 414 y 415), multas, prohibiciones, prescripciones y defensas (art. 416), atentatorias de la libertad de trabajo, industria y comercio.

Pero la lucha entre juristas y economistas no paró aquí: ella siguió cada vez más encarnizada, hasta que los segundos, obteniendo un nuevo triunfo, lograron la sanción de la ley de sindicatos de 21 de marzo de 1884, que derogó el art. 416 del código, derogación que ha sido interpretada por los tribunales y los comentadores franceses, en el sentido de que los medios de obrar que dicho artículo condenaba como ilícitos (defensas, multas, proscripciones, prohibiciones), han quedado excluidos, fuera del alcance del término "amenazas" del art. 414, y por lo tanto implícitamente declarados lícitos.

Esta misma tendencia económica es la que ha preponderado en el código, pues aunque no se ha eliminado el *boycott*, no obstante la tentativa de diputados, que figuraba en el art. 25 de la ley de emergencia 7029, se ha reducido la incriminación a la violencia física (art. 158 y p. 111 del informe de la comisión de diputados), excluyéndose los *insultos* y las *amenazas* que incluía aquel artículo.

No conozco la ley que haya podido servir de modelo a esta reforma; en cambio prevén la *amenaza* todas las que conozco, y la *injuria* los códigos húngaro y belga. El francés y el tesinense prevén también las *maniobras fraudulentas*.

El art. 158 se limita a reformar el 25 citado, sin invocar otra fuente, y el 25 de la ley 7029 modificó el 30 de la ley 4189, tomado del 187 del proyecto de 1891, el que a su vez lo fué del 166 del código italiano, entre cuyos antecedentes se cita



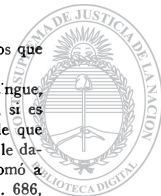
únicamente la ley francesa de 1864. Y esto mismo se hace, no para explicar el alcance de la palabra amenaza. En cambio no se tuvo en cuenta la ley de 1884, que es precisamente la que, con la supresión del art. 416 del código francés, ha dado motivo a que la doctrina francesa se haya pronunciado en el sentido de que, no hallándose comprendidos en el término *amenazas* del art. 414, los medios previstos en el art. 416 derogado, quedaban implícitamente reconocidos o tolerados como lícitos.

La ley argentina, por lo tanto, no reconoce como fuente la ley francesa. Al contrario, el legislador argentino amplió los medios de coacción, agregando los insultos, y en tanto que la ley francesa de 1884 importó una reacción en favor de las corporaciones y en detrimento de la libertad de trabajo, industria y comercio, a base de un interés económico preferente sobre el de orden jurídico, la ley argentina obedeció a una reacción más bien inversa de tutela de la libertad de trabajo, comercio e industria, contra los avances del terrorismo o lucha de clases, cuyas raíces estaban en la lucha del trabajo contra el capital, condicionada por la forma gremial, y lo hizo, más que nada, con el fin de garantizar el orden y la seguridad públicos, o punto de vista de carácter jurídico, relegando a segundo término la consideración del factor económico.

Ahora bien, por *amenaza*, en cuanto al término genérico *coacción* de la segunda parte, debe entenderse todo acto de intimidación, por el anuncio de un mal futuro a causarse; cualesquiera que sean su forma (verbal, escrita, real, simple, condicional, directa, indirecta, explícita, implícita, etc.), y la naturaleza del daño que entrañe (contra la vida, la salud, la integridad corporal, la libertad, el honor, los bienes), y así sea contra derechos de la persona amenazada o de miembros de su familia; basta que pueda influir en el ánimo del amenazado trabando su libertad de acción.

El mal, por otra parte, que ha de ser futuro, puede constituir o no delito: lo único que cabe exigirse es que revista la gravedad suficientes para atemorizar y que sea serio.

Lo que la ley se propone impedir es que se trabe la libertad de trabajo, industria, comercio o asociación, por medios coercitivos que no impliquen el ejercicio legítimo de un derecho. No hay, pues, por qué requerir una condición que la ley no espe-



cífica, cual sería que el daño con que se amenaza sea de los que la ley prevé como delito.

Por otra parte, cuando como en el caso la ley no distingue, se entiende que emplea los términos en su sentido usual, si es que no lo tiene técnico. Y no teniéndolo específico el de que se trata en la ley, debe entenderse que es el jurídico que le daba el art. 169 derogado, tomado de Tejedor, quien lo tomó a su vez del código español. Puede verse a Groizard t. V p. 686, a Pacheco t. II p. 265, y a Tejedor. Lo mismo en Italia (ver Crivellari t. V núms. 214, 234, 235 y 387).

Aún en Francia, donde el delito de amenaza tiene un sentido restringido, se ha entendido que dicho vocablo, fuera de ese caso, tiene el sentido genérico y amplio del uso corriente (Garraud t. V n° 425 y Chauveau t. V n° 2379).

Así lo ha resuelto la cámara de lo criminal de la capital federal reiteradamente.

En cuanto a la violencia *física*, es de advertir que quedan comprendidos la violencia en las cosas, o daños, y por lo tanto el *sabotage*.

No hay para qué decir que la huelga ha revestido entre nosotros casi siempre carácter delictuoso. Hablar de huelga y de incendio, destrucción y violencias, es la misma cosa. Es el crimen utilizado por quienes se quejan de la opresión e invocan el derecho. De ellos y de la férrea solidaridad de la organización obrera, habla elocuentemente la huelga general de 1917.

La materia de este número se halla extensamente tratada en Groizard, t. VII p. 228 y siguientes.

El art. 159, tomado del proyecto de 1906, reprime los atentados a la libertad de comercio e industria, pero únicamente cuando revisten la forma de *propaganda desleal*, insidiosa o fraudulenta, de manera que queda excluida la forma violenta, que no sea la prevista en el artículo anterior.

El *móvil* ha de ser el lucro propio, y por eso el hecho ha de ir dirigido a desviar la clientela del otro hacia su comercio e industria. Se ve, pues, que el *móvil* desempeña esta vez el papel de condición del delito.

De lo dicho se desprende, que tanto el *sujeto activo* como el *pasivo* tienen que ser comerciantes o industriales, lo que no quita que puedan intervenir partícipes que no lo sean.

El delito *se perfecciona* con sólo *tratar* de desviar la clientela, por lo que la *tentativa* queda equiparada al delito consumado.

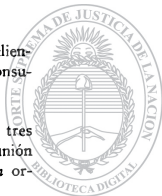
**139.**—El art. 160 reprime con prisión de quince días a tres meses el acto de impedir *materialmente* o turbar una reunión *lícita*, con *insultos* o *amenazas* al *orador* o a la *institución* organizadora del acto.

El artículo comprende los actos del culto religioso, según manifiesta la comisión en el informe, al decir que suprime el art. 168 del proyecto de 1906, referente a la libertad de cultos, "porque el que impidiere o turbare una función o ceremonia de algún culto, dentro de algún recinto cerrado, que es donde de generalmente se celebran, o en la vía pública, cuando se trata de actos que se efectúan en las condiciones normales de todos los que implican el ejercicio de la libertad de reunión. cometería un delito que la comisión ha contemplado en el art. 160".

Esta disposición se relaciona con la materia de los arts. 14 (ejercer libremente su culto) y 33 (la constitución no enumera todos los derechos y garantías) de la constitución.

Tomado de Tejedor lo concerniente a la libertad de cultos, cabe tener presente la cita de Pacheco, que dice: "Lo que aquí se garantiza no es la existencia de la religión, sino la libertad de los que la profesan, que no debe ser atacada por los que no participan de su fe, la paz pública, que no debe jamás turbarse, y mucho menos en el ejercicio de los actos religiosos".

Por el artículo se requiere que la reunión sea *lícita*, y que se la impida *materialmente* o se la turbe con *insultos* o *amenazas al orador* o a la *institución organizadora del acto*. La comisión, explicando el alcance de estas palabras, dice en el informe: "La comisión entiende que es esta una materia muy delicada, y que a los fines de la penalidad es indispensable que el legislador precise con toda claridad los conceptos, para que en la aplicación de la ley no se pueda ir nunca más allá de los límites queridos, con peligro del ejercicio de una libertad que ahora más que nunca, desde que impera la nueva ley electoral, tiende a ser cada vez más usada por todos los partidos en que se divide la opinión. Por eso ha agregado la palabra *materialmente*, que define bien el concepto de *impedir*, y la frase





“explicativa con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto, a fin de que en ningún momento pueda considerarse como delito el pedido de palabra para hacer con-  
“troversia ni ningún otro acto por el estilo”.

Queda imprevisto el empleo de violencias físicas, y el caso de que la reunión sea turbada por simples gritos, o insultos o amenazas dirigidas a los concurrentes, lo que no se justifica. Habría sido preferible que se hubiese conservado la redacción de los modelos (arts. 30 incs. 2º y 3º de la ley 4189, 188 y 189 del proyecto de 1891, y 168 y 169 del de 1906), que no especificaban ni los medios ni las personas.

139.—La libertad de la prensa, garantizada contra la censura previa en los arts. 14 y 32 de la constitución, exceptuada de la jurisdicción federal como única, y puesta a salvo de la legislación restrictiva por parte del congreso, tiene su protección punitiva en el art. 161, que reprime con prisión de uno a seis meses el acto de impedir o estorbar la libre circulación de un libro o periódico.

La libertad de la prensa había sido reconocida, garantida y reglamentada en abril 20 y 26 de octubre de 1811, el reglamento provisorio de 1817 y las constituciones de 1819 y 1826.

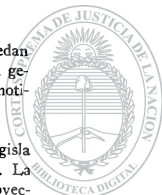
No hay para qué caer en la trivialidad de mentar la indiscutida importancia social y política de la prensa, importancia que justifica las medidas protectoras de carácter constitucional, pero que no excluye las medidas represivas para sus abusos, los que por desgracia son frecuentes, numerosos y de consideración, con muy contadas y honrosas excepciones.

Como la represión se limita a la circulación, queda imprevisto el acto de impedir la impresión.

Claro está que aquí únicamente se trata de los actos de los particulares o de los empleados, y no de las leyes reglamentarias que dicten los poderes públicos: el congreso para los territorios nacionales, y las respectivas legislaturas en las provincias.

Como el artículo no especifica los medios, lo mismo habrá delito usando de la violencia o del fraude, de la violencia física o de la moral, o de cualquier otro, siempre que tienda al objeto de impedir la circulación.

En los vocablos *libro* o *periódico*, por otra parte, quedan comprendidos el folleto, las revistas, las hojas sueltas, y en general todo impreso que contenga exposición de ideas, noticias, etc., y que esté destinado a circular.



140.—Es de observar, finalmente, que el código no legisla sobre delitos electorales, o sea contra la *libertad política*. La razón de esa supresión, pues esa parte figuraba en los proyectos anteriores, la expresa la comisión en los siguientes términos:

“El proyecto de 1906 preveía con el título de delitos contra la libertad política, aquellos que se cometieran contra la libertad del sufragio, es decir, articulaba penalidades que actualmente se encuentran contenidas en la ley electoral”.

“Ha considerado la comisión que era inconveniente mantener estas sanciones en el código y que es superior el sistema actual, que se reduce a colocarlas en la ley general de elecciones”.

“El delito electoral es un delito especialísimo, que obedece a las circunstancias y que es de penalidad eminentemente variable. Dictada una ley electoral con las necesarias previsiones, surgen generalmente una serie de maniobras tendientes a burlarla. Por eso es que frecuentemente tiene que modificarse esa ley, a los efectos de prever las nuevas infracciones que la práctica de la misma crea en el comicio y fuera del comicio”.

“Dada, por consiguiente, la movilidad de ese conjunto, es mucho más conveniente sacarlo del código penal que debe tener normas, sino fijas, por lo menos de una flexibilidad inferior a aquellas que deben encerrar ciertas leyes especiales. Cuando sobrevienen formas nuevas en la delincuencia electoral, es indispensable la modificación de la ley, a fin de garantizar los derechos a que ella se refiere, y por consiguiente, la reforma de la ley se hace necesaria”.

“Además, debe tenerse en consideración que las penalidades electorales no solamente se encuentran en la ley nacional de elecciones, sino en todas las leyes provinciales que reglamentan todo lo relativo a los comicios locales”.

“Es esta, por tanto, una materia que corresponde a cada una de las provincias, y por consiguiente, la penalidad en el código solamente tendría el alcance de regir para la capital





“ federal, y el código penal, como se ha establecido debe ser dictado para que impere en toda la nación. La comisión tiene en cuenta, sin embargo, que las falsedades que pudieran cometerse con motivo de los actos electorales, están expresamente castigadas en otra parte del mismo código, de manera que la supresión del capítulo solamente alcanza a las penalidades electorales, que son las que entiende deben colocarse en la ley especial. Un delito de falsedad común, realizado con motivo del acto electoral, tendría el mismo alcance que cualquier otro delito ordinario cometido en análogas condiciones”.

“Conservamos, no obstante lo expuesto, el artículo 77 que se refiere al ejercicio de las acciones, porque de acuerdo con lo establecido en el art. 3º del proyecto, las reglas generales sobre aquéllas, lo mismo que sobre las orientaciones de las leyes represivas, corresponden al código”.

Hay inconsecuencia en decir que no se legisla sobre delitos electorales, porque esas disposiciones regirán únicamente en la capital federal, y el código penal debe ser dictado para que impere en toda la nación, y no obstante incluir en él el art. 114, de aplicación limitada a dicho territorio.

Los autores del proyecto de 1891 pensaron de distinta manera, y fué así como dijeron:

“Un país republicano no puede dejar de prever en su código penal las violencias de la libertad política previstas en los suyos por los países monárquicos y mucho menos cuando ellas son tan frecuentes como en la República Argentina. Libertad tan esencial al funcionamiento del régimen representativo, debe estar protegida tan permanentemente como la vida, la seguridad, la propiedad y el honor de los ciudadanos, en el mismo cuerpo de legislación que estos derechos fundamentales y no deben quedar libradas a las contingencias de una legislación especial, dictada casi siempre bajo la presión de los intereses y de las pasiones del momento”.

Los arts. 75 y siguientes de la ley 8871, de elecciones nacionales, especifican las distintas formas y modos de cometer el delito contra la libertad política, e imponen arresto desde quince días a un año, prisión desde un año a diez y ocho meses y multa de diez a quinientos pesos.

## TITULO SEXTO

### DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

#### Disposiciones generales

Al par que la vida, el honor y la libertad, la ley protege también el patrimonio. Esta protección viene desde la constitución, para pasar por las leyes civiles y terminar con la ley penal general y leyes particulares del mismo carácter.

La constitución dispone, en su artículo 14: que "todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos:..." "de usar y disponer de la propiedad..." y en el 17, que "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en la ley..."

El código civil se ocupa especialmente de los derechos patrimoniales en el libro III, y la ley penal trata de las infracciones contra la propiedad en los arts. 162 a 185.

Otras leyes particulares, como las de juegos de azar, de caza y pesca, etc., completan el cuadro.

Siendo los bienes medios indispensables de vida, los atentados contra los derechos patrimoniales revisten particular gravedad. Por esto se considera que afectan por igual el interés privado y el público.

"Son *cosas*, dice el artículo 2311 del código civil, los objetos corporales susceptibles de tener valor".

"Los objetos inmateriales susceptibles de valor, dice el artículo 2312, e igualmente las cosas, se llaman *bienes*. El conjunto de los bienes de una persona constituye su *patrimonio*".

En la nota del codificador a este artículo se lee lo siguiente: "El *patrimonio* de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes". Y antes había dicho: "En la jurisprudencia sólo se considera *bien* lo que puede servir al hombre, lo que puede emplear éste en satisfacer sus necesidades, lo que puede servir para sus usos o placeres, lo que puede, en fin, entrar en su patrimonio para





“aumentarlo o enriquecerlo, aunque consista en un mero derecho, como un usufructo, un crédito”.

No es menos que esto lo que protege la ley penal. Antes al contrario, protege aún aquellos casos con valor simplemente afectivo.

El patrimonio puede, por lo tanto, ser considerado bajo dos aspectos: el de las cosas y el de los derechos de crédito, en un sentido amplio.

Las cosas son a su vez consideradas como muebles o inmuebles, y en cuanto al dominio: primero, del punto de vista de su materialidad objetiva, en la existencia, pérdida o disminución de la cosa, o del de su ejercicio; segundo, del de la nuda propiedad o del de sus atributos.

El patrimonio que la ley penal protege, es pues el particular de las personas de existencia visible o de las personas jurídicas, sean éstas de existencia posible o necesaria. Por excepción se refiere a bienes públicos (art. 184 inc. 5º del código penal y 234 inc. 7º del código civil).

Cuando el atentado se lleva a cabo por empleados públicos en ejercicio de sus funciones, o por particulares equiparados a empleados públicos, el delito reviste formas especiales (malversación y exacciones).

Es menester que las cosas tengan algún valor, aunque más no sea de afección o interés personal, y no lo es, en consecuencia, que lo tengan de cambio.

El móvil o dolo indirecto puede consistir tanto en el lucro como en la venganza u otro análogo. La ley no requiere para el hurto, el robo, etc., el propósito de lucro, como lo exige, por ejemplo, el código italiano.

El ataque es con violencia en el *robo*, la *extorsión* y los *daños*, y sin ella en el *hurto* y la *defraudación*. La *usurpación* puede ser o no violenta, y hay ciertos casos de hurto y defraudación, que, como se hace notar en su lugar, pueden ir acompañados de violencia.

No cabe la culpa más que en las quiebras.

Son, según se ve, de aquellos delitos que se configuran de muy distintas maneras. Unas veces en orden a la naturaleza del fin, otras en razón del medio empleado, y a veces teniendo en cuenta el móvil y la calidad del agente.



## Hurto

141. — Puntos de vista genérico y específico. Definición y condiciones. La clandestinidad, ardid o engaño, la violencia. Puntos de contacto con el robo y la defraudación. 142. — No se requiere la pérdida del dominio. 143. — Apoderamiento; su concepto, teorías. 144. — Medios de apoderamiento. 145. — Apoderamiento "ilegítimo". 146. — El consentimiento y el error. 147. — El propósito de lucro no es indispensable, como tampoco que el culpable tome la cosa para sí. 148. — Concepto de "cosa". 149. — El gas, el vapor, el calor. 150. — La energía eléctrica. 151. — Cosa mueble. 152. — Cosa "ajena". "Res nullius", cosas perdidas y abandonadas. Naufragio, echazón, guerra o desastres semejantes. El perjudicado puede no ser la persona de cuyo poder se toma la cosa. 153. — Valor de la cosa. 154. — Hurto de uso. 155. — "Furtum possessionis". 156. — Tentativa y violación de domicilio. 157. — Hurtos calificados. El escalamiento interno. Concepto del vocablo "entrar". La violencia ejercida además del escalamiento, etc. 158. — Penalidad.

141.—El primero de los delitos contra la propiedad que el código legisla, es el hurto. Es esta, del punto de vista de la naturaleza del bien, una figura verdaderamente específica, puesto que únicamente recae sobre las cosas muebles; pero del punto de vista del medio, más bien es una figura genérica, toda vez que no se caracteriza por el empleo de ninguno determinado, como ocurre con el robo, la extorsión y la defraudación. El hurto es pues un delito sin violencia ni engaño, aunque sin excluirlas en absoluto.

Hurto es el *apoderamiento ilegítimo* de una *cosa mueble*, total o parcialmente *ajena*. Así define la ley este delito en su art. 162, y esta definición contiene todos los elementos del mismo.

Según se vé, no requiere la clandestinidad que requería el código primitivo. Habrá entonces hurto si se toma la cosa en presencia de su poseedor. No excluye en cambio el engaño o el ardid, si bien ha de éste referirse, no a la entrega de la cosa



sino a su apoderamiento. Y así habrá hurto si por medio de ardido o engaño se logra distraer al poseedor o alejarlo del lugar donde la cosa se encuentra.

Y aún cuando en general excluye la violencia, si se la emplea sin necesidad ni utilidad, como cuando se rompe un libro para llevarse sólo unos capítulos, pudiendo haberse llevado el libro sin ningún inconveniente ni peligro, el hecho no dejará de ser hurto (Carrara, para quien la violencia debe recaer en un medio defensivo de la cosa). Puede verse lo dicho al respecto sobre la efracción en el robo.

En la legislación comparada no son pocos los códigos para los cuales la fuerza en las cosas es una circunstancia calificativa del hurto.

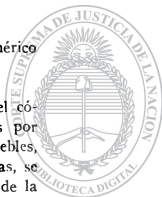
Rivarola sostiene, con la doctrina española, que hay delito consumado en el apoderamiento de un continente cualquiera (cofre, caja de fierro, etc.), aún cuando no se haya abierto o podido abrir éste para incautarse de su contenido, y Carrara agrega que la violencia posterior no quita al hecho su carácter de hurto. En realidad se había efectuado ya el desplazamiento. Véase lo que al respecto se dice en el n° 161.

Según Carrara habrá hurto y no defraudación, si se dejó tomar la cosa para descubrir hurtos anteriores; y la cámara de lo criminal de la capital federal, de acuerdo con la opinión del mismo Carrara, ha juzgado del mismo modo un caso de una persona que entregó la cosa para ser examinada a un tercero que huyó con ella. (Carrara, parte especial t. IV ps. 25 y 435).

Según Irureta Goyena, es hurto el apoderamiento en una biblioteca de libros confiados para leerse allí, y en el comodato de un inmueble el de objetos que no entraban en él por no ser integrantes del mismo; y pone el ejemplo del que se apropia de los vinos guardados en la bodega del inmueble que se le entregó en virtud de dicho contrato.

Con el mismo criterio la cámara de la capital federal ha juzgado como hurto el apoderamiento por un oficial zapatero de unos cortes que se le entregó en la zapatería para que allí mismo hiciese los botines.

Se advierte, después de lo dicho, que, no obstante los caracteres diferenciales que separan el hurto del robo y la defraudación, cuando la violencia, el engaño o el abuso de confianza, no reúne las condiciones necesarias para caracterizar una de



ambas figuras, el caso entra a formar parte del tipo genérico hurto.

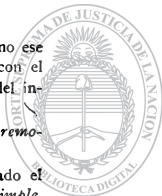
**142.**—“La posesión será viciosa, dice el art. 2364 del código civil, cuando fuere de cosas muebles adquiridas por hurto...”, y el 2382 agrega: “La posesión de cosas muebles, no consintiendo el actual poseedor la transmisión de ellas, se toma únicamente por el acto material de la ocupación de la cosa, sea por hurto...” Y un apoderamiento de la cosa sin la voluntad de su dueño, si no trasmite la posesión legítima menos trasmite la propiedad; aún en los casos de cosas perdidas o arrojadas al mar para evitar un naufragio, o de despojos de un naufragio. El art. 2528 dispone que estas cosas no son susceptibles de apropiación, el 2539 que comete hurto quien se apropiare de ellas, y el 2765 que el dueño de cosas robadas o perdidas puede reivindicarlas, aún del poseedor de buena fe. Véase también el 1091.

Es de advertir que la ley civil emplea los términos *hurto* y *robadas* en su acepción genérica.

El dominio, pues, no se pierde ni adquiere sino por medios lícitos, sin excluir la prescripción, y el delito no es un medio lícito.

Es así evidente que para que exista delito no es requerida la pérdida y adquisición del dominio: basta que se lo ataque en cualquiera de sus atributos o manifestaciones; basta que el dueño se vea turbado, aunque sea momentáneamente, en el libre uso, goce o disposición del mismo. Basta con el *apoderamiento*.

**143.**— Por *apoderamiento* se entiende la aprehensión u ocupación de la cosa, en el sentido que da a la posesión el código civil en sus arts. 2351, 2373, 2382 y 2525, y constituye la primera condición material propia del hurto. Mas como el apoderamiento tiene distintos momentos, cada uno de ellos ha dado lugar a una teoría distinta sobre el instante consumativo del delito. Así, hay quien sostiene que el hurto está consumado en el momento mismo que el delincuente pone la mano sobre la cosa, doctrina de la *ocupación* o simple aprehensión, sin confirmación ni en la legislación ni en la jurisprudencia, y que Carrara combatía poniendo el ejemplo del que



toma un objeto adherido a un muro, para demostrar cómo ese acto no importa apoderamiento de la cosa, puesto que con el mismo criterio podría decirse que había apoderamiento del inmueble al cual el objeto está adherido.

Frente a esta teoría existe la del desplazamiento o *remoción* (*amotio*), que se divide en cuatro.

Consiste la primera de éstas en considerar consumado el delito una vez removida la cosa de su lugar, *remoción simple*, aunque el delincuente no la haya sacado de la habitación, patio, etc.; doctrina alemana, española y austriaca, seguida por la jurisprudencia de la cámara de la capital federal, y por Carrara, Crivellari, Rivarola y Nypels.

No es un inconveniente para que se sostenga que nuestra ley admite la doctrina de la simple remoción, el que en el art. 164, del robo, la violencia posterior en las personas califique el delito, puesto que la misma ley lo considera consumado con la remoción, al decir: "en el acto de cometerlo o después de cometido".

Consiste la segunda (doctrina francesa y belga, seguida por Chauveau y Pessina) en no considerar consumado el delito hasta que no haya sido retirada la cosa de la habitación, patio, dependencia, etc., donde se encontraba. Tal es la interpretación que se da a la palabra *subtraer*. Esta doctrina, según se ve, adopta un criterio de *proyección física*, pues estima que la cosa está protegida por los muros, cercos, etc., que limitan el lugar, y que no hay apoderamiento mientras esas protecciones no han sido allanadas.

La tercera consiste en considerar que la cosa está protegida por la esfera de vigilancia del dueño (criterio de *protección ideológica*), y que por consiguiente el apoderamiento no se consuma sino una vez removida la cosa de su lugar y colocada en condiciones tales que escape a esa vigilancia; aunque se la oculte en la misma casa, habitación, jardín, etc., como si se la ocultase entre un zócalo o lugar análogo cualquiera, donde no será vista ni buscada por el propietario. Este es el sistema italiano y el uruguayo.

Estos tres sistemas requieren la *amotio*, el desplazamiento de la cosa, su remoción *ex quo*, pero no su traslación *ad quem*, a lugar de destino, como lo requiere la última o cuarta teoría,



tan desautorizada como la ya examinada al principio de la simple aprehensión u ocupación que no requiere la remoción.

144. — No es necesario, para que exista apoderamiento, que el delincuente tome la cosa por sí. Los *medios* pueden ser o no manuales (Carrara). Según Irureta Goyena comete hurto el que caza aves ajenas con trampas, subtrae las mismas por medios semejantes, hace pastar animales en predio ajeno, amamanta un ternero en vaca de otro, o subtrae en modo análogo agua, o frutos o carne por medio de animales amaestrados, etc.

145. — El apoderamiento ha de ser *ilegítimo*, segunda condición (jurídica) del delito; y así no habrá hurto en recuperar la cosa propia hurtada, robada o defraudada, aunque habrá delito en subtraer la cosa propia de quien la tiene legítimamente en su poder. Pero este delito no será de hurto, porque, según Carrara, el que la subtrae es dueño y el otro tan solo la poseía a su nombre. Es de defraudación (art. 173, in. 5.º del código penal).

Siendo la ilicitud elemento común a todos los delitos, no era menester especificarlo (n.º 14 del tomo I).

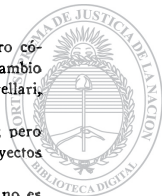
146. — Si hay *consentimiento* de parte del dueño, o lo que es lo mismo, si el apoderamiento no es *invito domino*, no habrá delito, siempre que el consentimiento sea anterior o concomitante y válido, porque en tal caso el apoderamiento no sería ilegítimo. Si fuese posterior, no borraría el delito ya consumado por el hecho del apoderamiento, y sólo producirá efectos atenuantes o civiles. No será válido si fuese dado por un incapaz o persona en condiciones análogas.

Puede ser expreso o tácito. El consentimiento tácito requiere ciertas condiciones, como ser: vínculos de parentesco o amistad, apoderamiento manifiesto, etc.

El error, la buena fe, excusan.

147. — Aún cuando el propósito en el hurto es ordinariamente el *lucro* (móvil), no es indispensable que así sea.





No requieren este propósito y les basta el fraude, nuestro código, el francés, el belga, y el alemán. Lo requieren en cambio los códigos español, italiano y austriaco, y con ellos Crivellari, Carrara, Rivarola y Nypels.

El proyecto de 1891 requería el propósito de lucro; pero la ley 4189 lo eliminó y otro tanto han hecho los proyectos de 1906 y el código.

Puede tomarse la cosa para sí o para un tercero, y no es requerido el propósito de hacerse dueño. Sin embargo, si se sustrajere la cosa para destruirla, habrá daño y no hurto (Liszt).

**148.**—“Cosa, (otra condición material más). dice el código civil en su art. 2311, es todo *objeto corporal* susceptible de “tener valor.”

No son cosas las personas. “En la nación argentina, dice el art. 15 de la constitución, no hay esclavos. Todo contrato “de compra-venta de personas es un crimen. Es, sin embargo, cosa el cuerpo humano sin vida (art. 171).

Mas como ya se vió en su lugar (consideraciones generales) que le ley protege el patrimonio, tanto en las cosas como en los bienes inmateriales, se ha de tener presente aquí, que un atentado contra un bien que no sea cosa, podrá ser cualquier otro delito, menos hurto.

¿Debe mantenerse, sin embargo, en lo penal, el concepto que de la cosa da el código civil en el artículo expresado?

Como la dificultad se relaciona con la energía eléctrica, punto al que se dedica el n.º 150, allí se hace las consideraciones pertinentes.

**149.** — Es indudable, desde luego, que el *agua*, el *vapor*, el *aire caliente*, el *gas*, son cosas en el sentido de la ley civil; porque ocupan un lugar en el espacio, son cuerpos y pueden ser por lo tanto desplazados y gobernados por el hombre, aunque algunos de ellos sean invisibles, impalpables, intangibles.

Respecto al *gas*, hay unanimidad en considerar que hay hurto si se toma antes del medidor (jurisprudencia belga, holandesa, francesa, alemana, inglesa, italiana y española — ver

Carrara, t. IV, p. 34, parte especial, y Nypels, t. III, p. 312—). Irureta Goyena sostiene, con la jurisprudencia italiana y la argentina, que el aprovechamiento del gas por manipulaciones en el medidor constituye defraudación.

Aún cuando, como se ha dicho, en el sistema de otros códigos cabe el hurto con fuerza en las cosas, en el nuestro, en el caso del gas tomado antes del medidor, como en el del vapor y el aire caliente, habrá hurto si se aprovecha un escape o una abertura de la cañería, pero habrá robo si se corta ésta o se hace en ella un orificio, porque ésto constituiría la fuerza en las cosas.

El hurto de agua es frecuente en las provincias (Usurpación, art. 182).

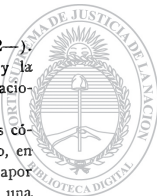
150. — La verdadera dificultad se presenta con relación a la *energía eléctrica*, cuya naturaleza no está aún bien averiguada.

Esta dificultad aumenta si se considera que la ley, además de emplear la palabra *cosa*, cuyo significado de objeto corporal está bien precisado en la ley civil, emplea el vocablo *mueble*, que según el art. 2318 significa cosa transportable.

Nuestros tribunales han reconocido que la energía eléctrica puede ser objeto de defraudación, en un caso de indebido aprovechamiento por medio de manipulaciones dolosas en el regulador.

La jurisprudencia francesa, italiana y uruguaya, e Irureta Goyena, consideran caso de hurto, el aprovechamiento indebido de energía eléctrica (Nypels, t. III p. 374 e Irureta Goyena), y en varios de los Estados Unidos de Norte América, e Inglaterra, tienen leyes especiales que lo penan, pudiendo considerársela en ellas asimilada a las cosas corporales susceptibles de ser materia de hurto.

Es de tenerse en cuenta una vez más, que en el sistema de algunas legislaciones el hurto no siempre excluye la fuerza en las cosas, circunstancia que se la toma en consideración sólo como agravante calificativa del mismo, lo que es muy importante para dar todo su valor a la calificación de hurto.





El código de Noruega comprende el calor y la luz entre las cosas muebles, de tal manera que pueden ser objeto de hurto, quedando en consecuencia comprendida la energía eléctrica.

La ley alemana de 9 de Abril de 1900 se refiere a la defraudación, "*detournement*". Sin embargo, Liszt dice que la infracción corresponde lo mismo al hurto (*vol*) que a la defraudación (*detournement*). El proyecto de 1909 la incluye entre las cosas, reforma que, sin resultado, propuso a la comisión del senado.

En realidad, la energía eléctrica, por ser en cierto modo desplazable y constituir un bien comercial de tanto valor, no puede ser equiparada a la simple propiedad de los cuerpos, como el sonido, y cabe más bien considerarla incluida en el concepto de *cosa mueble*, interpretación que tendría los antecedentes autorizados que quedan citados. Además no hay que olvidar que no siempre el significado de los vocablos empleados en la ley penal corresponde exactamente al que tiene en la ley civil. Basta considerar que ésta emplea los vocablos *hurto* y *robadas*, en casos que para la ley penal se trata de defraudación o de hurto, y que considera cosas inmuebles por accesión, destino o carácter representativo, objetos que para la ley penal son cosas muebles.

Aparte de esto, la ley penal no tiene por qué estacionarse a la grupa de la civil, en materias en la que su dependencia no es necesaria. El mismo código civil se ha preocupado de fijar los caracteres de los bienes patrimoniales, considerándolos como materiales e inmateriales, y ha llamado cosas a los primeros. ¿Qué inconveniente habría, entonces, en considerar cosa a la energía eléctrica, puesto que es materia? Si pues se trata de un bien material desplazable y gobernable por el hombre, puede y debe considerárselo comprendido en el concepto de cosa.

**151.**—Otro requisito material más todavía es que la cosa sea *mueble*. Son cosas muebles, dice el art. 2318 del código civil, las que pueden transportarse de un lugar a otro sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza "externa". "Son igualmente muebles, dice en el art. 2319, las partes sólidas o fluídas del suelo separadas de él, como las piedras, tierra, metales etc.; las construcciones asentadas en la su-



"perficie del suelo con carácter provisorio, los tesoros, monedas y otros objetos puestos bajo el suelo; los materiales reunidos para la construcción de edificios mientras no estén empleados; los que provenga de una destrucción de los edificios, aunque los propietarios hubieran de construirlos inmediatamente con los mismos materiales; todos los instrumentos públicos o privados de donde constare la adquisición de derechos personales".

Son también muebles para la ley penal, las cosas muebles que el código civil considera inmuebles por su carácter representativo, por su accesión a los inmuebles o por su destino (arts. 2315, 2316, 2320 y 2322).

**152.**—Finalmente, la cosa además de mueble ha de ser *totalmente ajena* (condición jurídica). Unica excepción el inciso 2.º del art. 185 del código.

Total o parcialmente ajena, dice la ley, de manera que cabe el hurto (y lo mismo el robo) en cosa bajo condominio.

La palabra ajena denota dos conceptos; uno negativo, que indica que la cosa no es de pertenencia del delincuente, y otro positivo, que importa afirmar que pertenece a alguien.

No siendo el hurto un medio de adquirir la propiedad de las cosas, no es indispensable que se las tome de poder del dueño; y así habrá hurto en el apoderamiento de cosa ajena en poder de un tercero, aunque sea un ladrón o defraudador.

No habrá hurto en cambio en tomar la cosa propia, aunque pueda haber defraudación, según queda dicho, ni en tomar cosas sin dueño (*res nullius* y *res derelictae* — cosas de nadie y cosas abandonadas).

Son *res nullius*, los animales de caza, los peces de los mares y ríos y lagos navegables, las cosas que se hallen en el fondo del mar, y las demás que enumera el art. 2527 del código civil: son cosas abandonadas, aquellas de que el dueño se desprende materialmente con la mira de no continuar en el dominio de ellas. (arts. 2525 y 2526). Puede verse lo que disponen los arts. 2343, 2454, 2457 y 2530.

Estas cosas son susceptibles de apropiación legítima, y por lo tanto su apoderamiento no puede dar lugar a la comisión de un delito. Son, por lo demás, las únicas cosas que, no siendo



propias, pueden ser tomadas sin incurrir en responsabilidad penal. Porque si no son propias tampoco pertenecen a otra persona.

No se consideran cosas abandonadas las cosas perdidas, las dejadas para que las tome persona determinada, las que sin voluntad de su dueño caen al mar o a los ríos, las que se arrojan para salvar las embarcaciones, y los despojos de los naufragios (arts. 2343, 2450, 2528, 2529 y 2539).

Con Carrara piensan casi todos, que en caso de echazón o naufragio hay hurto, porque no se considera caso de abandono. Manzini, que equipara a esos casos los de cosas abandonadas en la guerra o en un desastre semejante, distingue: habrá hurto, dice, si el que las toma ha podido apercibirse de la voluntad presunta del dueño de no abandonarlas, lo que podrá establecerse por la naturaleza de la misma, su valor, su destino, lugar del naufragio o echazón, etc.

El código civil en su art. 2530 prevé el caso, estableciendo que la duda debe resolverse en el sentido de que la cosa no fué abandonada. Habría por lo tanto hurto, puesto que no podría considerárselas cosas perdidas, para que el delito fuese de defraudación.

Irureta Goyena y la Corte de Casación francesa, resuelven en el sentido de hurto la apropiación de basuras aún no recogidas por el concesionario.

En cuanto al apoderamiento de *cosas perdidas*, que el art. 2539 del código civil califica de hurto, bueno es tener presente que el código penal en el art. 175 inc. 2º lo califica de defraudación; calificación lógica, pues según el mismo código civil en su art. 2531, quien toma una cosa perdida se convierte en depositario, y como el depositario tiene la obligación de devolver la cosa a su dueño, si se negase a devolverla o se la apropiare, comete defraudación y no hurto. Puede verse además los arts. 2445, 2450, 2457, 2528 y 2530 y subsiguientes.

**153.**—La cosa, por otra parte, aún cuando la ley no lo dice, debe tener algún *valor*. Así lo requiere el art. 2311 del código civil, y lo establece en cierto modo la ley penal al tomarlo en cuenta, en general, para graduar la pena. No es necesario



sin embargo que la cosa tenga un valor comercial: bastará que tenga un simple valor de afección, p. e. (Carrara, Liszt, y art. 29 in. 2.º).

El valor de la cosa debe ser apreciado con relación al tiempo del apoderamiento, y no comprenderá ni el lucro cesante ni el daño emergente, valores éstos que serán materia de indemnización civil.

154.—Es un punto discutido el de si existe o no *hurto de uso*. Aunque es general la negativa (Liszt), autores hay, como Irureta Goyena, que se deciden por la afirmativa. Habría para el hurto de uso, en el caso de una sirvienta que llevase a una fiesta ropas de su señora, en el del labrador que emplease furtivamente animales del vecino para la labranza, etc.

155.—Otro punto también discutido es el relativo al llamado *furtum possessionis*, que nuestra ley resuelve en el sentido de defraudación en el art. 173 inc. 5.º Un ejemplo sería el del que subtrae de poder del acreedor prendario el objeto suyo dado en prenda.

Ya se dijo que, según Carrara, no habría hurto, porque faltaría la condición de ser la cosa ajena.

El Supremo Tribunal de España, y algunos autores españoles, franceses e italianos, entre los que figura Impallomeni, sostienen la negativa, y están por la afirmativa el Tribunal de Casación de Francia, casi todos los autores de la misma nacionalidad, y Pessina. Manzini sostiene lo primero en la prenda y el depósito, y lo segundo en el uso, usufructo y arrendamiento.

156.—Es este un delito en el que la *violación de domicilio* puede importar su tentativa, si los antecedentes del sujeto y las circunstancias particulares autorizan a pensar que ese fué su propósito.

Carrara sostiene, contra la opinión general y nuestra jurisprudencia, a mi juicio con razón, que la violación del domicilio es independiente del hurto y debe por lo tanto agravarlo. En realidad, el que hurta violando el domicilio, ejecuta un acto que no constituye una condición del hurto, que constituye un

delito *per se* y que demuestra una mayor temibilidad. Puede verse lo dicho en el n.º 116.

**157.**—Quedan por examinar los casos de *hurto calificado*.

Fuera del hurto simple previsto en el art. 162, no hay más que hurto calificado por un cierto número de circunstancias agravantes. No hay hurto calificado por circunstancias atenuantes. Es esta, por lo demás, una característica de los delitos contra la propiedad.

Las circunstancias que en el art. 163 se tienen en cuenta, son aquellas que en general demuestran en el delincuente una mayor temibilidad, o que se relacionan con la mayor protección que la ley acuerda a ciertas cosas, ya sea porque las requieren en razón de la menor vigilancia directa que sobre ellas se tiene por virtud del lugar, la ocasión, o un análogo motivo, considerándose por lo mismo confiadas al respeto y buena fe de los demás, ya sea por la naturaleza de los medios empleados.

La mayor temibilidad del delincuente se manifiesta por la depravación que demuestra en el desprecio por cosas de tal manera respetables, o por la tenacidad y empeño puestos al servicio del crimen, al vencer con audacia o singular astucia, los obstáculos natural o artificialmente opuestos a sus ilícitos designios.

La ley enumera los casos de hurto calificado en cuatro incisos, naturalmente con mayor pena que el hurto simple.

El primero es el de ganado mayor o menor, o de productos separados del suelo, o máquinas o instrumentos de trabajo, dejados por necesidad en el campo; o de alambres u otros elementos de los cercos, causando su destrucción total o parcial.

La cámara de la capital federal ha resuelto, bajo el imperio del código derogado, que no es el caso de que se trata, el de un hurto de varios caballos efectuado en un potrero urbano. Si se tratara de productos no separados sería robo; si fueran dejados sin necesidad habría hurto simple.

El segundo es el llamado calamitoso, que es el cometido con ocasión de incendio, naufragio, inundación, explosión, accidente de ferrocarril, motín o asonada, o aprovechando las fa-





cilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública, o un infortunio particular del damnificado.

El tercero es el efectuado valiéndose, para *penetrar* al lugar donde se encuentra la cosa, de ganzúa, llave falsa, un instrumento semejante, o de la llave verdadera que hubiese sido sustraída o hallada, sea la puerta interior o exterior. Si además se ejerce violencia, prevalecerá la calificación de robo, por tratarse de un caso con pena más grave.

¿Mejorará su situación por haber agravado el delito *agregando* a la entrada con llave falsa o al escalamiento, la fuerza en las cosas o la violencia en las personas?

Desde el momento que el procesado allanó la protección de la cosa escalando el muro, por imperio de la ley se colocó dentro de la pena correspondiente al hurto calificado, si su intento fué atentar contra la propiedad, y un hecho posterior que importe agregar un nuevo motivo de agravación, no podrá sino empeorar su situación.

El art. 167 inc. 4º resuelve claramente el punto.

Es de advertir, además, que aunque se tome la cosa sin franquear la puerta, abierta de la manera expresada, valiéndose de una caña p. e., la calificación subsiste (Blanch, Garraud, Irureta Goyena). No se trata en realidad de proteger la cosa contra la persona física del delincuente: lo importante es ponerla en seguridad contra su acción criminoso; y puesto que ésta penetró al lugar donde la cosa se encontraba, allanando las seguridades por el escalamiento o el empleo de ganzúa o llave falsa, las condiciones delictuosas consultadas por el legislador se han hecho presentes, y proceden, en consecuencia, las medidas y previsiones adoptadas para el caso. Es el concepto del vocablo *entrar*.

Cabe también hacer notar, que el empleo del medio indicado agrava calificativamente el delito cuando es para *entrar* al lugar donde se encuentra la cosa, no para salir, una vez removida, desplazada, o realizado su apoderamiento. El delito, en verdad, ya se habría consumado, y un acto posterior puede influir en la calificación, únicamente que importe un atentado contra las personas, por el respeto debido a la personalidad humana. (Puede verse lo dicho en los ns. 161 y 166 letra b).





El cuarto es el de escalamiento, al que se aplica lo dicho en el anterior. Escalamiento es la entrada por vía no destinada al acceso; como ventana, pared, techo. Es menester, sin embargo, que se burle la seguridad que el morador tenga en el medio allanado, y que el allanarlo demande del delincuente cierto esfuerzo o habilidad.

La jurisprudencia tiene establecido que el escalamiento, para poderse lo considerar como circunstancia agravante calificativa, debe ser externo. Pero si ella se explicaba bajo el régimen del código derogado, que se refería al escalamiento para entrar al *edificio*, lo mismo que la efracción en el robo, no tiene razón de ser con la ley vigente, que no se expresa de tal manera, y que equipara esa circunstancia a la de penetrar al *lugar* donde se encuentra la cosa, valiéndose de llave falsa, de un instrumento análogo, o de la llave verdadera que hubiese sido sustraída o hallada. Y como en este caso no se hace distinción entre seguridades externas e internas, por demás manifiesta es la inconsecuencia en que se incurre al hacerla en el del escalamiento.

Por lo demás, al tratarse de la *efracción* en el robo, se pone en claro lo artificioso de un sistema fundado en semejante distinción (n.º 166 letra b).

158.—La pena del hurto simple es de prisión de un mes a dos años, y de uno a seis años para el calificado.

---



## Robo

159. — Definición y elementos. 160. — Legislación comparada. 161. — La violencia. La fuerza en las cosas, sobre lo que puede recaer. El daño causado por la fuerza en las cosas. Violencia posterior al apoderamiento. 162. — El sistema más conveniente. 163. — Puntos de contacto y diferencias con el hurto, la extorsión y la defraudación. 164. — Penalidad. 165. — Agravantes calificativas, grupo arts. 165 y 166. El homicidio. Los demás casos de lesiones calificadas. Arts. 92 y 166 in. 1.º. 166. — Grupo art. 167. a) En despoblado y con armas. Lo que debe entenderse aquí por "arma", si es menester hacerse o no uso de ella, y en el último caso si será necesario llevarla o no a la vista. b) "Efracción", su concepto. Los techos y los pisos. Efracción innecesaria, la exterior y la interior, para entrar y para salir, para asegurar el éxito y la impunidad. c) "Lugar habitado" y sus "dependencias". 167. — Agua, calor, vapor, gas y electricidad.

159.—Otra figura de los delitos contra la propiedad es la del *robo*, que no es otra cosa que el hurto violento.

Roba, dice el art. 164, "El que se apodera ilegítimamente "de una cosa mueble total o parcialmente ajena y con fuerza "en las cosas, o con violencia física en las personas, sea que "la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, o en "el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su "impunidad".

Siendo la violencia el único elemento que lo diferencia del hurto, debe tenerse presente cuanto al tratarse de este delito se ha dicho respecto a los demás, o sea: *apoderamiento ilegítimo de cosa mueble, total o parcialmente*. Así mismo lo dicho sobre otros conceptos comunes. De suerte que aquí se examinará únicamente las cuestiones relacionadas con aquel elemento diferencial.

160.—La denominación específica de esta figura de delito contra la propiedad es seguida generalmente en la legislación



comparada. Así en el derecho alemán el hurto se llama *diesbstahl* y el robo *raub*, en el derecho italiano el primero *furto* y el segundo *rapina*, y otro tanto en los códigos austriaco y húngaro.

Sólo en el derecho francés se adopta una denominación genérica, *vol*, constituyendo el empleo de fuerza en las cosas o la violencia en las personas, una de tantas circunstancias calificativas de agravación, como son las fundadas en motivos de lugar, tiempo, modo, medios y calidad y cantidad de las personas (Blanche t. VI p. 558).

En el derecho belga hay dos secciones: una destinada al *hurto* (*vol*), y la segunda al *robo* (*vol comis a l'aide de violences ou de menaces*) y a la extorsión. Aquí la violencia física o moral en las personas no es, como en el derecho francés, circunstancia calificativa del hurto, sino verdadera condición específica del delito.

161.—La *violencia* puede ejercerse en las *personas* o en las *cosas*.

La violencia en las cosas, más propiamente llamada fuerza, es la que se ejerce en los medios generalmente defensivos de la cosa objeto del delito (Carrara): sea que estén adheridos a ella, como una cadena que se corta, o que la protejan sin adherencia, como la puerta que se fractura para tomar la cosa que está en la habitación. También la cosa misma que se rompe.

Otra cuestión relacionada con la fuerza en las cosas es que ella califica el robo únicamente cuando se la emplea para preparar o facilitar el apoderamiento o remoción de la cosa, o para efectuarlo. Por eso la ley dice: "El que se apodere... con fuerza en las cosas..."

Rige, pues, para la fuerza en las cosas, y también en el caso de efracción (art. 167 inc. 3º), el mismo criterio que para la llave falsa y el escalamiento en el hurto: no influye si se la emplea con posterioridad al apoderamiento o remoción de la cosa. Véase lo dicho en el hurto sobre escalamiento, y el empleo de ganzúa o llave falsa.

En cuanto al daño que se produzca al ejercer la violencia, debe tenerse presente que la jurisprudencia ha establecido que queda comprendido en el robo, y que, por lo tanto, no hay en tal caso concurso de delitos.



La violencia en las personas, dice la ley, puede tener lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

Existe, según se ve, diferencia entre la violencia en las cosas y la violencia en las personas. La primera agrava o califica el delito cuando se emplea para apoderarse de la cosa: una vez removida, una vez desplazada; una vez *cometido*, realizado, efectuado o consumado el delito, únicamente la violencia en las personas produce aquel efecto.

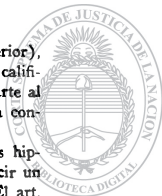
En esto el codificador se muestra consecuente: en cuanto a la violencia en las cosas, concordando esta disposición con la referente a la efracción, al escalamiento y al empleo de ganzúa o llave falsa; en cuanto a la violencia en las personas, concordándola con las de los arts. 80 inc. 3º, y 92, en los que la violencia en las personas lo mismo agrava cuando se la emplea como medio de realizar el delito que con el fin de asegurar su impunidad o por no haber logrado ejecutarlo.

Es pues el respeto por la personalidad humana el que informa este temperamento adoptado excepcionalmente por el legislador.

Mas, por tratarse de una disposición de carácter verdaderamente excepcional, debe limitarse su aplicación a los casos en que aparece el motivo que la informa, o sea a los en que la víctima haya sido objeto de violencias activas de carácter ofensivo, y no a aquellos en los cuales el delincuente se haya limitado a emplearlas sin este propósito, únicamente para evitar ser detenido y sin causar daño. Debe ser, además, adecuada.

Es también en virtud de esta razón, además de la que fluye clara de la construcción literal de la oración, así como del sistema italiano y uruguayo que figura entre las fuentes del artículo, que debe interpretarse que la frase "para procurar su impunidad", se refiere al delito, y quedan por lo tanto comprendidas la impunidad de los copartícipes y la seguridad de la cosa substraída.

En esta disposición se tomó como modelos los códigos español, alemán, belga, italiano, húngaro y uruguayo, de los cuales únicamente el primero define el robo como el cometido con fuerza en las cosas o con violencia en las personas, pues todos los demás, cuya doctrina también sigue el código austriaco, consideran que es robo únicamente el cometido mediante violencia



en las personas (excluyendo el alemán la de empleo posterior), y dejan los casos de fuerza en las cosas para los hurtos calificados. La ley, por lo tanto, ha seguido en su primera parte al código español, y en cuanto a la violencia posterior a la consumación, a los códigos italiano y uruguayo.

Constituye violencia (art. 78), el empleo de medios hipnóticos, narcóticos u otros semejantes, tendientes a producir un estado de inconsciencia o de incapacidad para resistir. El art. 119 da un argumento en el mismo sentido.

La violencia en las personas es sólo la física: la moral ha dejado de figurar en el robo. El código ha adoptado un sistema sencillo y neto que evita toda posible confusión del robo con la extorsión. Ha tomado para el robo la violencia física, y ha dejado la violencia moral para la extorsión. Esta reforma fué propuesta por mí al doctor Rodolfo Moreno hijo, y ha sido incorporada a la ley. Puede verse las ps. 288, 289 y 290 del informe de la comisión de diputados, y la p. 84 de la del senado.

Se relacionan, por lo demás: particularmente con la fuerza en las cosas, la efracción, y con la violencia en las personas, las lesiones, de las que se trata en los números siguientes.

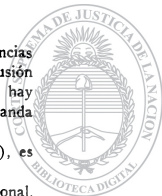
**102.**—En realidad el robo debiera caracterizarse por la fuerza en las cosas o la violencia física en las personas, anterior o concomitante con el apoderamiento, dejándose la violencia posterior, tanto en las cosas como en las personas, para servir de agravación calificativa en el hurto.

De esta suerte se establecería el concepto del apoderamiento en orden a la consumación del delito.

**103.**—Se diferencia del hurto, como ya se dijo, únicamente en el empleo de violencia. Sobre la diferencia con la extorsión y la defraudación, se dice lo pertinente en los capítulos respectivos.

En el sistema del código derogado, quedaban comprendidos en el robo, la extorsión y algunos casos de hurto, como los de abuso de confianza, llave falsa y escalamiento (arts. 189 y 190).

**104.**—El robo simple, que es aquel que no se caracteriza por circunstancias calificativas, tiene pena de prisión de un



mes a seis años. En los casos calificados por circunstancias agravantes, la pena es de diez a veinticinco años de reclusión o prisión si hay muerte, y las mismas de cinco a quince si hay lesiones graves, o el robo se comete en despoblado y en banda (arts. 164, 165 y 166).

La pena para los demás casos calificados (art. 167), es de reclusión o prisión de tres a diez años.

La pena del art. 165 es para el caso de muerte ocasional, pues si se matare de propósito regirá el art. 80. El legislador ha agravado aquí el homicidio, con relación al del art. 79, únicamente en el mínimo, dos años más elevado. No ha guardado, sin embargo, la misma consecuencia, en el caso de lesiones.

Puede verse los arts. 142, 191, 194, 199, 200 y 201.

**165.**—Tres son los grupos de *circunstancias agravantes* calificativas.

El primero, el más grave, comprende el caso de la muerte causada con motivo u ocasión del robo, y el segundo el de que las violencias ejercidas en las personas hubiesen causado alguna de las lesiones previstas en los arts. 90 y 91, y además el del robo perpetrado en despoblado y en banda (arts. 165 y 166).

El primero difiere, en cuanto a su penalidad, del homicidio previsto en los arts. 79 y 80, en la manera a que se hace referencia en el número precedente, en el que también se hace notar una inconsecuencia del legislador con relación al caso de lesiones.

En el proyecto se advertía una inconsecuencia más del legislador, por cierto no observada en el art. 168 inc. 4º, consistente en haber tomado de las circunstancias calificativas de las lesiones previstas en los arts. 90 y 91, sólo una de cada grupo, sin razón que justificara semejante proceder. Si allí son iguales no se advierte por qué habían de ser aquí diferentes. Afortunadamente el senado escuchó la observación que oportunamente formulé al respecto.

En cuanto a las violencias del art. 166, aún cuando la ley se refiere a las ejercidas para *realizar* el robo, el vocablo *realizar* tiene aquí el concepto de tiempo que la violencia personal tiene en el art. 164, o sea el de que se la emplee, aún para asegurar la impunidad de los partícipes o el producto del de-



lito. De lo contrario se caería en el inconveniente de poner al legislador en contradicción, puesto que, tanto en el art. 80 como en el 164, ha equiparado a la violencia como medio de ejecución del delito, la empleada como medio de preparación del mismo, o de asegurar su resultado o la impunidad del culpable o de los coparticipes. Además en el 165 no se emplea dicho vocablo.

Cuanto se ha dicho en el número 161 debe aquí tenerse presente para evitar repeticiones. Además, la razón es la misma en cada uno de esos casos: la especial temibilidad del delincuente.

Pero ocurre preguntar, qué pena deberá imponerse en el caso del art. 166 inc. 1º, encontrándose también previsto, aunque con una pena menor, en el 92, o de las lesiones. Y la respuesta, en el sentido de la aplicación de la pena prevista en el robo, no es por cierto dudosa. Primero, porque una disposición de carácter especial prima sobre otra de carácter general, y segundo, porque en materia de concurrencia de delitos prima la calificación del más grave, según el principio tantas veces recordado.

Lo que deba entenderse por *banda* lo dicen la doctrina y el art. 210 del código. Es la asociación para delinquir; *para cometer conjuntamente delitos indeterminados*, según los términos del artículo. Queda, pues, excluido el complot, que es la *asociación para cometer conjuntamente un delito determinado*.

Entre una y otra asociación existe una diferencia de temibilidad apreciable. No es por cierto lo mismo asociarse para cometer un robo que para cometer todos los que sea posible, mientras la justicia no ponga la cárcel de por medio. Por otra parte el proyecto de 1891, del cual fué tomado, entiende por *banda*, no el complot, que considera ser una forma de codelinuencia, si no la asociación para cometer delitos, según puede verse en el informe de la comisión y en el 522 del mismo, que era el 30 inc. 5º de la ley 4189. "Asociación o banda para cometer delitos", se dice en estos artículos, y es en ese sentido que se ha empleado en el inciso que aquí se comenta.

Verdad es que la comisión del senado manifestó, en aquella oportunidad, que no se incluía el complot por cuanto en la parte general (del código derogado) no se establecía ningún criterio diferencial con la banda; sin embargo, como el senado

sancionó el proyecto sin discusión, esa manifestación no tiene más autoridad que la de los miembros de dicha comisión.

**166.**—El tercer grupo de robos calificados, que en gravedad sigue a los anteriores, comprende el cometido: en despoblado y con armas; en poblado y en banda; con perforación o fractura de pared, cerco, techo, piso, puerta o ventana de un lugar habitado, o sus dependencias inmediatas, y el cometido con las agravantes calificativas del art. 163 (art. 167).

a) *Y con armas*, dice el inc. 1º

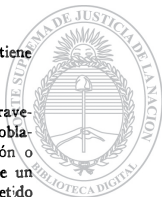
Ante todo conviene dejar sentado lo que debe entenderse por arma. Arma, en el sentido de la ley, es todo objeto apto para matar u ofender. Es como más o menos la definen los códigos belga y francés.

Pero es indudable que habrá casos en los que ciertos instrumentos ofensivos, como un cortapluma, un látigo o rebenque, u otro análogo de uso personal y corriente, no podrán ser catalogados en la categoría de armas.

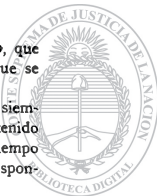
Será considerada arma, entonces, todo objeto con poder ofensivo suficiente, cuando por las circunstancias de ocasión, naturaleza del mismo, destino, etc., se pueda estimar ha sido llevada expreso para realizar el robo, o que al menos ha sido utilizada con tal fin; apreciación que en cada caso queda librada al juicio de los tribunales. Carrara estima estas circunstancias, así como si el delito es deliberado o no.

¿Pero la agravación consiste en llevar armas o en emplearlas? ¿En el primer caso bastará llevarlas aunque sea oculta-mente o será menester que estén a la vista? Al expresarse la ley en la forma que lo hacen casi todos los códigos, sin precisar si se requiere o no el uso, y en este último caso si las armas han de estar a la vista o no, no ha seguido el sistema de la intimidación presunta de los códigos de Francia y Portugal, de carácter subjetivo y que comprende el caso de las armas ocultas, sistema seguido por la doctrina española (Tribunal Supremo, y Groizard), y criticado, entre otros, por Carrara; sino que ha adoptado el de la intimidación tácita, de las legislaciones belga e italiana, que requiere se lleve las armas a la vista.

La razón estaría en el proyecto de 1891, del cual el artículo fué tomado a la letra, el que ha tenido en cuenta los códigos español y alemán, que se expresan como el nuestro, y además







el belga y el proyecto de Tejedor, que dicen: el primero, que las armas se han de emplear o mostrar, y el segundo, que se han de emplear.

Según esta interpretación, la agravante se computará siempre que el arma haya desempeñado algún papel, haya tenido alguna influencia en la ejecución del delito, si al mismo tiempo aparece indudable o presumible que esa influencia ha respondido a un designio del delincuente.

La solución quedaría de esta suerte colocada en un punto intermedio, equidistante de la violencia presunta y del empleo efectivo del arma, o de la *mano armada* a que se refiere el artículo 238.

Por lo demás, poco o nada importa que se haya empleado engaño por medio de una falsa violencia, si se obtuvo como resultado la intimidación. Tal el caso de amenazar con una pistola descargada.

Pero es el caso que, reducido el robo en el sistema del código a la violencia física y el concepto de *y con armas*, no puede ser el que tenía bajo el régimen del sistema derogado, y debe lógicamente limitarse al punto de vista físico.

b) De los casos que forman este grupo, es indudablemente el del n° 3° el que mayores dificultades ofrece.

No me refiero al concepto de *efracción* (el daño causado con la perforación o fractura, no constituye un delito aparte sino que importa la agravación), puesto que la doctrina lo tiene establecido, y resulta por otra parte claro de los términos de la ley, que requiere la perforación o fractura. Estos vocablos son lo suficientemente expresivos para que nadie pueda torturarse con dudas acerca de su significado.

Habrà efracción cuando se corte, rompa, fracture, perforé, demuela, fuerce o destruya el medio defensivo, así consista en un cerco, una pared, una ventana, una puerta, el techo o el piso, sea que la violencia recaiga sobre los tableros, vidrios, cerraduras, candados, o en cualquiera otra seguridad de la puerta o ventana destinada a ofrecer resistencia a la acción del culpable.

No habrá efracción, en cambio, cuando el culpable empleare un medio que no importase fuerza: como la llave ganzúa o el atornillador para destornillar visagras exteriores.



Tampoco si de un modo manifiesto la fuerza no hubiese sido necesaria o recayese en obstáculos opuestos, no a la acción de las personas, sino más bien a la de los animales: como son los alambrados comunes, que una persona puede salvar pasando entre los alambres, tal cual lo haría a través de un cerco vivo. (Véase lo dicho en el n° 141, y la jurisprudencia de la cámara de lo criminal de la capital federal, de 22 de julio de 1921).

Por lo demás, como lo proponen Blanch, Garraud e Irureta Goyena, no importa que la perforación se haga de adentro afuera por uno de los culpables para dar entrada a otro, así como que el culpable, una vez hecho la fractura, substraiga la cosa sin entrar, valiéndose de un instrumento cualquiera. Puede verse lo dicho al respecto en el hurto, al considerar el escalamiento y el empleo de ganzúa o llave falsa.

Ha habido dificultad en considerar si el techo y los pisos estaban o no comprendidos; si las seguridades forzadas son las exteriores o también las internas; si la violencia es sólo para entrar y no para salir, y cuál es el concepto de lugar habitado.

Aún cuando el código derogado no mencionaba el *techo* y los *pisos*, quedaban indudablemente comprendidos, puesto que lo que la ley reprime es el allanamiento de aquellas seguridades puestas por el dueño para protegerse contra los atentados posibles de los demás; y ciertamente a nadie se le ocurrirá pensar, que el piso no representa para el dueño una seguridad para sí y para sus cosas, que el techo sólo se hizo para el sol, el frío, el calor, el viento y el agua, o que el delincuente que hace un conducto subterráneo para brotar como flor del crimen en el piso de un dormitorio, o que perfora un techo para caer al mismo como un bólide infernal, es menos temible que el que perfora una pared, corta un alambre tejido o fractura una puerta o ventana. La cámara de lo criminal de la capital federal así lo había resuelto.

Aquí estaban, además, las fórmulas amplias del proyecto de Tejedor y del art. 190 del código derogado, que permitían esa interpretación, lo mismo que el art. 404 in. 4° del código italiano, citados por la comisión como fuentes del inciso; aparte de los numerosos ejemplos de la legislación comparada, de que me basta citar los arts. 521 del código español, 393 del francés, 484 del belga, 440 de chileno, 358 del brasileño, 243 del

alemán, 442 del portugués, 336 del húngaro, y cap. XX, § 9 del sueco.

El inconveniente ha sido salvado en el código mediante una enmienda del senado que encontró atendible la observación que sobre el particular formulé.

En cuanto a las *seguridades externas*, nuestra jurisprudencia tenía establecido que únicamente ellas calificaban la efracción, quedando, en consecuencia, excluidas las internas.

Esa jurisprudencia, establecida bajo el imperio del código derogado y con arreglo al texto del art. 190, ha sido abandonada por la cámara de lo criminal de la capital federal, en conformidad con la reforma (ley 4189).

Se ha declarado casos de efracción los siguientes: fractura de puerta de habitación, de conventillo o casa de hospedaje, de acceso a patio o lugar de uso común; de puerta dentro de verja o muros que fueron escalados; de puerta cancela o de departamento, habiéndose abierto la exterior con llave ganzáa; de piso de habitación interior para pasar a la de abajo, etc.

El cambio de doctrina que implicó la nueva jurisprudencia, respondía exactamente al cambio de doctrina que se ha operado en la ley, concordante con las modernas orientaciones del derecho penal, que, sin abandonar en la graduación de la penalidad el punto de vista objetivo de la infracción, asigna al subjetivo de la temibilidad del delincuente una importancia dominante.

El art. 190 hablaba de *penetrar al edificio*, con lo que, al mismo tiempo que se fijaba el motivo de la agravación del robo con efracción únicamente en el allanamiento de las protecciones físicas puestas en resguardo de las cosas mismas objeto del atentado, toda vez que no se hacía distinción entre edificio habilitado, de comercio, depósito, etc., se limitaba el alcance de la efracción a las seguridades exteriores. Claro está que la jurisprudencia tenía que decir lo que estaba en la letra y en el espíritu de la ley.

Pero vino la reforma, y la ley 4189 en su art. 22, letra c), n° 3°, no tan sólo no habló ya de *penetrar al edificio* (habitado o no), sino que empleó los términos "con fractura de puerta... de un lugar habitado". por cierto de alcance menos estricto en cuanto a la clase de seguridades (externas o internas), pero en cam-





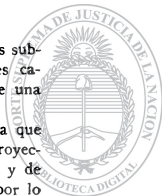
bio más preciso en lo relativo al carácter del lugar, pues debe ser *habitado*. Es lo que también hace el art. 167.

¿Cuál es la conclusión que racionalmente surgía de este cambio de redacción en la ley? La muy lógica, que la nueva ley había trocado la doctrina del art. 190, por otra que contemplaba con más amplitud y propiedad la temibilidad específica del delincuente. Aquella consideraba que la temibilidad del culpable se manifestaba por la circunstancia de no detenerse en su criminal intento ante las seguridades exteriores puestas por el dueño de las cosas en resguardo de las mismas, sin preocuparse del mayor o menor valor de las cosas sustraídas. La reforma, conservando estos mismos criterios, llevó en cambio más lejos el fundamento subjetivo de la agravación, al requerir que la temibilidad del malhechor se demostrase con el allanamiento de esas mismas seguridades (las de las cosas), y además con el de las puestas al propio tiempo en resguardo de las personas, cuando exigió que el lugar fuera habitado.

Una vez más el legislador encontró motivo para una señalada agravación, en el desprecio demostrado por el respeto que merece la personalidad humana, con plausible preferencia por el concepto subjetivo de la temibilidad del culpable.

La gravedad del acto radicaba, en consecuencia, más que en el allanamiento de las seguridades de las cosas, en el de las puestas en resguardo de la tranquilidad y la seguridad de sus poseedores. Porque quien además de atreverse a allanar las primeras se atrevía a allanar también las segundas, desafiando tal vez las resistencias de los moradores, al mismo tiempo que producía un hecho más grave acusaba una mayor temibilidad.

Es claro por demás, entonces, que era tanto más procedente la agravación, cuanto mayor era la temibilidad puesta de manifiesto. Y como hay menor temibilidad en romper una puerta exterior para entrar a tomar una cosa que se encuentra en un patio, que en romper una puerta de la habitación donde duerme el morador, para entrar a tomar una cosa que en ella se halla guardada bajo una doble seguridad, la externa y la interna, era de toda evidencia que la gravedad de la temibilidad aumentaba, en vez de disminuir, a medida que el allanamiento de las seguridades va de afuera adentro y de las cosas a las personas.



Tampoco podía olvidarse que la solución de problemas subjetivos no puede quedar subordinada a particularidades casuísticas de carácter físico, sin importancia alguna o de una importancia sumamente relativa.

Esto se demostraba mejor todavía, si se consideraba que ni en el art. 404 inc. 4º del código italiano, citado en el proyecto de 1891 como fuente directa del cambio de redacción y de doctrina del art. 22 letra c) inc. 3º de la ley 4189, y por lo tanto del 167, ni en el 372 inc. 1º del código uruguayo, ni en el 397 inc. 1º del paraguayo, que también tienen como fuente el art. 404 inc. 4º del italiano citado, se hace distinción entre seguridad exterior e interior. Puede verse al respecto Crivellari t. VIII p. 86, Irureta Goyena "El delito de hurto" p. 245 y T. González "Derecho Penal" p. 266.

La cita que al mismo tiempo se hacía, en dicho proyecto, como otras fuentes de dicha disposición, de los arts. 190 inc. 1º derogado y 319 inc. 1º del proyecto de Tejedor, no tenía la misma importancia. Primero, porque dichos artículos en sus incisos segundos preveían la fractura de puerta o ventana, incluida en el vigente, y sin embargo sólo se cita la de pared o cerco de los incisos primeros; segundo, porque en dichos artículos e incisos se equiparaba la efracción exterior con el escalamiento, que la reforma legislabá con distinto criterio; tercero, porque el cambio de redacción introducido no concordaba con la de dichos artículos e incisos; cuarto, porque la reforma respondía en absoluto a la del art. 404 inc. 4º del código italiano. De todo lo cual se infería, que mientras este antecedente, extranjero y nuevo, explica el cambio de redacción y con él el de doctrina, aquellos habían sido recordados tan sólo a título de antecedentes de legislación nacional y en el sentido de ser la efracción en sí, y no con relación a su alcance en cuanto a la naturaleza y clase de seguridades sobre que recae, un motivo de agravación especial en el robo.

Debe agregarse algo más, y es que en la legislación comparada, en la que por regla general la fuerza en las cosas es una circunstancia agravante calificativa del hurto, tampoco se hace distinción entre efracción exterior e interior.

Y como el código sigue la reforma de 1903, nada más hay que agregar.



Véase, además, lo dicho sobre *escalamiento* en el hurto, y téngase presente también que en el inciso se emplea el vocablo *lugar* en vez de *edificio*, de tal manera que, si bajo el imperio de la ley derogada no podía hallarse efracción en el allanamiento de una seguridad interior, porque no habría servido para *penetrar al edificio*, bajo el del código vigente no es posible desconocer que la fractura de una puerta o ventana interior de casa de familia es una *fractura de un lugar habitado*. No hay razón alguna para exigir una condición que la ley no requiere.

¿Pero la efracción juega el mismo papel cuando se efectúa para entrar a robar que para salir una vez ejecutado el delito, sea para transportar la cosa o simplemente para asegurar el culpable su impunidad?

Una vez más las fuentes del inciso no aclaran el silencio de la ley, pues mientras el proyecto de Tejedor y el art. 190 del código derogado dejan entrever que es para entrar, el art. 404 inc. 4º del código italiano claramente expresa que lo mismo es para transportar la cosa.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha limitado el alcance de la aclaración a la entrada, en el sentido de que debe preceder al apoderamiento de la cosa. Puede verse lo dicho en el nº 161, y lo que en el hurto se dice sobre el escalamiento y el empleo de ganzúa o llave falsa.

Es, pues, indudable, que el legislador ha seguido el sistema italiano y uruguayo, únicamente en lo relativo a la violencia en las personas, por las razones expresadas en los lugares citados.

Adviértase, finalmente, que la ley habla de la perforación o fractura para *perpetrar*, y esto vale lo mismo que realizar, ejecutar, consumar. Y una vez removida la cosa de su lugar, una vez efectuado el apoderamiento, el robo está consumado. La efracción, pues, empleada con posterioridad, no sería ya para perpetrar el hecho y por lo tanto no lo agravaría ni calificaría.

c) ¿Qué debe entenderse por *lugar habitado*?

En este punto, la legislación comparada, bajo la denominación de casa o edificio habitado, y con ella la doctrina de los tribunales y de los tratadistas en general, nos dan la solución.

Se considera lugar habitado el destinado permanentemente o transitoriamente a morada, sea que estén presentes o no los mo-



radores en el momento de la ejecución del delito, o que la vivienda sea fija o transportable. Así, se han incluido los navíos, y se comprenden las casas de negocio habitadas por cuidadores. Así lo ha resuelto la cámara de lo criminal, y puede verse el n° 111 letra b).

En otro sentido, lugar habitado no sólo es la casa misma, sino los patios, jardines y demás dependencias comunicadas interiormente. Será entonces lugar habitado una casa de comercio con comunicación interior con la morada del comerciante: altos y bajos, por ejemplo. *Dependencias inmediatas*, dice la ley.

Los códigos, en general, incluyen y especifican las dependencias.

Dice Groizard: "Todo lo que con el albergue esté "conexionado, todo aquello que se relacione con la manera de vivir del dueño dentro del recinto de la casa habitada. " todos los objetos de su propiedad que dentro estén de los límites materiales que constituyen el círculo propio de la defensa de su hogar"; y más adelante: "No debiendo suceder " lo mismo respecto de aquellos terrenos que (como los huertos " y demás terrenos destinados al cultivo y a la producción) " aun cuando cercados y en comunicación inmediata con la casa " habitada, no estén, sin embargo, consagrados a satisfacer las " necesidades, las comodidades, los esparcimientos, los recreos " y goces de la vida doméstica".

Puede consultarse los arts. 34 inc. 6°, 150 y 277 inc. 4°

**167.**—Sobre el robo de energía eléctrica. gas, etc., puede verse lo dicho en el hurto.



### Extorsión

168. — La extorsión según el código derogado, el vigente y los proyectos. Crítica. En lo que consiste este delito y cómo podría legislársele. 169. — Su objetividad jurídica. 170. — Semejanzas y diferencias con el hurto, el robo y la defraudación. 171. — La coacción. a) Sus distintas formas. b) La amenaza, sus formas e idoneidad. Intención de no cumplirla, su efecto sobre el intimado, la veracidad de las imputaciones y el secreto. c) El mal objeto de la amenaza. d) El sujeto pasivo y el mal. e) Illegitimidad de la exigencia. Que la cosa no sea del culpable y que éste obre maliciosamente. 172. — a) El perjuicio y el patrimonio. b) El sujeto pasivo y el perjuicio. 173. — La nulidad del título. Opiniones de Carrara, Marciano, Crivellari, Chauveau y Nypels, Merlin, Rivarola y Crivellari, y jurisprudencia francesa. 175. — Momento consumativo en los distintos casos. 176. — Penalidad.

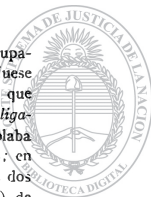
168.—Mal legislado estaba este delito en el código derogado, en el que figuraba integrando el *robo*, con previsiones incompletas en los arts. 189 y 195, y formando parte de las *amenazas y coacciones* en el art. 168.

La ley 4189, sobre la base del proyecto de 1891, lo separó, pero no fué más feliz.

En el afán de ser previsoría había concluido por obscurecer el concepto, repitiendo en incisos separados casos iguales, usando para expresar los mismos conceptos, vocablos distintos, o requiriendo para los mismos hechos modalidades diversas.

Así, entre otras cosas: había equiparado en el in. c), figura especial de extorsión o *chantage* que se singularizaba nada más que por la calidad de las amenazas, las que debían consistir en revelaciones o imputaciones difamatorias, la tentativa al delito consumado, equiparación que si estaba bien en el sistema francés, del que fué tomada literalmente, mal se encontraba en nuestro sistema, y peor aún con relación a las letras a)





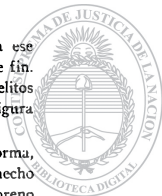
y b); tanto en la letra a), como en la b) y en la c), se ocupaba de documentos, aunque en la primera requería que fuese *capaz* de producir cualquier efecto jurídico, en la segunda que lo *produjera*, y en la tercera que *contuviera* o produjera *obligación, disposición o descargo*; en la primera y segunda hablaba de *documentos*, y en la tercera de *escritos, título o pieza*; en la primera se refería a *violencia* o intimidación, y en las dos restantes a intimidación solamente; trataba en las letras b) de cosas o dinero, y en la c) de *fondos o valores*; en la letra a) no preveía el caso de simulación de orden de autoridad pública, como lo hacía en la b), donde tampoco preveía el de que el delincuente simulase ser la autoridad misma.

Según se vé, todo esto era ocasionado a confusiones, porque parecería que se tratase de cosas distintas, cuando en realidad todo ese palabrerío se reducía a firmas, documentos y cosas, y a una intimidación obtenida por medio de amenazas o simulando autoridad pública, o falsas órdenes de la misma. Bien pudieron, por consiguiente, reducirse a lo sumo a dos los incisos, con menos palabras y con más verdad y claridad.

En resumen: la extorsión importa procurarse, indebidamente y con perjuicio de tercero, una ventaja patrimonial por medio de coacción moral, por la cual se plantea a una persona un dilema, uno de cuyos términos se halla constituido por un perjuicio patrimonial, que élla o un tercero debe soportar, consistiendo el otro en un mal, que ella o un miembro de su familia habrá de sufrir.

Pudo, pues, legislárselo diciendo: que la comete quien, simulando autoridad pública, o invocando falsas órdenes de la misma, o valiéndose de amenazas de causar a una persona o a un miembro de su familia, un mal en el cuerpo o la salud, bienes, libertad, honor, crédito, profesión o empleo, la obligue, con perjuicio suyo o de tercero, a enviar, depositar, entregar o poner a su disposición o la de un tercero, cosas, firmas, documentos escritos capaces de producir efectos jurídicos, o a destruir o firmar documentos o escritos en las mismas condiciones.

A esto se habría agregado los únicos casos especificables, de que el delito se cometiese imponiendo esas exigencias como



precio del rescate de una persona detenida en rehenes a ese objeto, o de la devolución de un cadáver substraído con ese fin.

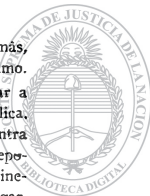
Hizo algo más la ley 4189: lo incluyó entre los delitos contra la libertad, cuando es un delito que ha figurado y figura entre los contra el patrimonio.

El proyecto de 1906 no mejoró ni el fondo ni la forma, y el de 1917, sobre la base de la proposición que había hecho al presidente de la comisión de diputados, Dr. Rodolfo Moreno (hijo), (véase págs. 162, 163 y 228 a 290 de su informe), de separar netamente la extorsión del robo, dejando para aquella la violencia moral y para ésta la física, al mismo tiempo que formulaba el articulado, aceptando este temperamento, mejoró el fondo y la forma. Pero como la reforma fué incompleta, insistí ante la comisión del senado, y como el proyecto de ésta atendió sólo en parte mi observación, insistí ante la segunda, aunque en lo fundamental, la que, acogiendo mis indicaciones, enmendó de nuevo los arts. 168 y 169. (Véase p. 84 del informe de la primera).

Podría, sin embargo, haberse mejorado la técnica, aclarando más el concepto y simplificando la redacción.

Así, p. e., separa los casos de extorsión en cuatro grupos. El primero, el del art. 168, que es tipo genérico, comprende los casos de simulación de orden de autoridad pública o la autoridad misma, los de intimidación y los de firmas y destrucción de documentos; el segundo (art. 169) se particulariza por la naturaleza del bien jurídico objeto de la amenaza (el honor, y una de las formas de atentado a la libertad, la revelación de secretos), quedando por lo tanto, para el primer grupo, la amenaza contra la vida, los bienes, etc.; el tercero (art. 170) se caracteriza por la naturaleza del medio empleado (detención en rehenes de una persona); el cuarto (art. 171) por lo mismo (la sustracción de un cadáver).

El segundo (chantage) no ha debido especificarse, puesto que el honor es un bien jurídico, por lo menos tan apreciable como lo demás, y la violación de los secretos no es más que una forma de atentado contra la libertad. Parece, sin embargo, que la separación respondiese a un criterio de menor gravedad, pues a las extorsiones de ese grupo se les impone pena menor



que las del primero, lo que considero un error. Tanto más, cuanto que la diferencia sólo es de seis meses en el mínimo.

En el código el delito de extorsión consiste: en obligar a otro, mediante intimidación, simulación de autoridad pública, o falsa orden de la misma, o amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos, o en obligar, por los mismos medios o con violencias, a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

No prevé el caso de obtener por esos medios una firma en blanco, que, no importando un documento, vale lo mismo, atento lo que disponen los arts. 1016, 1017, 1026, 1028, 1029 y 1032 del código civil.

Prevé como casos especiales, además de las amenazas contra el honor de revelación de secretos, el secuestro de persona para obtener su rescate, y la sustracción de cadáver para obtener su devolución.

**169.** — La jurisprudencia había fijado la objetividad jurídica de este delito en el perjuicio patrimonial, conforme a la verdadera doctrina, la legislación comparada y los proyectos, y a pesar de la errónea inclusión de este delito entre los delitos contra la libertad en la ley 4189, el código, rectificando este erróneo concepto, lo ha catalogado entre los delitos contra la propiedad, ratificando, por lo tanto, aquella interpretación.

Y la fijación del concepto de esa objetividad tiene su importancia; porque si ella se refiere a la libertad individual, el delito se hallaría consumado cuando se la hubiese limitado o turbado, sin necesidad de que el patrimonio hubiere sufrido. Esto es menester, en cambio, si es el perjuicio patrimonial la objetividad jurídica del delito.

**170.**—Se asemeja al robo, en que se emplea violencia, y se diferencia del mismo: en que no se emplea violencia física, en que se la emplea para hacerse entregar y no para tomar; en que el dinero, etc., puede no hallarse en poder o al



cuidado del amenazado; en que el que la ha de entregar o disponer la entrega, etc., puede no ser la víctima del mal con que se amenaza, y por lo tanto puede haber un tercer sujeto pasivo; en que, en general, no se requiere el apoderamiento; en que lo mismo se refiere a bienes muebles o inmuebles, a cosas o derechos, y comprende la subscripción o destrucción de documentos.

De las semejanzas y diferencias con la defraudación se trata en el capítulo respectivo. Respecto del hurto todas son diferencias.

171. — a) La coacción, uno de los elementos de este delito, puede consistir en la simulación de autoridad pública, en la falsa invocación de órdenes de la misma, o en amenazas.

El caso de simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma, aunque importa un engaño, en el fondo contiene intimidación, puesto que es cediendo a la imposición de la fuerza que el acto de autoridad implica, que la víctima habrá de ceder (Carrara). Hay en esto un punto de contacto con la defraudación: la diferencia estriba en que habrá defraudación si se cede sólo al engaño, y extorsión si a lo mismo y al temor.

La ley no preveía la simulación de autoridad, como lo preveían el proyecto de Villegas, García y Ugarriza en forma análoga y el art. 189 del código derogado.

b) — Las amenazas pueden ser verbales o escritas, firmadas o anónimas, directas o indirectas, expresas o implícitas: la forma es indiferente.

La amenaza debe referirse al sufrimiento de un mal que sea suficiente a impresionar, y por lo tanto idónea, (Chauveau, t. V, p. 282), aunque no fuese intimidante en grado de constituir una causa de exención de responsabilidad en los términos del art. 34 in. 2.º. Pero la dificultad se presentará ordinariamente en la tentativa.

Será indiferente que el amenazado no se deje intimidar y no acceda, en cuyo caso habría tentativa, así como que el delincuente no tenga el propósito de cumplir la amenaza, ni que en el caso del art. 169 las imputaciones sean ciertas, pues,



como observa Carrara, la objetividad del delito no estriba en el peligro personal sino en el ataque al patrimonio por medio de amenazas. Además, en el último caso, lo mismo puede imputarse a una verdadera que a una falsa imputación.

En cuanto a los secretos, es fuera de duda que ha de ser algo que, además de no ser conocido, el amenazado tenga interés en que permanezca reservado.

c) — El mal con que se amenaza puede consistir, como ya se ha dicho, en atentados contra cualquiera de los bienes jurídicos legalmente tutelados; como la vida, la salud, la integridad corporal, el patrimonio y los bienes morales, la libertad, el honor, etc. La ley no distingue, y no hay por qué establecer diferencias que en verdad no existen. Puede verse, además, el art. 168 derogado, en el mismo sentido.

d) — El sujeto pasivo del mal con que se amenaza puede no ser ni el amenazado ni el perjudicado. Tal el caso de la esposa que será muerta si el marido no entrega la cosa de un tercero. Pero será siempre el amenazado o un miembro de su familia.

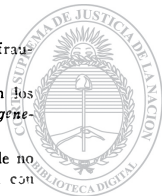
e) — La exigencia ha de ser ilegítima.

No se cometerá, pues, delito de extorsión, si la ocasión tiene por objeto hacerse restituir por el ladrón la cosa robada. Sería este, como el de obtener por amenaza la destrucción o entrega del documento de un crédito satisfecho, un caso de justicia por mano propia, que de comportar responsabilidad criminal lo haría a otro título que el de extorsión.

Pero no basta que la cosa que se intenta hacer entregar sea del culpable: es menester, además, que su exigencia sea justa. Habría, pues, extorsión, en pretender hacerse restituir indebidamente la prenda, mediante coacción.

172. — a) El perjuicio patrimonial, otro de los elementos de este delito, puede consistir en dinero, cosas muebles o inmuebles, créditos obligaciones, y en general todo derecho que forme parte de la universalidad jurídica patrimonial.

Así como en el robo y el hurto se tutela la posesión o dominio de las cosas muebles, y en la usurpación ciertos derechos inherentes a los inmuebles, en este delito se tutela toda



clase de bien patrimonial, lo mismo que ocurre con la defraudación.

Puede verse sobre este particular lo que se dice en los núms. 175, 177, 180, 181 y 193, y las *Consideraciones generales*.

b) — El sujeto pasivo del perjuicio patrimonial puede no ser el amenazado, o quien haya de ser víctima del mal con que se amenaza, de lo que se desprende que tal vez se vea aquel en el caso de entregar o apoderarse de un bien ajeno para librarse del mal con que se le amenaza. Tal es el caso del que se ve obligado a hurtar, robar o defraudar o destruir lo ajeno.

173. — Se discute si la nulidad del título es un inconveniente para que pueda considerarse la existencia del delito. Desde luego se trata de una causa de nulidad distinta de la violencia o intimidación empleada, causa esta que, siendo condición del delito, no puede dar lugar a excusas.

Carrara sostiene que, no obstante la nulidad del documento, el perjuicio es posible, dado que puede pasar desapercibida, y Marciano (citado por Crivellari que adopta la misma opinión), piensa que la unidad radical por vicio de forma quita al hecho su carácter delictuoso. Chauveau y Nypels son del mismo parecer, porque un título nulo de tal nulidad no puede producir perjuicio, toda vez que carece de eficacia jurídica, que es una nada jurídica, que es considerado jurídicamente inexistente.

La corte de casación de Francia ha resuelto que la nulidad del documento, sin distinguir entre nulidad absoluta o relativa, no quita al hecho su carácter delictuoso; pero en otro caso ha resuelto que, pudiendo la nulidad relativa ser cubierta por la confirmación, no sirve de excusa, con lo que parece haber querido decir que, a la inversa, la nulidad absoluta quita al hecho todo carácter delictuoso. Análogas resoluciones han adoptado las cortes de Lieja y Bruselas (Chauveau, t. V. p. 281, y Nypels, t. II, p. 498). Véase también el art. 174 in. 2.º.

Siendo la nulidad absoluta una nada jurídica, no podría en estricto derecho decirse que un documento en tales condiciones *produce efecto jurídico*, según el claro decir de la ley.

174. — Otra cuestión no menos interesante se relaciona con la firma en blanco. Según Nypels, que en este caso sigue el parecer de Merlin, habría delito consumado, puesto que el que obtuvo la firma en blanco no tiene más que consignar la obligación o descargo. La corte de casación francesa ha resuelto lo contrario, alguna vez sosteniendo que ni aún hay tentativa y otra que esto último, porque había motivos para pensar que la firma en blanco se obtuvo con el objeto de formalizar un documento con efecto jurídico.

Como la ley habla de documento, y una firma en blanco no es nada de esto, parece que, no obstante el razonable parecer de Nypels, en la especie únicamente podría contemplarse una mera tentativa, si hubiere motivos para ello. Apoyan esta conclusión Crivellari, Rivarola y la Casación francesa. Corrobora esta interpretación el caso del art. 173 in. 4°.

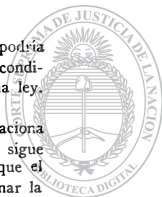
Si la firma en blanco se hubiese obtenido mediante ardido o engaño, será caso de defraudación.

175. — Es interesante dejar establecido en qué momento debe considerarse consumado el delito.

Un caso que no ofrece dudas es el consistente en *entregar* un documento. Entregado el documento, se produce en cierto modo una modificación en el derecho del intimidado, según observa Rivarola, y en el mismo acto se perfecciona el delito. Ver también Pacheco t. III p. 300, Chauveau t. V p. 275, y Carrara t. IV, parte especial, p. 195.

El objeto de la intimidación consiste en la adquisición del documento, y obtenido este resultado el delito se halla consumado. Es esta, además, la solución dada por la jurisprudencia.

En realidad, un documento de obligación, aunque no perjudica al obligado ni enriquece al que lo obtiene a su favor, como perjudica y aprovecha, respectivamente, la entrega del dinero o de la cosa, daña al primero y beneficia al segundo, puesto que el patrimonio de una persona con deudas es un





patrimonio menoscabado, y dado que el titular de un crédito mejora su patrimonio, y hasta puede beneficiarse de inmediato transmitiéndolo. Si pues la obligación importa propiamente una amenaza de perjuicio, un daño en potencia, una seguridad patrimonial; esta inseguridad, ese perjuicio posible son tan serios, que bien pueden equipararse al daño efectivo, tratándose, como se trata, de la extorsión. Porque quien se obligó por temor, por temor es casi seguro que no se defenderá. y porque la prueba de la violencia para destruir las constancias de un documento es por demás difícil, de tal manera que prácticamente el perjuicio es casi siempre real.

Y si hemos de atenernos a nuestros propios antecedentes, nos encontraremos con que, tanto el proyecto de García, Ugarriza y Villegas, como el código, trataban el caso como robo consumado. Tejedor lo equiparaba al robo y citaba a Pacheco y Chauveau. Pacheco dice: "Obligar por fuerza a cualquier persona a que firme o entregue un documento... equivale" plenamente a arrancarle la cantidad que en el documento se "señala...", y dice a su vez Chauveau: "¿Cuál es el fin de" la extorsión? Arrebatarse un documento, un acto cualquiera" que contenga obligación o descargo, y por consiguiente subs- traer una cosa que tiene un valor cualquiera. Se reunen, pues, "en este crimen, todos los caracteres del robo".

Lo mismo respecto a la *subscripción* y la *destrucción*. En cuanto a ésta, en razón de que, destruido el comprobante, queda extinguida la obligación y perdido el derecho.

Este punto relativo a la destrucción de un documento tiene sus relaciones con la defraudación, la falsedad y la violación de documentos, (arts. 173 in. 8, 255 y 294).

Es natural que la destrucción debe ser total y definitiva, porque si el documento quedare en poder del acreedor y le fuese posible reconstruirlo, el caso no pasará de una simple tentativa.

Puede verse, además, lo dicho en los núms. 147, 177, 180 y 181, y las condiciones generales.

Un último caso que no ofrece dificultad, es el del art. 169, consistente en la entrega de cosas o dinero.





La dificultad aparece tratándose de enviar, depositar o poner a disposición del culpable o de un tercero, cosas, dinero o documentos. Desde luego, si el depósito importase poner las cosas en poder del culpable, como si fuese de dinero en su cuenta corriente o en poder de una persona por él indicada, o de un sobre con valores en el buzón particular de su casa, o de objetos o dinero en análogas condiciones, es indudable que el delito queda *ipso facto* consumado. Otro tanto puede decirse de los envíos, si al remitente le fuese imposible impedir lleguen a su destino; salvo que lo hiciere por intermedio de una persona por él elegida, pues si ésta se apropiare del envío defraudaría al remitente (arts. 2386 y 2388 del código civil). Donde la duda se torna seria es en el envío o depósito en condiciones tales que permita al intimado arrepentirse y recuperar lo enviado o depositado. En estos casos el delito no se considera consumado, sino una vez las cosas en poder virtual del culpable.

Cabe también la duda tratándose de los arts. 170 y 171, aun cuando estos son casos de extorsión por medio de delitos ya consumados, como son el secuestro de la persona o la sustracción del cadáver.

El 170 fué tomado del art. 410 del código italiano, que reprime el caso con pena mayor aún, aunque el culpable no consiga su objeto, no obstante lo cual se cita igualmente como fuentes el art. 189 in. 2.º del código derogado y el 317 in. 4.º de Tejedor. El primero de estos artículos ha sido tomado del de Tejedor, y éste de los arts. 425 in. 3.º del código español y 420 el napolitano. Ahora bien, el artículo del código español, dice: "o el *robado* fuere detenido bajo rescate", y el napolitano: "el reo de robo con secuestro". El código no adoptó sin embargo la redacción precisa de sus modelos, y empleó la de la ley actual, que más parece indicar no ser necesario se obtenga el resultado, que es en el sentido que resuelve el caso el código italiano (Zanardelli, Crivellari).

Además, en el caso análogo, y por cierto menos grave, del hurto de un cadáver con el mismo objeto, previsto en el código derogado, art. 22 letra d), en la discusión ante el con-



greso se dió a comprender que quedaba consumado una vez hecha la intimación.

Empero, si se tiene en cuenta que la regla es que se reprime la tentativa con pena menor que el delito consumado, y por otra parte que, siendo la objetividad jurídica el derecho patrimonial, el que no resulta afectado por la sola detención en rehenes ni por la sola sustracción del cadáver, mientras el rescate o el precio de devolución no haya salido del poder de la víctima, se podría llegar a la conclusión de que es menester que esto suceda para que el delito pueda considerarse consumado en los casos de referencia.

Puede decirse, en conclusión, que el delito se consuma, en general, cuando el delincuente ha logrado incorporar, aunque sea virtualmente, la ventaja patrimonial que procurara, con detrimento, aunque sea momentáneo, de la integridad jurídica del derecho patrimonial ajeno. Se trata, en consecuencia, de un delito que se perfecciona, en general, por el desapoderamiento del damnificado, no, como en el hurto y el robo, por el apoderamiento, además, por parte del culpable.

176. — La penalidad es de uno a cuatro años de prisión para el tipo genérico, de seis meses a cuatro años para el *chantage*, de dos a seis años para el caso de sustracción de cadáver, y de tres a diez para el de rescate.

---



## Defraudación



177. — Objetividad jurídica. 178. — Semejanzas y diferencias con el hurto, el robo y la extorsión. 179. — Definición, elementos y distintos tipos. 180. — El lucro y el sujeto activo. 181. — El perjuicio, sus clases y el sujeto pasivo. 182. — Illegitimidad del hecho. 183. — El dolo. 184. — El engaño y ardid. Puede ser anterior o posterior. Naturaleza, clases y formas. 185. — Idoneidad del engaño. El consentimiento de la víctima. Concurrencia de los delitos de falsedad y defraudación. 186. — El "abuso de confianza". Art. 173 in. 2.º. 187. — Art. 173 ins. 3.º y 4.º. Cuando se considera consumado el delito. Opiniones de Pacheco, Groizard, Rivarola, Chauveau, Blanche, Carrara y Crivellari, jurisprudencia francesa, italiana y argentina, y legislación comparada. 188. — Lo que debe entenderse por "abuso de firma en blanco". Su prueba. 189. — Nulidad del título. 190. — "Apropiación indebida". Cosa perdida. 191. — Art. 173 in. 5.º. 192. — Destrucción, sustitución u ocultación de un documento. 193. — Seguro y préstamo a la gruesa. 194. — Arts. 174 ins. 2.º y 4.º, y 175 ins. 2.º y 4.º. 195. — Penalidad.

177.—Es este otro de los delitos contra la propiedad, cuya principal diferencia práctica con el hurto, el robo y la extorsión, consiste en que éstos son obra de pobres que luego son tenidos por ladrones, mientras que aquél es obra tanto del pobre como del rico, siendo más frecuente que se reprima la pequeña defraudación del pobre o la del tonto, y que queden impunes las grandes, las del vivo, las del comerciante y las del rico, quienes siguen siendo considerados personas honradas.

Así como la llave gánzúa en el hurto, ciertas violencias en las personas y en las cosas en el robo y el *chantage* en la extorsión, señalan la marcha ascendente de la criminalidad, paralelamente al adelanto que operan el progreso y la civilización, la defraudación marca puntos culminantes en orden a esta evolución del delito, que de las formas simples y torpes se eleva a la categoría de un arte, y que gana en refinamiento cuanto pierde en la audacia y el coraje que caracterizan los otros atentados contra la propiedad.



Pues bien: este delito, a diferencia del hurto, el robo y la usurpación, que únicamente pueden recaer sobre bienes corporales (cosas muebles e inmuebles), puede, como la extorsión, recaer también sobre bienes incorpóreos o simples derechos. Vale decir que es un delito cuya penalidad tutela la universalidad jurídica patrimonio, y para cuya perfección no se requiere la ocupación de las cosas, sino que bastará librarse de una obligación o convertirse en titular de un derecho patrimonial.

La objetividad jurídica de la defraudación, por lo tanto, consiste en la adquisición fraudulenta o abusiva de una ventaja patrimonial en perjuicio ajeno: lucro y perjuicio, respectivamente.

“Si la defraudación no es el hurto, dice Pacheco, es sin duda alguna de su familia, y produce análogos resultados. “Ataca la propiedad ajena, y tiende a producir una perturbación, por lo cual se sustituye la astucia y el fraude al trabajo y a la legítima voluntad. *para gozar lo que no nos pertenece*”.

“Lo mismo que el *chantage*, dice Liszt, la defraudación, que tiene por objeto el enriquecimiento, recae sobre el patrimonio, en el sentido del conjunto de bienes estimables en “dinero”. Y más adelante agrega: “La defraudación consumada supone la producción de un perjuicio patrimonial, esto es, de un perjuicio estimable en dinero. Hay perjuicio patrimonial desde que el valor en dinero del patrimonio se disminuye en razón del acto. La pérdida de los derechos lo mismo “que el peligro de perderlos en virtud del acto, quedan de igual manera comprendidos”.

Puede verse las *Consideraciones generales*, y lo que se dice en los núms. 148, 150, 172, 180, 181 y 187.

**178.**—Se diferencia del hurto, el robo y la extorsión, en que en estos delitos el delincuente toma la cosa sin el consentimiento del dueño o poseedor, o se la hace entregar violentamente, y de los dos primeros, en que la defraudación puede recaer sobre bienes inmuebles, punto de contacto con la extorsión y la usurpación, y además sobre bienes que no son cosas; como la electricidad, un crédito, un derecho, puntos (estos dos últimos) en que también coincide con la extorsión. También en que, como en el abuso de confianza, puede el culpable haber tenido la cosa en su poder.



Se diferencia además del robo y la extorsión, en que no se emplea la violencia, sino en general la mentira o el abuso de confianza.

Con la quiebra y la falsedad tiene las diferencias que en su lugar se hace notar.

**179.**—No es posible dar una definición de la defraudación, en la que queden comprendidos todos los casos. Es por eso que los códigos contienen una enunciación genérica, seguida de una enumeración bastante extensa de casos especiales, algunos de los cuales presentan los caracteres contenidos en la enumeración.

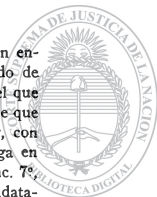
En términos generales, sin embargo, puede definírsela como la ventaja patrimonial obtenida con perjuicio de tercero, mediante engaño, artificio, ardid, simulación, abuso de confianza o modo semejante.

El código español de 1822 daba una idea cabal de la defraudación, diciendo: “Cualquiera que con algún artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante, hubiese sonsacado a otro dinero, efectos o escrituras, o le hubiese perjudicado de otra manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que lo constituya verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial...”

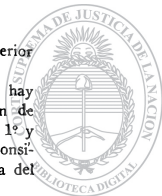
El código la define en el art. 172 diciendo, que consiste en: defraudar a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, créditos, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

En la mencionada definición se advierte la presencia de los siguientes elementos: lucro o ventaja ilícita patrimonial; perjuicio de tercero; engaño, artificio, ardid, etc., o abuso de confianza. En los números siguientes se hace el examen de todos estos elementos.

La ley luego de hacer la enunciación de carácter genérico, enumera como casos particulares los siguientes: (art. 173 in. 1º), el que defraude a otro en la substancia, calidad o cantidad de lo que entrega en virtud de un contrato o título obligatorio; inc. 2º, el que, con perjuicio de otro, se niega a restituir o no restituye a su debido tiempo, dinero, efectos, o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración, u otro título que produzca obligación de entregar o



devolver; inc. 3º, el que defrauda haciendo subscribir con engaño algún documento; inc. 4º, el que defrauda abusando de firma en blanco, extendiendo un documento en perjuicio del que la dió o de un tercero; inc. 5º, el dueño de una cosa mueble que la subtrae de quien la tiene legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero; inc. 6º, el que otorga en perjuicio de otro un contrato simulado o falsos recibos; inc. 7º, el comisionista, capitán de buque o cualquier otro mandatario que defrauda alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los verdaderos; inc. 8º, el que defrauda substituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante; inc. 9º, el que vende o grava como bienes libres, los litigiosos, embargados o gravados, y el que vende, arrienda o grava como propios los ajenos; inc. 10º, el que defrauda con pretexto de supuesta remuneración a un empleado público; (art. 174) inc. 1º, el que para procurarse a sí mismo o a un tercero un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o dador de préstamo a la gruesa, incendia o destruye una cosa asegurada o una nave asegurada, o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se ha efectuado un préstamo a la gruesa; inc. 2º, el que abusa de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que produzca efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo; inc. 3º, el que defrauda usando de pesas o medidas falsas; inc. 4º, el empresario o constructor de una obra, o el vendedor de materiales de construcción que cometiere en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del estado; inc. 5º, el que defrauda en ejercicio de alguna administración pública: (art. 175) inc. 1º, el que se apropia de una cosa perdida, o de la parte del tesoro que pertenece al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del código civil; inc. 2º, el que se apropia una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o un caso fortuito; inc. 3º, el que vende la prenda sobre que prestó dinero, o se la apropia o dispone de ella sin las formalidades legales; inc. 4º, el acreedor que a sabiendas exige o acepta de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por



una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco.

De todas estas figuras particulares de defraudación, hay algunas que son conocidas bajo la denominación común de *apropiación indebida*, y ellas son las de los arts. 174 inc. 1.º y 175 ins. 1.º, 2.º y 3.º. Pero las que en verdad pueden ser consideradas como figuras destacadas del tipo genérico, son: la del art. 173 inc. 5.º, y las de los ins. 1.º, 2.º y 4.º del 175.

Los demás casos, aún el del abuso de las necesidades, etc., de un menor, pueden considerarse comprendidos en la enunciación genérica, pues ofrecen sus mismos caracteres: engaño, ardid, etc., o abuso de confianza. Así los del art. 173 incs. 1.º, 3.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º y 10, y el 174 incs. 1.º y 2.º, se caracterizan por el engaño, y los del art. 173 incs. 2.º y 4.º, el 174 inc. 2.º y el 175 inc. 3.º, por el abuso de confianza, pudiendo caracterizarse de uno u otro modo los del art. 174 incs. 4.º y 5.º.

En cuanto a los casos previstos en el art. 173 ins. 2.º y 9.º puede verse lo que disponen los arts. 25 a 28 de la ley de prenda agraria de 30 de septiembre de 1914.

Aun cuando literalmente estafa equivale a defraudación, pues defraudar significa perjudicar mediante fraude, y fraude significa engaño, se reserva más propiamente el vocablo estafa para este tipo de defraudación, la cometida con engaño, ardid, artificio, etc. La estafa, pues, es una forma de defraudación. Es por eso que la ley dice: "De las estafas y otras defraudaciones".

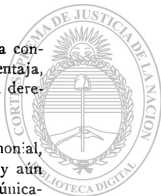
Independientemente de las especies anotadas, hay otras defraudaciones (estafas o apropiaciones indebidas) que, en razón de la calidad del culpable (comerciante o empleado público), se encuentran especialmente legisladas. Son algunos casos de quiebra y de malversación de caudales públicos.

También las falsedades no son otra cosa, en el mayor número de casos, que defraudaciones calificadas.

**180.** — El *lucro* o ventaja patrimonial puede ser para sí o un tercero; esto es indiferente.

El enriquecimiento puede consistir, como ya se dijo, tanto en bienes materiales como en simples derechos. Liszt dice, refiriéndose a la ventaja o lucro patrimonial del culpable: "Consiste en toda ventaja estimable en dinero proveniente del





"acto; lo mismo la adquisición de derechos nuevos que la consolidación de derechos preexistentes." Y así habrá ventaja, tanto en apropiarse la cosa como en hacerse titular de un derecho o en obtener una cancelación. Puede verse el n° 177.

**181.**—El *perjuicio* ha de ser, como el lucro, patrimonial, y puede, como él, consistir en cosas o simples derechos; y aún cuando en general ha de ser efectivo, casos hay en que únicamente se trata de daños posibles. Puede, además, ser directo o indirecto, inmediato o mediato. Véase el n° 177.

Según Liszt y Carrara, no habrá perjuicio, a los efectos legales, si la pretensión en que la víctima ha sido perjudicada no es jurídicamente reconocida, por ser contraria a las leyes o a las buenas costumbres, pues en tal caso no habría delito por falta de interés social; y ponen el ejemplo del sicario que no cumple su compromiso de matar, del mago que recibe el precio de su falsa adivinación del lugar donde se encuentra un tesoro que se intenta robar, del farmacéutico que vende una substancia inofensiva y sin valor en vez del veneno que se le pide, sabiendo que es para cometer un delito, etc.

El perjudicado puede, por lo demás, no ser la víctima del engaño o del abuso.

**182.** — El hecho debe ser *illegítimo*. No habrá, pues, delito, si el engaño o ardid fuese empleado para recuperar lo propio que hubiese sido hurtado, robado o defraudado, o la apropiación recayese en cosa en iguales condiciones.

**183.** — En cuanto al *dolo*, decidir cuándo es penal y cuándo es civil, no es cuestión sobre la cual pueda establecerse reglas inatacables, puesto que, como lo observa Rivarola, no es una línea sino una zona la que separa un campo del otro; algo así como la gama de colores del espectro solar, sucesión de tonos de tal modo imprecisos, que no puede decirse dónde termina, p. e., el verde y dónde empieza el violeta.

Chauveau ha creído resolver la dificultad, diciendo que hay dolo penal cuando más que el lucro propio se procura el perjuicio de la víctima. La distinción es aguda. ¿Pero cómo penetrar en las intimidades mentales del culpable? ¿Y acaso en el lucro propio indebido no va implícito el perjuicio ajeno;



sino buscado al menos aceptado? La distinción servirá para clasificar algunos, pero no todos los casos. Será útil, por ejemplo, en los casos del vendedor que pondera con exageración las cualidades de la cosa, por cuyo medio obtiene un mayor precio, sin que sin embargo el comprador resulte en realidad perjudicado. Pero casos hay, y no pocos, en los cuales establecer la distinción es por demás difícil.

Otros, como Laurent, consideran que debe tenerse como casos penales únicamente aquellos que hieren intereses generales. Sin embargo esto podrá servir, más para atribuir en esos casos la acción al ministerio público, dejando los otros librados a la acción privada, como hace, p. e., el código del Paraguay.

Regularmente, como dice Rivarola, "La noción de la pureza de los medios para alcanzar el fin propuesto se confunde, y sólo esforzando el pensamiento para mirar de lo alto lo que rastrea la tierra, es que se puede ver claramente y distinguir con toda precisión el límite en que una especulación deja de llamarse negocio, comercio, para tomar el nombre de estafa o defraudación."

**184.** — El *engaño* puede ser *simple* o *calificado*. El calificado es ya un delito por sí mismo, el de falsedad.

También puede ser *anterior* o *posterior* al apoderamiento o apropiación de la cosa. El primer caso es el del que estafa con "nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos o influencia mentida, aparentando bienes, créditos, comisión, empresa, negociación, o valiéndose de cualquier otro ardid o "engaño" (art. 172). Lo mismo el comerciante que vende o entrega cosas, alhajas, metales, perlas y piedras preciosas de distinta substancia, cantidad, calidad, ley o peso, etc. Aquí el engaño es el medio o antecedente de que se sirve el delincuente para entrar en posesión de la cosa o de un mayor valor. El segundo puede ocurrir si el joyero, p. e., cambia las piedras o perlas legítimas recibidas por falsas.

Lo mismo que la falsedad simple, la calificada puede ser anterior o posterior a la posesión de la cosa. Será anterior, si mediante un documento falsificado se obtuviese la entrega de



la cosa, y posterior, si, p. e., el deudor destruyese el documento de obligación o descargo, pues la destrucción de un documento tal importa delito de falsedad.

En cuanto a la forma, puede ser verbal o escrita, o consistir en hechos.

El artificio puede consistir en la destrucción, ocultación o sustitución del documento que acredita el derecho, o de la cosa asegurada o afectada a un derecho de préstamo. Aquella especie se relaciona con la extorsión (art. 169), con la falsedad de documento (art. 294) y con la violación de documentos (art. 255).

Puede el ardid consistir también en maniobras o manifestaciones por medio de las cuales se consigue entrar en posesión de bienes ajenos, en perjuicio de sus dueños y con provecho propio. Tal las defraudaciones de gas, calor, agua, energía eléctrica, etc., de los que se ha hecho mención en los núms. 148 y 149.

Si se emplease el ardid, no para hacerse entregar o enviar la cosa, sino para poder tomarla o hacerla tomar, habrá hurto y no defraudación. Tal el caso del que logra apartar mediante engaño al que cuida un caballo, para apoderarse de él. Véase n.º 141.

Se discute si debe recaer sobre la identidad, substancia y cantidad, o si también puede recaer sobre la calidad. Impallomeni y Luchini excluyen la calidad, la que según ellos sólo puede engendrar una mentira civil. La ley no distingue. Al contrario, en el inc. 1º del art. 173, deja claramente establecido que también puede recaer sobre la calidad.

**185.** — Mucho se ha dicho sobre el engaño verbal o escrito, y en general, se admite que no bastan las simples afirmaciones, sino que es menester que vayan acompañadas de apariencias o maniobras que las corroboren. Esa es la doctrina de la jurisprudencia francesa, la de la *mise en scene*, de la *magna et evidens calliditas* de los romanos, que comprendían las defraudaciones entre los hurtos, tan elogiada por Carrara y Micela.

Con la jurisprudencia italiana, la nuestra no requiere las apariencias corroborantes. La ley requiere el nombre supues-



to, la calidad simulada, etc., o aparentando bienes, créditos. Por lo tanto, una u otra cosa, alternativa y no conjuntamente.

De la aptitud, eficacia o idoneidad del engaño, independientemente de la cuestión precedente, se ha dicho que debe ser tal, que pueda caer en él una persona medianamente perspicaz (Carmignani, Mittermaier); de tal suerte que una pequeña mentira, que únicamente puede hacer caer a un tonto, no sería un engaño penal.

Crivellari (t. VIII, p. 195) sostiene que no basta la simple mentira, pero que no será necesario que se emplee un artificio fino y astuto. En contra Pessina, que acepta aun la mentira grosera.

Dice también Crivellari que el engaño debe ser activo y no bastará aprovecharse del error en que se encuentra o se coloca la víctima. La ley no distingue, y sus términos son de tal manera amplios, que no es dudoso concluir que el caso queda comprendido. En el mismo sentido los códigos de Berna, Bélgica, Alemania, Méjico, Tesino, Ginebra y Países Bajos. En contra los del Uruguay, Italia y Neuchatel.

Según Ortolán basta que el engaño importe una fuerza superior a los medios ordinarios de defensa individual, medios de defensa que deben considerarse, según Geib, Chauveau y Pessina, con relación al sujeto pasivo en concreto.

Es esta, en mi opinión, la buena doctrina. Al menos tratándose de una estafa consumada, toda vez que el hecho mismo de haber caído en el engaño está por sí solo demostrando que éste fué idóneo en el caso concreto, que es el que está en tela de juicio, y no el hipotético o abstracto. Además, como decía el doctor Benítez, juez de la cámara de lo criminal de la capital federal, cuya opinión transcribe Rivarola, "ya sea" que el fraude se sirva de arterias o maniobras capaces de "ofuscar la más fina y atenta sagacidad; ya consista en una" mera superchería de que sólo puede ser víctima un cretino; "quizás porque la ley, que debe protección a todas las personas, la debe más especialmente a los débiles de cuerpo o de" espíritu, y porque la astucia no es tal sino se la pone en relación con los alcances intelectuales de la víctima".



Es este también el espíritu de la ley, demostrado en muchos pasajes. Entre ellos en el caso del art. 174, in. 2.° Si aquí la ley protege especialmente a los menores, es porque carecen de medios defensivos suficientes, y se encuentran en condiciones de ser perjudicados más fácilmente que los mayores, a quienes no hará víctima una burda mentira o una pueril arteria.

Si la mayor audacia para vencer obstáculos poderosos denota una mayor temibilidad y ésta provoca una más enérgica represión, el abuso de la facilidad que proporcionan medios defensivos inferiores, acusa mayor perversión, igualmente digna de una más severa penalidad.

Se trata, en suma, de la tan debatida cuestión del delito imposible por razón de la inidoneidad del medio, punto al que se dedica en el t. II el n.º 156.

Hay que decir, por otra parte, que el consentimiento de la víctima se halla, en la estafa, viciado de error en su significación final: consiente, es cierto, pero con un fin distinto al que el culpable tiene en vista.

Mas cuando la defraudación se comete empleando falsedad calificada, como si p. e. se valiese el culpable de un documento falso, ¿habrá concurso de delitos? Entre los códigos extranjeros dos resuelven el punto en sentido afirmativo (el Uruguayo y el Colombiano) y uno en sentido negativo (el Portugués); los demás guardan silencio.

**186.**—El abuso de confianza, que es uno de los medios comunes de defraudar, es el empleado, no para entrar, como en ciertos casos de hurto, en posesión de la cosa que se encuentra en poder de otro, sino para disponer o apropiarse de ella.

Del abuso de firma en blanco se trata en el número siguiente, y en el presente únicamente del previsto en el art. 173 inc. 2.º, que dice: "El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver", comete defraudación.

Desde luego es indudable que el préstamo de cosas fungibles no queda comprendido. El deudor se hace dueño de ellas,

y si niega la deuda, podrá haber otro delito, más no defraudación.

El caso práctico es el del cajero, el del contador, el del cobrador, el del pagador, el del depositario, el del administrador, el del mandatario, etc. De todos éstos los que ofrecen más dificultades por su relación con la ley civil, son el del administrador, el del mandatario y el del comisionista.

Poco importa, por otra parte, como observa Carrara, que la consignación sea voluntaria o necesaria.

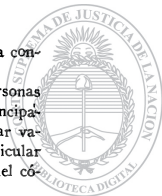
Regularmente se opone como defensa en casos de administración o mandato la resolución previa civil. Esta defensa es improcedente, pues en materia de delitos no hay más cuestiones previas que la nulidad del matrimonio y la relativa a las quebras y al adulterio (arts. 1104 del código civil, y 74 y 176 del penal). Claro está que no se ha de admitir que se recurra a la jurisdicción criminal a exigir una rendición de cuentas para ver si resulta que se ha cometido defraudación.

En cuanto al delito mismo, es de observar que si el que recibió la cosa con obligación de entregar o devolver estaba facultado por el contrato o la ley para disponer de ella, en principio no incurrirá en responsabilidad. Si ocurriere lo contrario, bastará haber dispuesto de la cosa; a menos que hubiere obrado de buena fe, con el ánimo de restituirla encontrándose en condiciones, y éstas hubiesen variado por causas ajenas a su voluntad (Crivellari y Nypels).

Naturalmente que habiendo dispuesto de lo que le estaba prohibido, la presunción de dolo surge por sí sola y hace nacer *ipso-facto* la responsabilidad penal. En tal caso, su solvencia o insolvencia, el mal estado de sus negocios, sus antecedentes, sus vinculaciones con la víctima y otras tantas particularidades servirán para corroborar o destruir dicha presunción.

Aquí el consentimiento de la víctima no está viciado por el error en cuanto a su significación causal, como en la estafa, sino que el culpable abusa de la confianza puesta en él. Es necesario, sin embargo, que el consentimiento se refiera a la transmisión de la posesión, pues si se entregase la cosa, al que luego se la apropia, sólo para examinarla, entendiéndose que la devolvería en seguida, habría hurto y no defraudación, como lo ha resuelto la jurisprudencia (Nypels t. IV p. 13). Lo mismo





el caso del operario que se apropia el material que se le ha confiado para trabajarlo en la fábrica.

Por lo que respecta a los dependientes, peones, personas del servicio, etc., en los encargos que les hagan sus principales o patrones, de transportar, enviar, depositar o entregar valores, objetos o dinero, debe estarse a lo que sobre el particular disponen los arts. 625, 1623, 1624, 1870 inc. 4º y 1904 del código civil.

No es válida, por otra parte, la tesis según la cual ha de tratarse de un contrato en los términos de la ley civil. Basta la convención sobre la base de la buena fe (contratos fiduciarios), aunque por razones de forma no sea civilmente válida y exigible. La ley penal protege el patrimonio confiado a la buena fe, y no la validez extrínseca del contrato, en orden a sus condiciones formales y de validez judicialmente exigibles, y lo que se reprime es el lucro ilícito mediante el abuso de confianza.

Puede verse lo dicho en el nº 76 t. I.

A estar a los términos de la ley, el delito se perfecciona por la falta de restitución o negativa a devolver a su debido tiempo. No importará que se reponga el dinero, p. e., con posterioridad, dado que la reparación del daño no borra el delito, y que la ley no incrimina únicamente el perjuicio real, irreparable, sino también el posible y reparable. Pero es indudable que ha de haber una fecha cierta, ya sea porque esté fijada por las partes o por la ley, o porque quede establecida por la intimación en su caso. Por otra parte, el incumplimiento o la negativa debe ser ilegítima y maliciosa. Puede verse a Crivellari, t. VIII, p. 246; Nypels, t. IV p. 35, y Chauveau, citado por el segundo.

La determinación del momento consumativo tiene importancia a los efectos de la prescripción.

**187.**—Art. 173 incs. 3º y 4º — Vienen en seguida los casos de los incs. 3º y 4º; y tomo estos casos como idénticos, aún cuando el primero corresponde a las estafas y el segundo al abuso de confianza, porque en realidad no se diferencian sino en detalles de forma, pues el del inc. 3º es de estafa y la firma viene al pie, mientras que el del inc. 4º es de abuso de confianza y la firma va antes de extenderse el documento: en éste hay también falsedad.



Análogo es el caso del que fraudulentamente hiciere entregar un documento de obligación.

Y bien, ¿cuándo se perfecciona el delito en estos casos?

La ley dice en el inc. 3º: “El que *defraude, haciendo subscribir* con engaño algún documento”, y en el 4º: “El que *meta* alguna *defraudación*, abusando de firma en blanco, *extendiendo* algún documento, en *perjuicio* del mismo que la dió o de un tercero”.

Estos incisos fueron tomados a la letra de Tejedor, y éste, refiriéndose al 3º, cita como fuentes el art. 452 inc. 3º del código español, y a Pacheco t. III p. 362 nº 10; y refiriéndose al 4º, cita el mismo artículo, inc 2º. al mismo Pacheco, lugar citado nº 9, los arts. 407 del código francés y 430 inc. 3º del napolitano, a Chauveau y a Vicente y Caravantes.

Veamos ahora lo que dicen el art. 452, inc. 3º, del código español, y Pacheco en el nº 10, lugar citado, con relación al inc. 3º.

El artículo 452 inc. 3º dispone a la letra lo mismo que el nuestro, y Pacheco comentándolo dice:

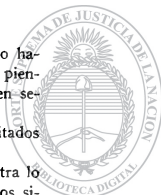
“Lo propio decimos... Esto es algo de lo que en el mundo se llama *estafar*; acción que completa el pensamiento del artículo 430, y que tiene respecto a los hurtos la misma situación que aquél respecto a los robos”.

*Lo propio decimos*, dice, y lo que acababa de decir es que el delito de abuso de firma en blanco consiste en *extender* sobre ella algún documento en perjuicio de quien la dió o de un tercero. De suerte que para su perfección no se requiere su efectividad.

El art. 430, a que también se refiere, dice: “El que para *defraudar* a otro le obligare con violencia o intimidación a *subscribir*, otorgar, o entregar una escritura pública o documento, será castigado como culpable de robo...” Y comentando este artículo dice el mismo Pacheco: “Obligar por fuerza a firmar o entregar un documento, equivale plenamente a *arrancarle* la cantidad que en el documento se señala”.

Pacheco, pues, citado como antecedente por Tejedor, entiende que el mero hecho de arrancar por violencia un documento importa un delito consumado parecido al robo, el de extorsión, y que el análogo de arrancar por fraude el mismo documento, importa cometer un delito, también consumado, pa-





recido al hurto, el de defraudación, sin que sea necesario hacer efectivo el documento, ni aún intentarlo. Otro tanto piensa respecto al abuso de firma en blanco, según se verá en seguida.

Veamos lo que dicen los artículos y los tratadistas citados por Tejedor como fuente del inc. 4º.

El art. 452 inc. 2º del código español dispone a la letra lo que el inc. 4º, y Pacheco, comentándolo, se expresa en los siguientes términos: "Según el artículo, son también aplicables "las penas del artículo 449 a los que abusen de la firma de otro "puesta en blanco, y *extiendan sobre ella algún documento en "perjuicio del mismo o de un tercero"*, y agrega en el nº 9: "Efectivamente *esto es un delito*, que ni es falsedad ni es hurto, pero es *engaño, estafa, defraudación*".

El art. 407 del código francés dispone: "El que abusando "de alguna firma en blanco que se le hubiere confiado, *extiende* con ella *una obligación o descargo* u otro acto que *pueda "comprometer la persona o bienes del firmante"*.

El art. 430 inc. 3º del código napolitano dispone: "*Cuando con un objeto de lucro y en perjuicio de otro se hubiere "extendido cualquier documento...*"

Chauveau y Blanche, comentando el art. 407 del código francés, se manifiestan en el sentido de que basta el perjuicio posible; y el primero, comentando dos fallos de la Corte de Casación que exigen el uso del documento para considerar perfeccionado el delito, aunque sin exigir la obtención del resultado, se expresa disconforme con esa jurisprudencia, porque entiende que el uso del documento no importa sino comprobar la intención fraudulenta del agente, sin agregar nada a los elementos constitutivos del delito, el cual se perfecciona con la sola inscripción de la obligación o descargo.

Crivellari, comentando el art. 418 del código italiano, análogo al 407 francés, dice: "No es pues necesario que el daño "efectivo se verifique, basta que el acto sea susceptible de producirlo". Y respecto del uso, sostiene que no es necesario para que el delito se considere consumado.

Carrara en el nº 2348 dice que no es indispensable el daño efectivo, siendo suficiente el daño potencial. Y refiriéndose a los derechos, manifiesta que la obligación constituye ya un daño, puesto que el documento con firma auténtica lleva implícita



su validez, y para destruirla será menester sufrir las consecuencias de un pleito.

La casación italiana ha resuelto también que el uso es sólo necesario para la prescripción del delito mas no para su consumación. Crivellari t. VIII. p. 265.

Groizard, t. VII, p. 5, dice: “Bajo este epígrafe (el de “defraudaciones) han reunido los autores de nuestro código penal en el presente capítulo una serie de hechos que tienen como factor común con los delitos de robo y hurto la intención de un lucro ilícito, pero que de uno y otro género de atentados contra el derecho de propiedad se diversifican por *no ser* en aquellos (defraudaciones) como en estos otros (robos y hurtos) *necesario que la ganancia se obtenga mediante el apoderamiento de la cosa*”.

El mismo autor, comentando el inc. 6º del art. 548 (código vigente), igual al 452, inc. 2º, comentado por Pacheco y fuente del inc. 4º nuestro, se manifiesta, en la página 194, conforme con la jurisprudencia francesa que considera consumado el delito con el simple uso del documento.

Por lo que hace a la legislación comparada, cabe señalar, que si se exceptúan los códigos español, el nuestro, el chileno, el peruano y el de Guatemala, y tal vez algún otro, que siguen el modelo español y nada dicen al respecto expresamente, los demás, entre los que pueden citarse el francés, el alemán, el italiano, el uruguayo, el del Brasil, el de Colombia, el del Paraguay y los de varios Cantones Suizos, no requieren sino el daño posible, lo mismo que el belga y el húngaro, que colocan el caso entre las falsedades.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido expresado en tres casos análogos. Uno, el de un cheque obtenido fraudulentamente, en el que se consideró consumado el delito de defraudación con el apoderamiento mediante engaño del cheque y haberse presentado a cobrarlo, y otro, también considerado consumado, consistente en haberse presentado a la ejecución unos pagarés obtenidos con engaño, unos, y abuso de firma en blanco, otros. (Cámara de lo criminal de la capital federal, ts. 32 p. 196, y 35 p. 22). En diciembre de 1918 resolvió en idéntico sentido, el caso de Leopoldo Iglesias (documento de cancelación con abuso de firma en blanco).



Rivarola dice en el t. II, p. 358: “En la especialidad de las estafas y defraudaciones puede ocurrir que el delincuente se proponga obtener un título a la adquisición de la cosa. La entrega del título traslativo u obligatorio perfecciona en ese caso el delito. Y se remite al caso citado por Nypels, del que fraudulentamente obtuvo la entrega de un *conocimiento*, juzgado en Bélgica como delito consumado, por considerarse que la entrega del *conocimiento* equivale al de las mercaderías. Es también esto lo que preceptúa el art. 2388 del código civil.

De suerte, pues, que según se desprende de los antecedentes citados, tanto nacionales como extranjeros, comete *defraudación*, lo mismo quien se apodera de la cosa como quien se constituye titular de un derecho o se descarga de una obligación.

En realidad, la protección de la ley penal recae, como ya se ha dicho, tanto sobre las cosas como sobre los bienes que no son cosas, porque todos constituyen el patrimonio. Y entre los derechos inherentes al dominio de las cosas, a la par que la *posesión, el goce y el uso*, se encuentra el de su *libre disposición*. Por lo tanto, no es indispensable que quien cometa un atentado contra él ocupe la cosa misma.

Considérese además que la extorsión se perfecciona por la sola suscripción del documento; que lo propio ocurre con la defraudación en el caso del art. 174 inc. 2º; que el hurto y el robo mismos se perfeccionan por la sola turbación momentánea del estado de la posesión, con la simple remoción de la cosa sin sacarla del lugar, y sin perjuicio, por consiguiente, del dominio en sí; que hay quiebra consumada por la sola cesación culpable o fraudulenta en los pagos, aunque los acreedores colieren íntegros sus créditos, por exceder, como en un caso reciente, el activo al pasivo; *et sic de cæteris*.

Puede agregarse las siguientes consideraciones. Se trata de firma auténtica que el firmante no podrá desconocer, y de hacerlo, pues está obligado a declarar si es o no suya (art. 1031 del código civil), se probará su autenticidad (art. 1033); establecida la autenticidad de la firma, queda legalmente establecida la verdad del contenido del documento (arts. 1010 y 1018); un documento así reconocido tiene el mismo valor probatorio que el documento público (art. 1026); en el caso de la firma en blanco, la impugnación que puede hacer el obligado, aparte

de las dificultades legales apuntadas, cuenta con la muy seria de la prohibición de la prueba testimonial establecida en el art 1017, salvo el caso del 1019.

Con un documento en semejantes condiciones y de tales efectos, es indudable que el firmante se encuentra perjudicado en su patrimonio. Porque éste ha sido tocado, menoscabado; la integridad del mismo se halla rota; el firmante se encuentra trabado, entorpecido, casi inhibido o embargado en la libre disposición de sus bienes. Si logra impedir la entrega de lo que es objeto de la obligación, será a costa de un juicio con sus inconvenientes de regla y de éxito inseguro: su derecho habría estado, como dice Liszt, en peligro. Por lo pronto está obligado y debe cumplir; y todo esto evidentemente importa una perturbación perjudicial en el orden de los derechos patrimoniales.

Se ha visto así mismo, que defraudar significa obtener una ventaja patrimonial, es perjudicar mediante fraude; que no es menester que esa ventaja ni ese perjuicio sean reales y definitivos, ni que recaigan sobre las cosas; que basta con convertirse en titular de un derecho a la cosa; que no se requiere que se coloque la cosa bajo el poder del culpable; que es suficiente con que éste tenga en su poder un título capaz de ponerlo en posesión de ella; que no es menester que se muevan o disminuyan las cosas; que basta con que disminuya el valor patrimonial; que es este el concepto del lucro y el perjuicio como condiciones de la estafa.

En el sentido indicado resuelven la dificultad, expresa o implícitamente, al fijar las condiciones genéricas de la defraudación, los códigos de Suecia, Berna, Bélgica Países Bajos, Portugal, Alemania, Tisino, Ginebra, Italia, Neuchatel, Méjico, Colombia y Uruguay.

Puede por lo tanto decirse, que la defraudación es en términos generales, la extorsión, substituida la violencia por el ardid, el artificio, el engaño, la falsedad, el abuso de confianza.

Resulta, en consecuencia, que *defrauda* quien incorpora a su patrimonio ilícitamente una ventaja jurídica con detrimento del patrimonio ajeno, sea constituyéndose titular de un derecho o descargándose de una obligación, en razón de que en estos casos la objetividad jurídica inmediata es la creación de un título a su favor o el descargo de una obligación, y es en





eso que consiste el delito y por eso sólo que se perfecciona, sin atender a la realización del daño efectivo mediató.

La dificultad, por consiguiente, estribaría en decidir si es necesario además el uso del documento.

Ya se ha visto que, tratándose del abuso de firma en blanco, están por la afirmativa la jurisprudencia francesa, Groizard y Marciano, citado por Crivellari, y en contra la italiana, Chauveau, Blanche y Crivellari, y Nocito, Bourguignon y Morin, citados por Crivellari.

Se fundan los primeros en que el uso aclara y ratifica la intención, que hasta entonces aparece desconocida o equivoca.

Si el abuso de firma en blanco es, en substancia, como dice Marciano, un delito de falsedad, a lo que cabe agregar, un delito medío, y si según se demuestra el delito de falsedad en documento privado se perfecciona por el uso, siendo un delito medío, parecería absurdo se perfeccionase después que el delito fin, por distintas que sean las objetividades jurídicas de la defraudación y la falsedad.

Chauveau contesta que la ley no requiere el uso, y que si él puede corroborar o demostrar la intención, en manera alguna constituye una condición del delito.

Nuestra jurisprudencia ha requerido siempre, por lo menos el uso del documento.

Las consideraciones precedentes caben lo mismo respecto de los casos de los arts. 173 incs. 6º y 8º, y 174 inc. 2º.

Puede verse además lo dicho en las *Consideraciones generales*, así como en los núms. 148, 150, 172, 177, 180 y 181.

188. — Para que haya *abuso de firma en blanco* tres requisitos son necesarios: una firma; que haya sido dada en blanco; que se abuse de ella, extendiendo un documento de obligación o descargo.

Por firma se entiende el nombre y apellido, con o sin rúbrica, puesta en un documento o escrito, para darle autenticidad. No se considera firma, en consecuencia, el nombre y apellido puestos en una boleta de casa de comercio para dejar constancia de la persona a quien debe remitirse la mercadería, o con otro fin análogo, que no sea el de la autenticidad a que se ha hecho referencia.



Por firma en blanco se tiene, por otra parte, la puesta para que sirva a un cuerpo de escritura que se pondrá después, según convenio. De manera que no se considerará abuso de firma en blanco, un cuerpo de escritura puesto sobre la firma, en el espacio que hubiese quedado entre ésta y el cuerpo de escritura primitivo. Sostienen esta conclusión Rivarola y la jurisprudencia francesa, contra la española.

¿Pero no podrá considerarse firma en blanco, la firma auténtica confiada como autógrafo o para que sobre ella se haga una litografía, p. e. ? Como el caso sería siempre de estafa, con arreglo al art. 172, o de falsedad, si como tal tuviere señalada pena mayor, no tiene objeto práctico el d'istingo y su sutileza.

Ha de haber además abuso o uso indebido de la firma, con lo que quiere darse a entender que la firma en blanco debe haberse confiado a una persona. Por lo tanto, parecería que el apoderamiento de ella no quedaría incluido en el inciso, y se registraría, o por las disposiciones relativas a la estafa (art. 172) o a la falsedad, lo mismo que en el caso anterior, o por las relativas a la extorsión.

Rivarola observa que nada de fundamental hay de por medio, y es el fin del delito el que debe prevalecer para la respectiva imputabilidad, si a la vez no hiere intereses de orden superior.

Respecto de la prueba del abuso de la firma dada en blanco, debe tenerse presente lo dispuesto en los arts. 1016, 1017 y 1019 del código civil, como igualmente lo dicho en el n° 115. Limitándose la restricción a la prueba de testigos, va sin decir que queda permitida cualquier otra, como p. e. la de presunciones.

**189.**—Si el título fuese nulo, independientemente del fraude o la menor edad, habrá que aceptar el criterio a que se hace referencia en el n° 174.

**190.**—Figuran en el grupo de la *apropiación indebida* los casos previstos en los arts. 173 inc. 2° y 175 incs. 1°, 2° y 3°; pero aquí se tratará tan sólo el del art. 175 inc. 1°, habiéndose tratado el del 173 inc. 2° en el n° 186. Las obligaciones para el caso de la cosa perdida las impone el código civil en sus



arts. 2531, 2532 y 2534, y el mismo en su art. 2539 califica el hecho como delito de hurto, siguiendo la errónea doctrina del derecho romano, que no distinguía los casos de hurto propio de los de hurto impropio.

La cosa perdida entra por imperio de la ley en poder del que la toma en calidad de depósito, y es por esto que se trata de un delito de defraudación y no de hurto. Pero si el que se apodera de la cosa fuese la persona que fué en su busca por encargo del dueño, tendría que aplicarse la disposición del inc. 2º del art. 173.

Para Carrara el concepto de cosa perdida es subjetivo, con relación al que la toma y no al dueño. Y así habrá, según él, cosa perdida, aunque el dueño sepa dónde la ha dejado, si el que la toma debió creerla perdida por razón de lugar, tiempo, etc. En cambio no se considerará perdida y habrá hurto, si se tratase de un billete, alhaja u objeto encontrado en una habitación, en el patio a la vista, o sobre un banco del jardín.

Puede verse lo dicho en el nº 153, y respecto del *tesoro* el c. c. arts. 2550 y siguientes.

191.—El dueño de una cosa mueble que la substraese de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero, cometerá defraudación y no hurto, según dispone el art. 173 inc. 5º, tipo *sui generis* de defraudación, que más parece hurto, y que no encaja ni en los tipos fundamentales ni en los de grupo.

No es hurto, porque, según Carrara, el que la subtrae es dueño y el otro la poseía en su nombre.

192.—El caso del art. 173 inc. 8º es de falsedad (art. 274). Destruir o hacer desaparecer un documento probatorio importa engañar, porque se pretende hacer creer o demostrar lo contrario de lo que el documento prueba. En este caso la substracción equivale a la destrucción; por eso la ley dice *substituyendo u ocultando*. Pero si pudiese reconstruirse el documento por no haber sido destruido del todo, únicamente habrá tentativa.

Refiriéndose Pacheco a esta materia dice: “Quién destruye “papeles para defraudar defrauda de hecho, en cuanto está de “su parte; o comete el delito mismo o comete una acción tan

“próxima a él y con unas circunstancias tan graves, que no “puede extrañarse se castiguen con la misma pena”.

Puede verse el n° 187, y es de advertir que la destrucción de un documento cabe también en la *extorsión*, en la *falsedad* y en la *violación de documentos*.



**193.**—El caso del *seguro o préstamo a la gruesa*, ¿requiere la consecución del fin que se propuso el culpable? Fué esta disposición tomada del art. 414 del código italiano, del 328 holandés, del 382 húngaro y del 265 alemán. El 414 italiano reprime con distintas penas, según el culpable haya obtenido o no el fin propuesto. En aquel caso con la pena general de la estafa y en éste con una pena que no excede de un año de reclusión. El 382 húngaro exige el daño al asegurador o al prestamista, y el alemán y el holandés no son precisos, como no lo es el nuestro.

En la duda, parecería deber interpretarse que el legislador adoptó el sistema italiano y húngaro. Es de tenerse presente sin embargo, que el incendio o la destrucción es ya por sí mismo un delito cuando concurren los requisitos legales, y que en el caso de seguro o de préstamo marítimo, de hecho convierte al culpable en acreedor del asegurador, o lo descarga de las obligaciones emergentes del préstamo a la gruesa. Es pues tal su gravedad y de tal manera próximo el perjuicio mediato, que bien puede ser considerado perfecto, aun sin la efectividad de este último extremo, de acuerdo con las consideraciones aducidas respecto de los incs. 3° y 4° del art. 173.

**194.**—Merecen algunas consideraciones los casos previstos en los arts. 174 incs. 2° y 4° y 175 incs. 2° y 4°.

Cabe desde luego hacer notar, respecto del art. 174 inc 2°; que la responsabilidad nace de la incapacidad de la víctima, con tal que el culpable no obre de buena fe, aunque no haya sido declarada; que el delito se perfecciona por la sola suscripción del documento, a la manera del art. 173 incs. 3° y 4°; que el cualquier efecto jurídico debe entenderse en el sentido patrimonial; que la ley resuelve aquí la cuestión tantas veces debatida en este mismo delito, en la extorsión y la falsedad, sobre la nulidad del documento, y lo hace en el sentido de que no es un óbice.





Del caso previsto en el inc. 4º hay que decir, que el fraude es incriminado con tal pena, a condición de que pueda poner en peligro la seguridad de las personas, los bienes o el ¿estado? No se trata, pues, de una condición substancial, sino circunstancial, de agravación del delito. Vale ello adelantar, que los demás fraudes de esa índole no quedan impunes, sino que se rigen por la regla del art. 172, o del 173 inc. 1º.

El art. 175 inc. 2º no se refiere al error activo, que se regiría por el art. 172. Pero requiere la apropiación.

El inc. 4º va encaminado a reprimir una forma usual entre los usureros, de garantizarse y al mismo tiempo centuplicar sus ganancias, exprimiendo al necesitado que cae en sus famélicas garras. El *a sabiendas* huelga, y en cambio el vocablo *exija* no aclara suficientemente el concepto, pues el delito no se consuma hasta no entrar en posesión del cheque o el giro.

**195.**—La penalidad es de prisión de un mes a seis años para los casos de tipo genérico y los del art. 173, agravándose en la elevación del mínimo a dos años para los del art. 174. Los del 175 son reprimidos con multa de quinientos a dos mil pesos. En los casos del art. 17 incs. 4º y 5º, la ley impone además al empleado público, como pena complementaria, la de inhabilitación especial perpetua.



## De los quebrados y otros deudores punibles

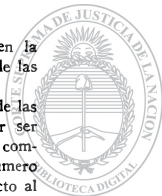
196. — Observaciones preliminares. — 197. — Lo que es la quiebra punible. Elementos. 198. — No puede discutirse ante la justicia criminal el carácter de comerciante del declarado en quiebra. El juicio comercial es previo. 199. — Personas responsables en las quiebras de sociedades anónimas o cooperativas, o de personas jurídicas. 200. — Actos de dolo y culpa. 201. — El perjuicio. 202. — La fecha de la cesación de pagos puede reverse en lo penal. 203. — Penalidad. 204. — Deudores punibles no comerciantes. 205. — Disposiciones comunes. Estipulación de ventajas especiales. 206. — Rehabilitación.

196.—El código no define el delito de quiebra, ni siquiera enuncia sus condiciones; se limita a determinar la penalidad en orden al fraude o a la culpa, y a puntualizar los hechos que demuestran la existencia del uno o de la otra.

Habla del *comerciante declarado en quiebra*, es cierto, y enuncia como condiciones morales y materiales, el fraude, la culpa y el perjuicio. Pero no solamente estas enunciaciones se hallan hechas, puede decirse, de manera incidental, sino que no se expresa en qué consiste la quiebra.

Hay aún más: y es que el título mismo no corresponde a la nomenclatura empleada por la ley en la calificación de los hechos delictuosos. No hay en todo el código un título o capítulo que legisle sobre un delito sin referirse al delito en sí, calificándolo y denominándolo como tal, y definiéndolo, o por lo menos enunciando sus condiciones propias. Es así como legisla sobre el *hurto*, el *robo*, la *falsificación*, etc., y no sobre los *ladrones* o los *falsificadores*. Es pues en esta parte que, como única excepción, en vez de la *quiebra* se habla de los *quebrados*, no se define el delito y tan sólo se hace incidentalmente la enunciación de algunas de sus condiciones.

El código derogado ni siquiera enunciaba los casos de fraude y de culpa.



Esta observación preliminar tiene su importancia en la solución de las cuestiones a que da lugar este delito, y de las que se trata en el n° 198.

Cabe hacer notar, además, que aunque de la familia de las defraudaciones, la quiebra se señala particularmente por ser susceptible de culpa y no de tentativa, y por ser un delito complejo; no solamente en consideración a la naturaleza y número de los actos que pueden darle origen, sino también respecto al número y calidad de los damnificados. Todo esto aparte de la calidad del delincuente, que tiene que ser comerciante.

**197.**—No definiendo el código el delito de quiebra, y refiriéndose al comerciante declarado en quiebra o *quebrado*, para saber en qué consiste, es menester recurrir a la ley de quiebras. Mas es el caso que ésta únicamente considera la quiebra como un hecho del comercio, y la define como la cesación de pagos en que incurre un comerciante; y como la cesación de pagos puede ocurrir la culpa del comerciante, y aún sin perjuicio para los acreedores, sin que haya delito por consiguiente, resulta que el delito de quiebra es algo más que la quiebra en sí; algo más que consiste en ese perjuicio y en la existencia de dolo o de culpa. El delito de quiebra, por lo tanto, consiste en la *cesación de pagos, o falta de pago total o parcial* de un comerciante en perjuicio de sus acreedores, y *por actos de dolo o culpa*.

**198.**—El primer requisito, la condición material para que haya materia punible, es la quiebra; y a su respecto se plantean dos cuestiones: una que se relaciona con la calidad del sujeto activo, y otra con la jurisdicción.

En realidad la primera queda subordinada a la segunda, puesto que si la declaración de la quiebra es una cuestión prejudicial, la calidad de comerciante declarado en quiebra no puede discutirse de nuevo en lo penal, como tampoco podría discutirse de nuevo en la misma jurisdicción, la calidad de esposos en la nulidad del matrimonio declarada en lo civil. La doctrina del art. 1104 del código civil es clara.

Si la quiebra debe previamente ser declarada en lo comercial, una vez ejecutoriado el auto respectivo, que implica el reconocimiento de la calidad de comerciante del quebrado, supone corridas todas las instancias, y emana de la única autori-



dad competente encargada al efecto por la ley de la materia, el punto queda definitivamente juzgado y no cabe volver sobre él.

¿Pero la declaración de la quiebra es en verdad una cuestión prejudicial? ¿No es posible substanciar el juicio criminal sin que antes haya sido declarada la quiebra en lo comercial?

La cuestión se hizo alguna vez, y el doctor Rivarola refuta extensamente la jurisprudencia que invariablemente ha sostenido la prejudicialidad de dicha declaración.

El asunto puede ser considerado de un doble punto de vista: con prescindencia de la ley o con arreglo a la doctrina legal.

Del primer punto de vista no habría observación valedera que hacer a la opinión de Rivarola, Moreno, Tejedor, Chauveau, Garraud, Nypels, Carrara, y otros tantos, y las jurisprudencias francesas y belga, para quienes la quiebra consiste en un hecho, como es la cesación de pagos, cuya constatación y calificación puede hacer la justicia del crimen, a quien en principio corresponde verificar los elementos del delito y resolver todas las cuestiones relativas a los mismos (Haus).

Del punto de vista de la doctrina legal, en cambio, la solución no es la misma.

Los elementos de juicio para la solución han de tomarse en primer término de la constitución, como antecedente de la ley de quiebras, de ésta y de los códigos penal y civil.

La constitución en el art. 67 inc. 11º, encomienda al congreso dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería, y *especialmente* leyes generales para toda la nación, sobre naturalización y ciudadanía, así como sobre *bancarrotas, etc.* La ley de quiebras, según el precepto constitucional, tiene que ser, por consiguiente, una ley especial, y esto quiere decir que debe comprender fondo, procedimiento y penalidad, según opinión de Rivarola (tomo II, p. 322), como igualmente que ella debe regir todo lo que, perteneciendo a la materia que es su objeto, no se encuentre derogado.

Cualquier duda, entonces, ha de resolverse sobre la base de la prevalencia de la ley de quiebras.

La primera ley de quiebras estaba perfectamente encuadrada dentro de los términos del precepto constitucional. Era una ley especial, y este carácter no desapareció porque se la incorporara materialmente al código de comercio (1862), ni



porque dejase librada la penalidad, y nada más que la penalidad, al código penal.

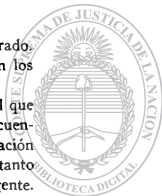
En ella estaba previsto absolutamente todo. Y no solamente no dejaba entrever la posibilidad de la intervención directa de la justicia del crimen, sino que de la corrección del conjunto de sus disposiciones se desprende que esta situación no era posible. Antes al contrario: era el juez de comercio el competente para declarar la quiebra, y él quien debía calificarla y pasar los antecedentes a la justicia penal, si encontraba fraude o culpa. De manera, pues, que en dicha ley todo se hallaba dispuesto en el sentido de que el juicio civil fuese el antecedente necesario del juicio criminal.

Las reformas posteriores no han cambiado en este sentido fundamentalmente el asunto. El art. 136 prescribe que los fallidos culpables o fraudulentos serán penados con arreglo al código penal, y los arts. 137 al 142 se ocupan de los indicios de culpa y fraude y de los cómplices. Análogas disposiciones contenía la reforma de 1889, en sus arts. 1540 y siguientes.

Lo único que la ley vigente quitó fué el juicio de calificación, como que el fraude (doctrina de mi tesis doctoral) no es ya un inconveniente para el concordato. Hoy el juez de comercio no califica la quiebra, sino que, en vista de los indicios de culpa o fraude, pone los antecedentes y los presuntos culpables en manos del juez del crimen; lo que puede hacer de oficio (arts. 353 y 435), a pedido del agente fiscal (art. 44 inc 5º) o de los mismos acreedores (art. 143).

Hasta aquí, según se ve, nada hay que autorice a pensar que la ley permite la intervención directa de la justicia del crimen. ¿Dispone lo contrario el código penal?

El código penal derogado (1887), posterior al de comercio (1862), abandonando el método de referirse a los delitos, no a los delinquentes, se expresaba en esta parte diciendo: "De los *quebrados*..." No decía: "De la *quiebra*". No se refería, pues, al delito sino a los delinquentes, con lo que parecía claramente legislar un hecho cuya caracterización y fijación debía hacerse previamente ante otra jurisdicción, de tal manera que ante la justicia del crimen debía traerse, no la cuestión relativa a la declaración de la quiebra, sino la relativa a la calificación fraudulenta o culpable y a la determinación de la pena correspondiente en su caso. No se preocupaba de la quie-



bra, la que ni incidentalmente nombraba, sino del quebrado. De los *quebrados* era el título y al *quebrado* se refería en los arts. 198 y 199.

Del *quebrado* se ocupaba la ley penal, y quebrado es el que está judicialmente declarado en quiebra y no el que se encuentra en simple cesación de pagos, dado que sólo la declaración judicial produce efectos jurídicos, lo que es una verdad tanto en el sistema del código de 1862 como en el de la ley vigente. En aquél el art. 1521 decía: "La quiebra no produce efectos legales sino en cuanto interviene sentencia de tribunal competente que la declare". Hay una razón más, y es que puede haber cesación de pagos sin haber quiebra (art. 6°).

Del *quebrado* hablaba la ley penal, y no solamente quebrado es el declarado tal judicialmente, sino que esa declaración era y es de la exclusiva competencia del juez de comercio (art. 43 y siguientes).

Y para graduar la penalidad, tomaba en cuenta que el quebrado fuese *fraudulento* o *culpable*, tal como se expresa la ley de quiebras, siendo así que tampoco era la calificación de fraudulenta lo que empleaba para los otros delitos, y que con respecto a ellos trataba de la culpa en la parte general, sin mencionarla al considerarla en particular. Tomaba en cuenta además el monto del perjuicio sufrido por los acreedores, lo que por cierto suponía la liquidación del juicio civil, el que aparecía de tal suerte teniéndose en consideración por la misma ley penal, como anterior al juicio criminal. Y era esto tan cierto, que la posibilidad de que no se hubiese liquidado el concurso a la época del fallo en el juicio penal se hallaba prevista como cosa excepcional.

En resumen. La ley de quiebras confería y confiere la facultad de declarar la quiebra a la justicia comercial, y ha dejado entender siempre que el juicio civil es un antecedente del juicio criminal; y la ley penal, sin disponer lo contrario, legislaba únicamente lo concerniente a la penalidad, dando por sentado que el juicio civil era previo y debía servirle de antecedente inmediato.

No es otra la solución con arreglo a la doctrina del código civil.

El art. 1104 dice: "Si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusiva-



"mente al juicio civil, no habrá *condenación* en el juicio criminal, antes que la sentencia del juicio civil hubiese pasado en autoridad de *cosa juzgada*." Y agrega: "Las cuestiones judiciales serán únicamente las siguientes: 1º Las que versaren sobre la validez de los matrimonios. 2º Las que versaren sobre la *calificación* de las quiebras de los comerciantes"

Se ha observado que, expresando la ley que no habrá *condenación* en el juicio criminal antes de la calificación, la cuestión prejudicial, de existir en la actualidad, lo sería a la *decisión* y no a la *acción*; de lo que se inferiría que el juez del crimen, aun en esa hipótesis, podría conocer directamente y llevar el juicio hasta el estado de sentencia, debiendo demorar ésta hasta que en lo comercial se resolviera la cuestión prejudicial. Pero se agrega que, habiendo desaparecido la calificación de la quiebra en la ley vigente, y siendo esa la cuestión declarada prejudicial por el código civil, ha desaparecido el único obstáculo a la acción de la justicia penal, la que por consiguiente podría ya sin traba alguna conocer directamente y fallar, sin esperar la declaración en lo comercial.

Ante todo, si es verdad que en el art. 1104 recordado se emplea el vocablo *condenación*, es también cierto que el mismo abre la oración diciendo: "Si la *acción* criminal dependiese..." Hay, pues, según se ve, una oposición manifiesta entre uno y otro vocablos, y no parece decisivo un argumento que reconozca como único fundamento el significado de uno de ellos.

Se halla él, por otra parte, en pugna con los principios generales, según los cuales toda cuestión prejudicial lo es a la acción, y por consiguiente con la razón en que se fundan esos principios, que es la de no intentar una acción sin base jurídica, desde que ésta resultará de la decisión en la cuestión prejudicial.

En cuanto a si eliminado del juicio civil de quiebra lo relativo a la calificación había desaparecido con ella la cuestión prejudicial prevista en el recordado art. 1104, la contestación negativa parece aconsejada, dado que si prejudicial era la calificación, con mayor razón era la declaración de la quiebra que le servía de fundamento. No porque se hubiera quitado el requisito previo de que fuese el tribunal de comercio el que descubriese la materia punible en la culpa o el fraude, se ha-



bía quitado el requisito que le servía de antecedente, cual era el de la declaración de la quiebra.

Hay más, y es que la calificación de la quiebra tenía por objeto establecer en el juicio civil, si el fallido podía celebrar concordato, pues el fraudulento no podía hacerlo. Tan es así, que al suprimirse en la reforma este impedimento, se suprimió la calificación.

Debe agregarse que la calificación no era un verdadero juicio: la resolución no era apelable y por lo tanto no hacía cosa juzgada. Es así como en lo criminal podía ser modificada. Luego no podía constituir una cuestión prejudicial perfecta.

Y cabe decir todavía, que la ley civil no podía ponerse a legislar en materia de quiebras. Lo hizo fuera de lugar, y la mejor prueba es que en la ley de quiebras la calificación no constituía una cuestión prejudicial, y que luego desapareció.

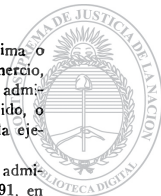
En todo caso no ha podido disponer que la cuestión fuese prejudicial a la condena y no a la acción, porque esta materia está reservada por la constitución a las legislaturas provinciales (art. 67 inc. 11.º). Y es así como el código de procedimientos federales (art. 17), y con él casi todos los de las provincias, establece que las cuestiones prejudiciales lo son a la acción. Véase lo dicho en el n.º 87 letra e).

Es cierto, que Tejedor en su proyecto disponía que la calificación de la quiebra, o la prueba del fraude, ocultación o negativa temeraria, hecha en lo civil, serviría de bastante sumaria, y que anotaba este artículo diciendo: que esto no importaba establecer que no pudiera iniciarse directamente el juicio en lo criminal, ni que las pruebas producidas en lo civil no pudiesen ser destruidas en lo criminal. Mas ha de tenerse en cuenta, que tanto este artículo, como otro que establecía que el acreedor podía remitir la pena al quebrado, fueron suprimidos.

Pero es el caso que la cuestión en examen no puede hacerse ya, por cuanto el nuevo código ha aclarado lo que podía no ser claro para los de la tesis contraria, y así, al concepto, ya bastante claro, del *quebrado*, ha agregado el que despeja toda duda, del comerciante *declarado en quiebra* (art. 176).

Lo dicho, pues, en el n.º 196 y en el presente, queda con esto solo evidenciado.





199.—Cuando la quiebra es de una sociedad anónima o cooperativa, o de una persona jurídica que ejerza el comercio, el art. 178 establece la responsabilidad de todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido, o contador o tenedor de libros, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos de fraude o de culpa.

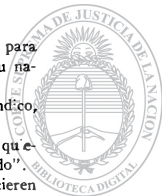
Fundando la reforma en lo referente al director, administrador o gerente, que fué tomada del proyecto de 1891, en la exposición de motivos respectiva se dice: “El art. 337 del código de comercio establece que los directores de las sociedades anónimas debidamente constituidas no contraen responsabilidad alguna, personal o solidaria, por las obligaciones; pero, agrega, responden personal y solidariamente para con ella y los terceros por la inexecución o mal desempeño del mandato, y por violación de las leyes, estatutos o reglamentos. Esta misma responsabilidad es la que funda la penal. Los actos de fraude o de culpa no son actos de las personas jurídicas, y es necesario reconocer que si éstas llegan a ser declaradas en quiebra que se califique de culpable o fraudulenta, ni el fraude ni la culpa son imputables a la persona jurídica, entidad ideal contra la cual no pueden entablarse acciones criminales, conforme a la prescripción del art. 43 del código civil. Son la obra de sus representantes y es necesario que la represión recaiga sobre éstos, como el código de comercio lo establece en el art. 1606”.

Al extenderse esa responsabilidad a los contadores y tenedores de libros, en el informe correspondiente se da como razón, que “Generalmente los directores, administradores o gerentes que realizan esas operaciones dolosas, se valen de los contadores o tenedores de libros, sin cuyo auxilio el delito no podría cometerse o carecería de la eficacia que ellos persiguen”.

En cuanto a los cómplices, ha de tenerse presente, como una particularidad de este delito, lo que disponen los arts. 139 y 140 de la ley de quiebras. El 140 puede verse en el n.º 203.

Art. 139, dice: “Serán considerados cómplices de quiebra fraudulenta”:

“1.º Los que se hubieren confabulado con el fallido, haciendo aparecer créditos falsos o alterando los verdaderos en cantidades o fechas”.



“2º Los que de cualquier modo hubieren cooperado para “ la ocultación o substracción de bienes, sea cual fuere su naturaleza, antes o después de la declaración de quiebra”.

“3º Los que ocultasen o rehusaren entregar al Síndico, “ bienes, créditos o títulos que tengan del fallido”.

4º Los que después de publicada la presentación en que “ bra admitieren cesiones o endosos particulares del fallido”.

“5º Los acreedores, aunque fueren legítimos, que h'cieren “ concierto con el fallido en perjuicio de la masa”.

“6º Los corredores que interviniessen en cualquier operación mercantil del fallido después de declarada la quiebra”.

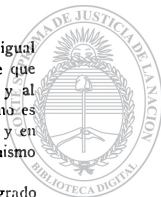
✕ 200.—Son actos de fraude, según el art. 176: simular o suponer deudas, ¿enajenaciones?, gastos o pérdidas; no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; substraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa; conceder ventajas indebidas a un acreedor.

El art. 141 de la ley de quiebras establece que la quiebra de los corredores será considerada siempre fraudulenta, sin admitirse prueba en contrario, siempre que se justifique que el corredor hizo por su cuenta, en nombre propio o ajeno, alguna operación mercantil, o que se constituyó garante de las operaciones en que intervino como corredor, aun cuando la quiebra no proceda de esas causas.

Son actos de culpa según el art. 177: los gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de la familia del fallido, especular, jugar, hacer abandono de los negocios, o cualquier otro acto de imprudencia o negligencia manifiesta.

Se advierte, por lo demás, que en materia de culpa la ley ha dejado a la justicia en libertad de apreciarla fuera de los actos que enumera, puesto que la autoriza a tomar en consideración *cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta*. De manera que aparte de aquellos actos expresamente previstos, a la justicia no se le impone otra limitación que la de que cualquier otro acto sea de una imprudencia o negligencia *manifiesta*.

✕ 201.—Además de la calidad de comerciante, de la cesación de pagos y del fraude o de la culpa, se requiere el perjuicio a los acreedores.



Lo decía claramente el código derogado, y lo dice de igual modo el vigente al enunciar en el art. 176 el requisito de que los actos especificados sean *en fraude* de los acreedores, y al exigir la declaración previa de la quiebra, que supone, como es natural, falta de concordato y de adjudicación de bienes, y en consecuencia un activo inferior al pasivo. Lo dice del mismo modo, y en forma más categórica, en el art. 177.

Habiendo desaparecido la evaluación calificativa en grado de la penalidad en orden al monto del perjuicio, que establecía el código derogado, hoy puede un escaso perjuicio hacerse valer como atenuante de carácter ordinario.

✓ **202.**—¿Hace cosa juzgada en lo penal la fecha de la cesación de pagos fijada en el juicio de quiebra?

Lo único de verdadera importancia, a los efectos penales, es que haya una declaración de quiebra y hayan indicios de fraude o culpa. Esa es la base del juicio penal: la fecha del hecho generador de la quiebra tiene una importancia determinada para el juicio civil, que es el de considerar nulos los actos posteriores, conforme a lo establecido en los arts. 76, 77 y 78. Pero ese interés no puede prevalecer sobre el interés penal, de mucha mayor importancia, como que aparea el sufrimiento de una pena. El quebrado muy bien puede eludir la acción de la justicia o volverse loco, y llegar el caso de tener que pronunciarse sobre la prescripción. Para tal eventualidad, regularmente servirá la fecha fijada en el concurso; pero muy bien puede ocurrir que, en posesión de mejores o nuevos datos, sea posible fijar una fecha anterior: si esto aconteciere, es indudable que no podrá negarse a la defensa esta comprobación, porque jamás el interés pecuniario de los acreedores puede ser de tal manera preponderante que alcance a primar sobre los de la libertad del fallido.

**203.**—El art. 143 de la ley de quiebras autoriza a los acreedores a intervenir a su costa en el juicio criminal.

La pena es de prisión de dos a seis años o de un mes a un año, según se trate de quiebra fraudulenta o culpable, y se impone además en ambos casos la de inhabilitación especial de tres a diez años y de dos a cinco respectivamente.



La ley de quiebras establece además lo siguiente:

"Art. 140. — Los cómplices de los quebrados fraudulentos, además de la pena que incurren con arreglo a la legislación criminal, serán condenados:"

"1.º — A perder cualquier derecho que tengan en la masa de la quiebra;"

"2.º — A reintegrar a la misma los bienes, derechos y acciones sobre cuya substracción hubiera recaído su complicidad";

"3.º — A pagar a la masa por indemnización de daños y perjuicios, una suma igual al importe que intentaron defraudar".

204.—El art. 179 reprime con prisión de uno a cuatro años *al deudor no comerciante*, concursado civilmente, que para defraudar a sus acreedores hubiese cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el art. 176.

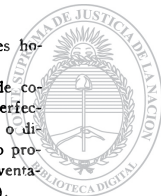
Aquí no cabe la culpa y se requiere la calidad de no comerciante, pero los actos de fraude son los mismos, y se requiere el previo concurso y el perjuicio.

205.—El art. 180 dispone, tanto con relación a la quiebra cuanto al concurso civil, según sea el caso, que será reprimido con prisión de un mes a un año, el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción.

La misma pena sufría en su caso el director, administrador o gerente de una sociedad anónima o cooperativa, o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o concurso judicial de bienes, que concluye un convenio de este género.

Estas disposiciones han sido tomadas de los proyectos últimos, y por el de 1891 del art. 345 del código holandés. Análogas disposiciones contienen las leyes francesa, belga, alemana y el código de Méjico (art. 597, 490, 243 y 440 respectivamente).

Lo que se propone combatir la ley es el comercio del voto, cuyos resultados han sido el fracaso de las previsiones de la



ley de quiebras, puestas en protección de los acreedores honestos.

Se trata de una infracción *sui generis*, que nada de común tiene con los casos de participación, y para cuya perfección basta con el ajuste o convenio, aunque el acreedor o director, administrador o gerente, en su caso, no cumpla lo prometido, o el deudor o el tercero no hayan satisfecho las ventas convenidas. (Nypels t. II p. 597 y Liszt t. II p. 257).

**206.**—La ley de quiebras autoriza la rehabilitación una vez cumplida la pena en caso de culpa, y cinco años después en los de dolo o fraude, si durante ese tiempo el condenado ha observado una conducta irreprochable; a condición en ambos casos, de que los acreedores hayan sido satisfechos. Se la obtiene ante el juez de la quiebra, quien puede decretarla de oficio si los fondos de la masa alcanzaren a cubrir íntegramente los créditos, y en su virtud cesan todas las interdicciones legales producidas por la quiebra, como asimismo las responsabilidades por los saldos deudores. La sentencia debe ser leída en audiencia pública, y publicada en los diarios que indiquen el rehabilitado o sus herederos. (arts. 145, 146, 147, 149, 150, 155 y 156).

Esta medida protectora del penado, que en la legislación moderna tiende a hacerse extensiva a los demás delitos, tiene entre nosotros esta única aplicación. Puede verse el t. II n.º 191.

---



## Usurpación. Daños. Disposiciones comunes

**A. — USURPACION, 207. — En lo que consiste este delito. 208. — Alcance de la protección legal y concepto de inmueble. 209. — Medios. 210. — El sujeto pasivo. 211. — La culpa. 212. — Razón de la penalidad más benigna y criterios de evaluación. 213. — Usurpación de aguas. 214. — El “animus nocendi”. El perjuicio. — B. — DAÑO. 215. — Concepto de este delito. 216. — Elementos material y jurídico. Medios. 217. — Elemento moral. 218. — Penalidad y circunstancias agravantes calificativas. 219. — In. 1.º del art. 184. 220. — Los templos y los cementerios. 221. — DISPOSICIONES COMUNES.**

**207. —** Se ha estudiado hasta aquí los diversos atentados contra el patrimonio, comprendidas las cosas y los derechos de crédito en general. Aquí se toma en consideración esos atentados en cuanto recaen sobre bienes inmuebles, en cualquiera de los derechos de que son objeto. Así el código reprime, en el art. 181, con prisión de un mes a un año: el acto de despojar a otro de la simple tenencia o de la posesión, o del uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis de un inmueble, ya sea usando la fuerza o la intimidación, ya el engaño o el abuso de confianza; el acto de apoderarse en todo o en parte de un inmueble, mediante la destrucción o alteración de sus términos o límites; el acto de trabar simplemente la posesión de un inmueble, empleando la fuerza o la intimidación.

**208. —** Se ve que la ley protege aquí especialmente el derecho patrimonial sobre las cosas inmuebles, y lo hace ampliamente y en toda su extensión: desde la simple tenencia hasta el dominio mismo en sí (el que puede perderse por la prescripción), pasando por el uso, el usufructo, etc. y también la posesión.

Tratándose de nociones fijadas en las disposiciones pertinentes de la ley civil, como son los derechos reales, y de con-



ceptos aclarados en capítulos anteriores, como son los correspondientes a los medios a que acaba de hacerse referencia, resta hacer notar aquí que el concepto de inmueble es el de la cosa inmueble por su naturaleza, y no p. e. las que en derecho civil son así consideradas por su carácter representativo o por su destino.

**209.** — En cuanto a los *medios*, caben los actos manifiestos o subrepticios, el ardid, el fraude, la astucia, el abuso de confianza y la violencia, la que puede ser física o moral o recaer en las personas o en las cosas.

Como ejemplo de usurpación fraudulenta puede citarse el acto de procurarse las llaves de una casa en alquiler, para verla, e instalarse en ella como inquilino.

**210.** — El sujeto pasivo, por lo que se ve, puede ser tanto el dueño del inmueble como un tercero, a condición de que goce de alguno de los derechos afectados por el acto culpable.

**211.** — Por lo demás, es un delito que, a la manera del hurto, el robo, la extorsión y la defraudación, excluye la *culpa*.

**212.** — Aún cuando, como se ha dicho, puede hasta llegar a perderse el dominio por la prescripción, es ello tan improbable, que lo natural es que el damnificado sea restituído al ejercicio de su derecho atacado, recurriendo a las vías legales, toda vez que el inmueble, contrariamente a lo que ocurre con la cosa mueble, no puede desaparecer. De aquí que, aunque de otros puntos de vista este delito es equiparable al hurto, al robo, etc., dada su menor cantidad política, y aún la natural, la penalidad por fuerza ha de ser menor. Es de observar, no obstante, que la penalidad es la misma, cualquiera que sea el medio empleado, a diferencia de la del artículo siguiente, y en contra de la doctrina del código italiano.

**213.** — Finalmente, en el art. 182 se reprime con prisión de quince días a un año, o a dos si para cometer el delito se



rompiere o alterase diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes: el acto del que *ilícitamente, o en mayor cantidad que aquella a que tiene derecho, y con el propósito de perjudicar a otro*, saque agua de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos, o represe, desvie o detenga las aguas de los ríos, arroyos, etc., o usurpe un derecho cualquiera referente al curso de las mismas; el acto de estorbar el ejercicio de los derechos de un tercero sobre dichas aguas.

214. — Este artículo que consulta las necesidades de ciertos lugares, fué tomado del proyecto de 1906, agregándosele la condición de que en los primeros casos habrá de concurrir el propósito de perjudicar a un tercero, lo que por cierto no se explica satisfactoriamente, dado que bastaba con la condición de que el acto fuese ilícito. Y si es que ha querido evitarse reprimir el acto cuando no produjere perjuicio, ha podido requerirse esta condición material, sin confundirla con la moral de un dolo determinado. Ni aún aquel es requerido en la doctrina, sino en grado potencial, según puede verse en Carrara y Crivellari.

Se advierte, por lo demás, que las aguas pueden ser públicas o privadas, que los medios pueden o no ser violentos, y que la penalidad aumenta en el segundo caso, lo que por cierto no guarda concordancia con la penalidad del artículo anterior.

215. — Se ha venido estudiando hasta ahora todos los atentados directos contra el patrimonio cometidos por particulares, regularmente con fines de lucro, y se tratará después de algunos de ellos cometidos por empleados públicos en ejercicio de sus funciones. Entre aquellos figuran los *hurtos*, los *robos*, las *usurpaciones*, las *quiebras*, *otros deudores punibles* y las *defraudaciones*, y entre éstos la *malversación* de caudales públicos, las *negociaciones incompatibles* y las *exacciones*. Se tratará igualmente, en su oportunidad, de ciertas falsedades, que en general no son otra cosa que medios directos o indirectos de lucrar en perjuicio del ajeno patrimonio.





Toca ocuparse después de lo ya estudiado, de otra forma de atentados contra la propiedad, que se distinguen de las anteriores por las siguientes peculiaridades: en tanto que aquellos atacan el patrimonio directamente, tienen ordinariamente por fin el lucro, son delitos fines, afectan el interés privado en particular, recaen sobre las cosas y los derechos patrimoniales en general, y no requieren la destrucción de la cosa, éstos recaen sólo sobre cosas, suponen como móvil entre otros el odio, a veces sirven de medio para cometer otros delitos, causan la destrucción total o parcial de la cosa, y afectan, principalmente, en algunos casos la tranquilidad y la seguridad públicas, poniendo en peligro los bienes en general y aún la salud y la vida de las personas. Se trata, en una palabra, de los *daños* en su acepción más lata, incluyendo los estragos, a cuyo estudio se dedica el capítulo siguiente.

"*Daño*, dice Pacheco, es una palabra genérica que hace " en los delitos contra la propiedad el mismo papel que el de " lesión en los delitos contra las personas. Después que se han " recorrido todos los hechos harto graves que afectan aquélla y " que el mundo ha distinguido siempre con especiales nombres, " robos, hurtos, defraudaciones, incendios, estragos considera- " bles, lo que queda más abajo de todas esas categorías, lo que " sin dejar de ser grave, no lo es tanto como aquéllo, eso es lo " que en todas las legislaciones se ha tenido que reunir bajo una " palabra común, para que sea objeto de disposición general".

Es esta la última forma de atentados contra la propiedad, y según el decir de Rivarola: "A diferencia de lo que ocurre res- " pecto del robo, del hurto y de las defraudaciones en gene- " ral, el daño ataca el derecho de propiedad en la existencia " misma de la cosa, no en uno sólo de sus elementos, la pose- " sión". En realidad, el daño requiere la destrucción total o parcial de la cosa, en tanto que en los otros casos basta con su ocupación. El perjuicio, pues, y por lo tanto el momento consumativo del delito, son distintos en uno y otro casos, como de igual manera y por el mismo motivo su reparación es igualmente distinta. Mientras en el robo, el hurto o la defraudación cabe reparar el perjuicio por la devolución de la cosa o en su defecto por medio de indemnización, en los daños no puede tener lugar sino por este último medio.



**216.**—El perjuicio tiene que ser efectivo y puede recaer en cosa mueble o inmueble, total o parcialmente ajena. Es indiferente, por otra parte, que se trate de cosa con valor comercial o de simple afección, que la destrucción sea total o parcial, y en general el medio empleado. Basta que el hecho no constituya un delito mayor.

**217.**—El elemento moral es aquí casi inseparable del móvil, y consiste en el propósito de ejercer una venganza cualquiera o de satisfacer un bajo sentimiento de odio.

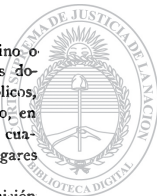
Si bien el móvil de este delito, el odio o la venganza, lo hace más repugnante que el del hurto, el robo y la defraudación, informados por el espíritu de lucro, la verdad es que, como observa Groizard, la cantidad política o peligro social es menor, dado que es prácticamente más frecuente el atentado contra la propiedad con ánimo de lucro que por espíritu de venganza, de la que, por otra parte, es más fácil precaverse

**218.**—La ley en el art. 183 reprime con prisión de quince días a un año al que de cualquier manera dañe una cosa o animal, total o parcialmente ajeno, y en el art. 184 reprime con tres meses a cuatro años de prisión el daño producido con determinadas circunstancias.

Esas circunstancias son subjetivas unas y objetivas las demás. Estas se distinguen por la clase de los medios empleados, por la naturaleza, destino o carácter de las cosas, o por el modo, el lugar o el motivo.

Es circunstancia subjetiva la clase o entidad del móvil: como p. e. cometer el daño, "con la mira de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiese el delito contra empleados públicos, bien contra particulares que como testigos o de cualquier manera hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las leyes".

Son circunstancias de carácter objetivo: a) por razón del medio, producir el daño empleando sustancias venenosas o corrosivas, o infección o contagio en aves u otros animales domésticos; b) por razón del modo y el lugar, hacerlo en ban-



da y en despoblado; c) por razón de la naturaleza, destino o carácter de la cosa, ejecutarlo en aves u otros animales domésticos, en archivos, registros, bibliotecas o museos públicos, en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público, en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; d) arruinando al perjudicado.

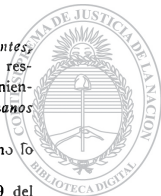
Los artículos fueron tomados del proyecto de la comisión revisora del de Tejedor, el que a su vez los tomó del código español de 1870, con pequeñas modificaciones. Algunas de éstas consisten, por ejemplo, en haber substituido *ganados por aves u otros animales domésticos*, y en haber agregado *bibliotecas o museos públicos*; otra en haber agregado lo que se refiere a las tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos, tomado del art. 526 del código belga, también con pequeñas modificaciones.

Algunos códigos como los de Hungría, Italia, Alemania, Dinamarca, Suecia y varios Cantones Suizos, cuyo sistema adoptan los proyectos de 1891 y 1906, convierten, ciertos daños causados en determinadas circunstancias, en delitos de acción privada.

**219.**—El inciso 1.º del art. 184 tiene sus puntos de contacto con la sedición y el atentado contra la autoridad, diferenciándose del primero en que se hace sin alzamiento público y de ambas en que el atentado es contra las cosas y no contra las personas.

**220.**—En el inciso 5º cabe hacer notar que los templos y los cementerios entran en la categoría de edificios o lugares públicos. Aquéllos, porque así se establece en el código belga, del cual fué tomado el inciso y éstos porque así se dejó establecido en el congreso al votarse el inciso primero de la letra b) del hurto (art. 22 de la ley 4189). Esa es también la doctrina más difundida.

**221.**—El art. 185 exceptúa de responsabilidad penal, sin perjuicio de la civil, por los *hurtos, defraudaciones o daños*



que reciprocamente se causaren: a los *cónyuges, ascendientes, ascendientes y afines en la misma línea*; al *consorte viudo* respecto de las cosas de la pertenencia del cónyuge muerto, mientras no hayan pasado a poder de un tercero; a los *hermanos y cuñados* que viviesen juntos.

Este artículo, fué tomado de Tejedor, quien a su turno lo tomó de los códigos español y peruano.

Pacheco, citado por Tejedor, comentando el art. 479 del código español dice: "Una idea de moralidad, idea que deriva" de la buena noción de la familia, de los lazos que la constituyen, de los derechos y deberes que la forman, es la idea "que ha presidido en todas las legislaciones cuando se ha preceptuado lo que dispone nuestro artículo".

La excepción, tomada por la legislación del derecho romano, no emana entonces de una razón patrimonial de comunidad o condominio, pues si así fuere, el hecho no habría constituido delito, y, por lo tanto, no habría coautores, cómplices ni encubridores extraños, aparte de que en el inc. 3º no cabe especialmente tal motivo. (Es lo que con su acostumbrado acierto hace notar Carrara).

Menos cabría darle tal fundamento en el estado actual de nuestra legislación, que reprime lo mismo el hurto de cosa del todo ajena que el de cosa en parte propia.

Otras legislaciones extienden la excepción a los tutores y padres adoptivos, y otras dan sólo acción privada cuando se cometen tales hechos entre cónyuges legalmente separados, entre hermanos que no viven juntos, entre tíos y sobrinos, o entre afines de segundo grado que viviesen juntos (Códigos italiano y uruguayo).

La excepción no comprende las *usurpaciones*, los *robos* y las *extorsiones*. Los segundos están sin embargo incluidos en otras legislaciones. La cantidad política, que es casi nula en el hurto, en las defraudaciones y en los daños entre parientes, es indudablemente mayor tratándose de robos y extorsiones, pues quien ejerce violencia, sobre todo en las personas de los parientes, demuestra una temibilidad que, en relación con las personas de los extraños, gana en gravedad cuanto pierden

en igualdad de condiciones la cautela, la astucia, el fraude, y aún un ímpetu de cólera.

La última parte del artículo, dispone que la excepción no alcanza a los extraños que participen del delito, lo que parece plausible; tanto por el motivo eminentemente personal de la excepción, cuanto por la evidente conveniencia en reducir los casos de excepción al menor número posible, resultado que no se conseguiría si terceros pudiesen impunemente alentar, aun sin interés de lucro personal, la comisión de actos contrarios al interés de la familia y de la sociedad.



---



### DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA

#### Consideraciones generales

"La razón que hemos tenido para agrupar en un título, "decía en su informe la comisión redactora del proyecto de "1891, los prescripciones sobre los hechos mencionados, es "que todos ellos producen un peligro común inmediato, de "mucha trascendencia, todos afectan o lesionan la seguridad "pública, en cuya conservación se hallan interesados los dife- "rentes miembros de la sociedad, porque es un bien que a todos "pertenece.

"El carácter distintivo de estos delitos, agrega González, "es el peligro común para la vida, la salud, la propiedad e in- "tereses, no de una o más personas determinadas, sino de un "número indeterminado e indeterminable de pacientes".

Dice también Concha, que el delincuente no puede prever en estos delitos el alcance de su obra, cuyas consecuencias es frecuente excedan el propósito, y es por lo tanto el peligro común, y no los daños inmediatos, lo que es objeto de la incriminación y lo que contempla la penalidad.

Véase además la cita de Liszt hecha en el n° 222.

Por lo tanto, la mayor parte de ellos, como son los estragos, los atentados contra la seguridad de los medios de comunicación y los delitos contra la salud pública, son en realidad delitos formales, en los que no se atiende al valor del perjuicio, y en los que los daños o males reales se consideran únicamente con relación a las personas, para fijar una mayor penalidad.



## Incendios y otros estragos. Delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación

222. — Concepto y condiciones de estos delitos. 223. — El móvil. 224. — Delito de incendio consumado. 225. — Agravantes calificativas. 226. — Naufragio y derrumbe de edificios. Casos análogos. 227. — La culpa. 228. — Penalidad. 229. — Diversos atentados contra los medios de comunicación por tierra y por agua. Medios directos e indirectos. Dolo eventual y determinado. Criterios de agravación. Disposición común. Penalidades. Atentado contra las vías de comunicación telegráfica y telefónica. Penalidad. 230. — La culpa. Penalidad. 231. — Leyes que quedan derogadas.

**222.**—En el capítulo XIX se ha tratado del daño genérico, como un delito material contra la propiedad: los daños de que aquí se va a tratar son aquellos que importan, no un atentado contra la propiedad, sino un ataque a la seguridad pública. y constituyen un delito formal, para cuya perfección no se requiere la efectividad de daño alguno. Si bien es cierto que el hecho tiene que traducirse en algo material, generalmente constitutivo de un daño, no es de la esencia del delito que eso suceda: puede ese hecho consistir en la destrucción o el incendio de la cosa propia o simplemente en abrir las compuertas de un dique sin causar perjuicio alguno.

Lo que en estos hechos constituye la materia punible, es el *peligro común* que nace del hecho generador, sin atender, ni a que el peligro se convierta en realidad, ni a que amenace precisamente la *propiedad*: puede relacionarse con las *personas*. Y no se trata en ninguno de ambos casos de un hecho que amenace un bien o una persona determinada o determinable: la razón de tan extraordinaria incriminación radica precisamente en lo indeterminado, en lo indeterminable y en lo común del peligro generador.

Es por eso que es indiferente que el culpable incendie o destruya cosa propia. Es también por eso que basta con el peli-



gro. Puede verse lo que se dice al respecto en la pág. 201 de la exposición de motivos del proyecto de 1891, del cual ha sido tomada esta parte.

Se trata en realidad de hechos que, como el incendio, la explosión, la inundación, el derrumbe de edificios, etc., ponen en riesgo la seguridad común de las personas y de los bienes, por su enorme poder destructor.

Son hechos, por lo demás, de dolo eventual, en los que el dolo determinado, cuando se los hace servir de medios para realizar otros delitos, como p. e. el homicidio, puede influir para imponer una calificación distinta y una penalidad mayor.

Son atentados que, como dice Liszt, se señalan por el hecho del hombre desencadenando con maléficos propósitos las fuerzas de la naturaleza, fuerzas que, fuera de esos casos, juegan un rol remarcable al servicio de la humanidad. Quien pone en libertad una fuerza semejante, no puede fijar límites a su expansión ni calcular la extensión de sus consecuencias: la naturaleza en libertad se ríe del poder y de las previsiones del hombre.

Sin ese peligro público, el hecho, no obstante la clase de medios empleados, constituirá un delito que se regirá por las reglas de los daños, pero no será considerado estrago, por grave que sea; porque será un atentado contra el interés individual, no contra el bienestar, la tranquilidad y la seguridad públicos.

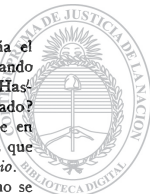
En definitiva: puede haber daño o perjuicio inmediato como puede también faltar; el delito se configura por el *perjuicio posible mediato común* para las *personas* y las *cosas*, o el peligro público que implica el hecho generador.

El daño inmediato, cuando existe, o es indiferente, o a lo sumo sirve de criterio para graduar la penalidad.

**223.**—Como en el daño, los estragos pueden tener como fin satisfacer un sentimiento de odio, realizar una venganza, o también producir el pánico o servir de medio a la consumación de otros delitos; como p. e. el robo, el rapto, el homicidio. Puede en consecuencia ser delito fin o delito medio. En este caso prevalecerá la calificación del delito más grave.

**224.**—Qué deba entenderse por delito consumado de incendio no es cuestión tan clara que no requiera algún estudio.





Hay una gran diferencia entre el peligro que entraña el acto de poner fuego y la magnitud de ese mismo fuego, cuando ha tomado cierto incremento y se ha vuelto incontinente. ¿Hasta dónde hay tentativa y dónde está ya el delito consumado? En las legislaciones que se expresan diciendo que consiste en *pegar* o *poner fuego*, la dificultad no existe. Existe en las que dicen *incendiar*, o, como en la nuestra, el que *cause incendio*.

Causar incendio es dar origen al incendio, y con ello no se puede saber si habrá incendio al *pegar* fuego o cuando el fuego haya alcanzado cierta magnitud. Mas como la disposición fué tomada de los códigos holandés, español, chileno y el derogado, que no han seguido la norma literal de los códigos italiano y alemán, belga y sueco. por ejemplo, que se expresan diciendo, el que *prende* o *pone fuego*, es mi parecer que habrá delito consumado, cuando el fuego haya asumido ciertas proporciones, una magnitud tal, que razonablemente haga nacer el peligro de un estrago. No será necesario, como observa Rivarola, que, según el parecer de Haus, el fuego haya alcanzado tales progresos, que el autor no pueda dominarlo, porque se pecaría así por exigir demasiado, como se pecaría por requerir muy poco si se aceptase que el delito estaba consumado con sólo *prender fuego*, dado que lo que la ley contempla es el peligro público, y éste no aparece sino cuando está algo próximo. No podría decirse que hay peligro público cuando el fuego empieza y es aún posible que cualquier persona lo conjure. El peligro realmente empieza cuando, sin ser el fuego incontinente, su extinción ofrece ya alguna dificultad. De suerte que será en cada caso concreto que podrá decidirse, de acuerdo con las circunstancias particulares, si el hecho ha constituido un delito consumado o simplemente una tentativa.

**225.**—Los *criterios de gravedad* adoptados como calificativos por la ley (art. 186) consisten: en que el peligro sea para los bienes o para las personas, y en que resulte la muerte de una o más.

Con respecto a los bienes, el estrago tiene su pena menor si el peligro ha sido común nada más que a los bienes en general o los productos agropecuarios en particular, y una pena mayor si ese peligro fuese para bienes caracterizados por su destino especial a archivo público, biblioteca, museo, arsenal,



astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia particular o parque de artillería.

En cuanto a las personas, la pena menor es la del caso en que, a causa del hecho, se haya encontrado alguna en peligro de muerte: esta pena es prevista para el caso de peligro de bienes calificados. La pena más severa es para el caso de muerte de una o más personas.

Bien entendido que, en lo referente a las personas, rige el artículo en cuanto se trate de un peligro de muerte o de muerte ocasional, que si fuere intencional mediante estrago, rigen las disposiciones relativas al homicidio.

Cabe hacer notar, que la agravación de los casos previstos en el inc. 3º se justifica plenamente, por tratarse de bienes que, por su naturaleza, destino o servicios que prestan a la colectividad, requieren mayor protección, así como que en el inc. 4º queda comprendido el incendio de casa habitada, según mención expresa del informe del proyecto de 1891, del cual fué aquél tomado.

**226.**—Quedan equiparados al incendio, a la explosión y a la inundación, el estrago causado por medio de *inmersión o varamiento de nave, derrumbe de edificio, inundación de una mina* o cualquier otro medio poderoso de destrucción (art. 187). Según se advierte, la ley, habiendo previsto los casos más comunes, adopta una fórmula amplia, que puede comprender cualquier otro caso imprevisto, y deja a los jueces el resolver si debe o no ser considerado caso de estrago.

El caso de inmersión o varamiento de nave, parece hallarse en oposición con el contenido del art. 194. Fueron tomados: el 187, del 572 del código español, y el 194, de los arts. 322 y 323 del alemán y 166, 168 y 170 del holandés, y corresponderá aplicar el primero a los casos en que el atenfado recaiga en una nave, no como medio de transporte o comunicación y con sus consiguientes consecuencias, sino como un simple medio de causar estrago.

En el art. 188 se prevé el caso del que, inutilizando obras de defensa común contra desastres, hiciere nacer el *peligro* de que estos se produzcan, así como el del que, con el objeto de impedir la extinción de un incendio o la defensa contra un desastre cualquiera, substrajere, ocultare o inutilizare aparatos,



materiales u otros medios a ese fin destinados. Aún cuando la pena es menor en este caso, claramente se acusa el espíritu protector de la ley, más que al interés particular al interés público, puesto que llega hasta penar el simple *peligro* de un desastre o de que éste no sea conjurado.

La segunda parte del artículo fué tomada del art. 307 del código italiano. y Crivellari, comentándolo, dice que es necesario que el incendio o el desastre haya tenido principio, como igualmente que la intención de evitar la defensa sea clara, para no confundirla, p. e., con un hurto. La misma conclusión se obtiene consultando el informe de la comisión a que he hecho referencia, el que dice: "o inutilizaren o pusieren fuera de servicio los medios de combatirlos y detener sus efectos, *una vez producidos*".

Según se advierte, luego de prever la ley el caso del partícipe del estrago, prevé dos casos análogos: el del que (parte segunda del artículo), una vez consumado el delito, ayuda a impedir que asuma mayores proporciones, y el del que (parte primera) por hechos que no importan realizar el estrago, hace sin embargo nacer el riesgo de que se produzca.

Ninguno de ellos es partícipe del delito de estrago legislado en los artículos precedentes: aquél, porque el delito ya se ha consumado cuando él interviene, y éste, porque el delito no ha empezado a realizarse. De aquí la pena menor.

Pero si el primero hubiere prometido su cooperación posterior, antes o en el momento de realizarse el delito, sería en tal caso un partícipe en las condiciones comunes.

**227.**—Como un hecho de esta naturaleza puede producirse sin intención criminal, no obstante lo cual es necesario evitarlo, dada su excepcional gravedad, la ley reprime también la *culpa*, disponiendo en el art. 189 que se impondrá prisión de un mes a un año al que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos. Ni aquí, ni en los casos de los arts. 196, 203, 254, 255, 262 y 281, impone la pena conjunta de inhabilitación que impone en los similares de los arts. 84, 94, 136, 177 y 223.

Eleva el máximo de la pena a cuatro años, si como consecuencia hubiese estado una persona en pelgro de muerte o hubiese muerte.

**228.**—La pena es de reclusión o prisión desde tres hasta veinte años, según los casos, en los arts. 186 y 187, y de prisión de uno a seis años para los del 188.

**229.**— Como capítulo segundo inserta la ley en el título VII, destinado a los delitos contra la seguridad pública, otro grupo de hechos análogos a los del capítulo primero, y como ellos de parecida gravedad; gravedad que radica, como en el caso anterior, no en el daño material directo, sino en el grave peligro público que de él nace.

“El gran papel que los ferrocarriles y otros medios de “transporte por tierra o por agua, dice en su informe la comisión redactora del proyecto de 1891, representan en las relaciones de la vida contemporánea, es un dato suficiente para “juzgar de la importancia que revisten los desastres en las “vías férreas, en los buques, en las construcciones flotantes. etc., “y hasta dónde alcanzan la intranquilidad y el peligro común, “para las propiedades y para las personas, que originan”.

Por desgracia no ha sido prevista la navegación aérea, que empieza a adquirir desarrollo y tiene ya señalada importancia.

Estos hechos son aquellos que se relacionan con los *medios de transporte y comunicación* (ferrocarriles, navegación, telégrafo, teléfono) haciendo inseguros los primeros, o entorpeciendo o interrumpiendo las últimas.

Pueden estos hechos consistir:

1º (art. 190) En inutilizar o destruir, en todo o en parte, las vías u obras destinadas a la comunicación pública por tierra o por agua, o en impedir o estorbar la ejecución de las medidas adoptadas para la seguridad de las mismas.

Vale lo mismo emplear medios directos, inutilizando o destruyendo las vías, etc., que emplear los indirectos, impidiendo o estorbando las obras de seguridad de las mismas. Se repite aquí el criterio del art. 188.

La ley ha tenido que preocuparse, no solamente de los que causen directamente los accidentes a que se refieren los arts. 186, 187, 191, 192 y 194, sino también de los que den lugar, por he-





chos positivos y perjudiciales, a la posibilidad de que ellos se produzcan, según se expresa en el informe de la comisión del proyecto de 1891, la que agrega particularmente respecto del contenido del art. 190: "Observamos en esto el procedimiento, seguido hasta aquí, de proyectar, siempre que la materia se preste a ello, un precepto común o general que abarque todos los casos posibles de una clase dada de delitos, que no reclama, por su gravedad singular o las condiciones en que se ejecuten, una disposición especial".

Estos casos más graves son los de los arts. 191. 192 y 194, que requieren dolo determinado y actos directos, al paso que el art. 190 contempla casos de actos indirectos y de dolo eventual. De ahí la menor penalidad.

La pena en este caso es de seis meses a dos años de prisión, elevándose el máximo a seis años si resultase peligro para las personas, y, desde tres hasta quince años de reclusión o prisión, si resultare la muerte de una persona.

2º (arts. 191 y 192) En detener, entorpecer o hacer descarrilar un tren, empleando al efecto cualquier medio o ejecutando cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de un tren.

La pena va desde seis meses de prisión hasta veinticinco años de reclusión o prisión, según no resulte o resulte descarrilamiento o accidente, o que a consecuencia de éste resulte lesionada o muerta alguna persona.

3º (Art. 193) En arrojar cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha, hecho penado con prisión de un mes a un año, sino resultase delito más grave, por su relativa escasa importancia y no exponer a grandes peligros. (La Comisión).

Aquí el dolo ya no es eventual, como en el caso precedente, y los actos son directos, tal como en los previstos en el art. 194. Se trata, entonces, de hechos más graves del punto de vista, tanto del elemento moral como del elemento material, pues el peligro es mayor.

La equiparación al art. 191 del 192 se justifica por los redactores, diciendo que se juzga que en uno y otro caso serán idénticos el móvil del agente y los efectos que puedan producirse.



4° (Art. 194) En ejecutar, con relación a la navegación, actos análogos a los previstos en los arts. 191 y 192 en cuanto a los ferrocarriles, como sería cualquier acto tendiente a poner en peligro la seguridad de una nave o construcción flotante, o a detener o entorpecer la navegación.

Este hecho es indudablemente menos frecuente que los atentados contra los trenes. de los que, con toda maldad y una casi absoluta impunidad, se valen los obreros que recurren a la huelga criminal como medio de gestionar el reconocimiento de sus pretensiones. Mas es en realidad de una mayor gravedad, por las dificultades de impedir o aminorar la catástrofe. Los submarinos alemanes se han encargado de poner de relieve esta triste verdad en la última guerra.

Como el mal es igual, la ley equipara a una nave una construcción flotante cualquiera.

Ya se dijo que este caso y el de los art. 191 y 192, a diferencia del caso del art. 190, requieren el dolo determinado y los medios directos, por lo cual la mayor penalidad se justifica.

La pena va desde un año hasta reclusión o prisión por veinticinco años, según que no produzca o produzca naufragio, avería o varamiento, o, a consecuencia del accidente, resulte una persona lesionada o muerta.

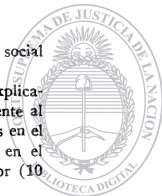
5° (Art. 195). En abandonar los conductores, capitanes, pilotos, mecánicos y demás empleados de un tren o un buque, sus puestos durante sus servicios respectivos antes de llegar al puerto o al término del viaje ferroviario.

Esta disposición, de carácter común a los artículos anteriores, no contempla especialmente, como en ellos, el peligro público, menos probable, sino el entorpecimiento que sufre el tránsito y el transporte.

La pena es de prisión de un mes a un año, sino resultare un hecho más grave, como sería un choque de trenes o una colisión, varamiento o naufragio de una nave.

6° (Art. 197) En interrumpir o entorpecer la comunicación telegráfica o telefónica, o en resistir violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida.

La pena, que es de seis meses a dos años de prisión, y la equiparación del teléfono al telégrafo, se justifican acabadamente, considerando la enorme y singular importancia del papel que



ese medio de comunicación juega actualmente en el orden social y comercial.

En la penalidad se advierte ciertas diferencias inexplicables. Así en el art. 191 se impone en el inc. 3º, equivalente al 3º del 186, una pena inferior a la de éste (tres a diez días en el primero y tres a quince en el segundo), mientras que en el inc. 4º, igual al cuarto del 186, se dispone una pena mayor (10 a 25 en el primero y 8 a 20 en el segundo).

Si se compara el 194 con el 196 y el 191, nuevas e inexplicables diferencias saltan a la vista. El segundo apartado del 194, equivalente al inc. 1º del 186 y al segundo del 191, impone pena mayor (de tres a doce) que el primero (tres a diez) y mucho mayor que el segundo (dos a seis); en el último apartado, primera parte, equivalente al inc. 3º del art. 186 y al 3º del 191, se dispone una pena igual al primero (tres a quince) y mayor que el segundo (tres a diez), y en la segunda parte la pena es igual al inc. 4º del 186 (ocho a veinte).

**230.**—Como en los incendios, etc., cabe aquí la *culpa*, cuya represión, con relación a los casos previstos en los arts. 191, 192 y 194, se justifica tanto como en aquellos casos, y cuya penalidad es impuesta por el art. 196 desde seis meses hasta cuatro años, según que del accidente no resulte o resulte alguna persona lesionada o muerta, a todo el que lo produzca por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos y ordenanzas.

**231.**—Las disposiciones de este capítulo derogan, según lo hace constar la comisión redactora del proyecto de 1891, y así resulta de lo dispuesto en el art. 305, las disposiciones pertinentes de las leyes de ferrocarriles y de telégrafos.



### Piratería. Delitos contra la salud pública

232. — En qué consiste el delito de PIRATERIA. 233. — Objeto de su incriminación. 234. — Su clasificación y sus relaciones con la jurisdicción. 235. — DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Objeto de su incriminación. Son delitos formales. 238. — Adulterar o envenenar aguas, alimentos o medicinas de uso público. El dolo. Vender, entregar, etc., alimentos o medicamentos peligrosos. La intención. Penalidad. 239. — Propagar una enfermedad contagiosa. La penalidad. 240. — La culpa. Penalidad. 241. — Suministrar medicamentos en otra especie, cantidad, etc. La estafa. Penalidad. 242. — Violación de cuarentenas y leyes de policía sanitaria animal. Penalidad. 243. — DISPOSICIONES COMUNES. 244. — EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA. El daño, el lucro, la estafa, el hábito.

232. — *Pirata* era el que robaba en el mar con buque armado: hoy este concepto se ha extendido a los ríos y lagos navegables. La piratería, pues, de que se ocupa el capítulo tercero, es el robo cometido en el agua, y se caracteriza porque los autores son varios constituidos en banda, porque emplean embarcaciones generalmente armadas, porque se valen de la violencia, y porque amenazan y perturban la seguridad de las comunicaciones por agua, tanto con relación a las personas que sufren las violencias de que se sirven cuanto a los bienes que son su objeto. Es, pues, el comercio marítimo y fluvial el primer perjudicado.

233. — Delitos tales son análogos a los previstos en los dos primeros capítulos, en el sentido del *peligro común* que entrañan *indeterminadamente* para las *personas* y los *bienes*, por lo cual la penalidad de los mismos no contempla la entidad del daño en concreto; con una sola *excepción*, que es el previsto en el art. 199, en el cual se establece la pena de diez a veinte años de reclusión o prisión para caso de muerte.





234. — Por esa misma razón figura entre los delitos impersonales, en el grupo de los que comprometen la seguridad pública.

En otras legislaciones figura como delito contra el derecho de gentes, porque la navegación en general se halla bajo la protección del derecho internacional público. Es obedeciendo a este punto de vista que para esos casos el derecho de gentes ha consagrado, en materia de jurisdicción, que su juzgamiento corresponde a quien prenda a los piratas, como lo establecen el art. 23 inc. 1.º del código de procedimientos nacionales y el 13 del tratado de derecho penal internacional celebrado en Montevideo a 23 de enero de 1889.

235. — Afortunadamente pasaron esos tiempos, y los actos de esa clase que es posible aún ocurran, se relacionan con los casos de guerra en que ciertos barcos practican el *corso*, por lo que se les llama buques corsarios, en aguas neutrales o enemigas, con patente de su gobierno y con destino a la persecución de buques enemigos o piratas. Es solamente en esos excesos de esos actos de corso que es posible ver en la actualidad actos calificables de piratería.

El art. 198 reprime como casos de *piratería* y con pena de tres a quince años de reclusión o prisión, cuya severidad se explica suficientemente por la gravedad de los hechos inculminados, los siguientes:

1.º Practicar en el mar o en los ríos de la república algún acto de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante, o sin que el buque atacante pertenezca a la marina de guerra de alguna potencia reconocida.

2.º Abusar de una patente de corso legítimamente concedida, practicando actos de hostilidad o violencia contra buques argentinos o de otra nación, para hostilizar a la cual no estuviere el atacante autorizado.

3.º Apoderarse de un buque o su equipaje empleando fraude o violencia con su comandante.

4.º Entregar a piratas un buque, su carga o su tripulación;



5.° Oponerse violentamente a que el comandante o la tripulación de un buque atacado por piratas se defiendan.

6.° Equipar por cuenta propia o ajena un buque destinado a la piratería.

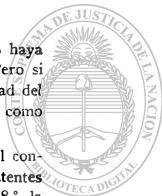
7.° Traficar con piratas o suministrarles auxilios, siendo argentino o residente en la república.

8.° Navegar con buque armado con dos o más patentes de diversas potencias.

**236.** — En los primeros incisos se contempla como excepción los casos de corso, y en el segundo sus excesos; el tercero contempla el caso de fraude, equiparándolo a la violencia, lo que por cierto no se justifica plenamente; en el cuarto puede haber un ataque exclusivamente contra la libertad de las personas; el sexto trata de un caso de excepción que no importa un acto de ejecución sino de preparación, y el octavo de otro análogo, el que comprende sólo al comandante del buque.

Respecto de los casos previstos en los dos primeros incisos, dice el informe del proyecto de 1891: "Cualquiera que sea la nación a que pertenezca el buque o las personas o cosas atacadas, el acto de depredación o de violencia, realizado en esas condiciones, será criminal, y lo será aunque se cometa contra súbditos o cosas de una nación con la cual se halla en guerra la República Argentina. Entre los medios de hostilizar o de hacer la guerra no se admite, ni es admisible, la depredación o la violencia ejercida, sobre personas o bienes, por quien no ha recibido autorización para ello o por una embarcación sin bandera, que no depende de potencia alguna. No sucede lo mismo cuando el acto se lleva a cabo con autorización o por un buque de guerra de una potencia reconocida, porque entonces es responsable del hecho la nación autorizante o aquella a la cual pertenece el buque."

Respecto de los incisos sexto y octavo dice el mismo informe: "No basta que una embarcación armada navegue sin pasaporte, matrícula de equipaje u otro documento que pruebe la legitimidad de su viaje para que se le considere pirata, pues la falta de esos documentos puede provenir de pérdida



"o extravío, o de cualquier otra causa, sin que por eso haya culpa de parte del comandante, ni de la tripulación. Pero si no se justificara la falta de documentos, ni la legitimidad del viaje de la embarcación, entonces ésta se consideraría como un buque equipado con destino a la piratería."

Debe tenerse presente, que la constitución acuerda al congreso, en el art. 267 in 22º, la facultad de conceder patentes de corso y de represalia, y al presidente, en el 86 in. 18.º, la de hacer otro tanto, con autorización y aprobación del congreso.

**237.** — A continuación legisla el código en el cap. IV, los *delitos contra la salud pública*, cuya gravedad no es menester mentar, puesto que por ello se amenaza intereses colectivos de grandísima importancia.

Como los anteriores, la incriminación consulta el peligro común y no el daño concreto, el que únicamente se tiene en cuenta, como en los casos de los capítulos precedentes, cuando excediere en importancia al peligro común, como si resultar la muerte de una persona. Se trata, pues, de delitos formales.

**238.** — El primer grupo de estos delitos está formado por actos que pueden consistir en envenenar o adulterar, con peligro para la salud pública, aguas potables o substancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas (art. 200).

Claro está que no se trata del caso de dolo determinado, como por el ejemplo el de matar, en cuyo caso la penalidad es otra, sino del dolo eventual. Así mismo, si ocurriese como consecuencia la muerte de alguna persona, la pena es de diez a veinticinco años de reclusión o prisión (segunda parte). Pero es menester que se cometa el hecho a sabiendas, y que los actos recaigan en cosas destinadas al uso o consumo público e importen un peligro para la salud pública.

Es, por desgracia, un delito frecuente en el comercio, como en el mismo lo es el de estafa, producto del deseo inmoderado de lucro y de una impunidad desconsoladora.



Análogos a tales actos son los que prevé la ley en el art. 201 con la misma penalidad (que es la de tres a diez años de reclusión o prisión, la que es de diez a veinte y cinco en caso de muerte), y que consisten en poner en venta, vender, entregar o distribuir medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo, y por lo tanto a sabiendas.

En el informe del proyecto de 1891 se expresa que en la palabra mercaderías quedan comprendidos los comestibles y toda clase de substancias y efectos, que es lo que dispone el art. 77.

**239.** — Con la misma pena del art. 200, primera parte, reprime la ley en el 202 el acto de propagar una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas, lo que no se concibe sino a condición de que el dolo sea, como es en estos casos, eventual.

No se explica por qué se impone aquí una sola penalidad, y no dos como en los casos de los arts. 200 y 201, que son análogos, y en el del 203, que comprende el 202.

**240.** — Y si todos estos hechos fueren el resultado de una imprudencia o negligencia, de una impericia en el arte o profesión o de inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impone en el art. 203 la pena de multa de quinientos a dos mil pesos, si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona, y prisión de seis meses a dos años en caso contrario. Ni aquí ni en los casos de los arts. 189, 203, 254, 255, 262 y 281, se acompaña la inhabilitación complementaria de los arts. 84, 94, 136, 177 y 223.

**241.** — Viene en seguida el art. 204, en el que se reprime un acto indudablemente menos grave, como es el de, estando autorizado para la venta de substancias medicinales, suministrarlas en especie, calidad o cantidad no correspondiente a las prescripciones médicas o diversa de la declarada o convenida.

No es el caso, por cierto, de ver en esto lo que puede haber de estafa, delito que puede concurrir al mismo tiempo, sino el peligro para la salud que en ello pueda existir.

Para estos casos la ley impone multa de quinientos a dos mil pesos, y la de dos a seis años de prisión si resultare enfermedad o muerte.

**242.** — En el art. 205 se reprime con prisión de seis meses a dos años el acto de violar las medidas oficiales adoptadas para impedir la introducción o propagación de una epidemia humana, y en el 206 con prisión de seis meses a un año la violación de las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal.

**243.** — Cierra el art. 207 esta serie de disposiciones, imponiendo además la pena de inhabilitación, si el culpable fuere un funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte.

Parece fuera de duda que ha de tratarse de una profesión o arte de la que se haya abusado, y que por lo tanto tenga relación con el acto incriminado.

También parece claro que se refiere a los artículos anteriores y no a los que le siguen, no obstante que se dice aplicable a todo el capítulo. Esto viene de que el artículo figura en el proyecto de 1891 el último del capítulo, al que el de 1906 agregó el 208 correspondiente al ejercicio ilegal de la medicina, sin preocuparse de cambiar la palabra capítulo.

**244.** — Consiste este delito, el de *ejercicio ilegal de la medicina*, que el código reprime con prisión de quince días a un año en el art. 208:

1.º — En anunciar, prescribir, administrar o aplicar habitualmente medicamentos, agua, electricidad, hipnotismo, o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aún a título gratuito, sin título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, o excediendo los límites de la autorización;

2.º — En anunciar o prometer la curación de enfermedades a término fijo, o por medios secretos o infalibles, aún teniendo título o autorización para el ejercicio de un arte de curar;

3.º — En prestar su nombre, teniendo título o estando autorizado para el ejercicio de un arte de curar, para que otro ejerza los actos a que se refiere el in. 1.º



Este artículo se propone combatir el *curanderismo* ignorante y mercantil, desgraciadamente tan difundido y cuyas víctimas son numerosas, y deroga las leyes análogas de carácter local.

Muchas son las localidades que carecen de los beneficios de la presencia de un profesional con título para el ejercicio del arte de curar, por lo que se acostumbra tomar resoluciones cuyo objeto es remediar ese grave inconveniente, autorizando a personas idóneas, aunque sin título, para el ejercicio de ese arte. Es pues, a esas disposiciones de carácter local, que habrá que recurrir para saber en cada caso si procede o no la excepción de autorización a que se refiere el artículo. De todos modos ella ha de provenir de leyes, decretos u ordenanzas oficiales, y se han de limitar a los límites marcados. Es por eso que en el in. 1.º se habla de exceso de autorización.

*Habitualmente*, dice el in. 1.º, y de ello se infiere que quedan excluidos los casos aislados, no profesionales; los que pueden caer bajo las prescripciones relativas a la culpa, en su caso. Y debe hacerse habitualmente, porque es en esta circunstancia que radica el peligro para la salud pública, que es lo que aquí se contempla, y no el peligro o daño particular.

Es también por eso que no importa que se practique esos actos gratuitamente, pues no se tiene en mira aquí la represión del lucro indebido.

En el in. 2.º puede concurrir conjuntamente con esta infracción el delito de estafa, y se prevé casos cuyo peligro para la salud pública es análogo a los del in. 1.º, pues si en éstos el peligro está en el tratamiento, que puede ser inadecuado o contraproducente, en aquéllos consiste en dejar que la enfermedad tome cuerpo y se vuelva tal vez incurable.

---





## Delitos contra el orden público

## CAPITULO XXII

245.—Consideraciones generales. Son delitos formales que excluyen la culpa. 246. — INSTIGACION A COMETER DELITOS. Se excluye la realización del delito. Su consumación. Su relación con la participación. Elementos materiales. Forma y medios de instigar. El delito como objeto. Redundancias y deficiencias de la ley. Penalidad. 247. — ASOCIACION ILICITA. Su relación con la codefiniencia. Su consumación. Se excluye la realización del objeto de la asociación. Elementos materiales. Forma de constituirse y carácter de la asociación. Número de asociados. Objeto de la asociación. Penalidad. 248. — INTIMIDACION PUBLICA. Elementos moral y material. Otros casos incluidos, no sin cierta impropiedad. Penalidad. 249. — APOLOGIA DEL CRIMEN. Su relación con la instigación a cometer delitos. Sus formas. Apología del condeñado. Su consumación y penalidad.

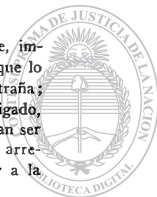
245.—Cuatro delitos contiene el título octavo, a saber: *instigación a cometer delitos; asociación ilícita; intimidación pública; apología del crimen*, todos ellos bajo la denominación común de *delitos contra el orden público*.

Es indudable que todos estos hechos importan alzamiento contra el orden social que la ley establece y tutela, y aun cuando alguno de ellos sólo de manera mediata amenaza los bienes jurídicos protegidos, es lo cierto que el orden y la tranquilidad públicos, a cuyo amparo los individuos gozan de ellos bajo la garantía de la ley y de la autoridad, quedan inmediatamente alterados, dando lugar a que la zozobra y la turbación reinen en los ánimos, por el peligro que los asecha.

Por lo demás, son delitos formales que excluyen la culpa y se configuran únicamente por el dolo, de manera que se diferencian tan sólo en lo referente a los elementos materiales.

246.—El primero de ellos, el de la *instigación a cometer delitos*, se consuma por la sola instigación, en vista del alza-





miento que un hecho semejante, efectuado públicamente, importa con relación al orden social establecido y a la ley que lo tutela, al mismo tiempo que el peligro privado que entraña; pero sin consideración a la efectividad del delito instigado, porque si éste fuere ejecutado, parcial o totalmente, podrían ser aplicables las disposiciones relativas al mismo delito, con arreglo a las reglas referentes a la participación criminal, y a la tentativa en su caso.

En tal caso quedará planteada la cuestión relativa a saber si hay o no concurso de delitos, cuestión resuelta de modo contradictorio por la casación y la precedente legislación italiana, y que Manzini y Civoli resuelven en sentido negativo (M. Cevolotto, "La Scuola Positiva", p. 316), en el mismo que la resuelven los códigos alemán y sanmarinense.

De suerte, pues, que de lo que aquí se trata, no es de una de las formas de participación previstas en el título VII de la parte general, sino de una instigación a delinquir, hecha en una forma especial, públicamente. Y al tomársela en cuenta en tal concepto, no se considera la naturaleza o gravedad del delito instigado, el que puede ser de acción pública o privada, bastando que se trate de un delito, ni que la instigación sea o no eficaz.

La instigación puede ser hecha directa o indirectamente, verbalmente, por escrito, gráficamente o de cualquier otra manera; mas ha de ser hecha en público, porque es únicamente a esa condición que queda afectado el orden público.

El art. 209 dispone que será penado con prisión de un mes a cuatro años, *según la gravedad del delito* y las demás circunstancias establecidas en el art. 41, el que *públicamente* instigare a cometer un delito *determinado contra una persona o institución*.

Son pues elementos materiales de este delito: la instigación; su forma pública; su objeto, que es la comisión de un delito determinado, contra una persona o institución.

La pena es también elástica, de manera a graduarla con arreglo a la naturaleza y circunstancias del delito. Es indudable, sin embargo, que el artículo ha sido mal redactado, y que deja impunes precisamente las instigaciones más temibles.

Ha sido mal redactado, porque están demás las palabras *determinado contra una persona o institución, y según la gravedad del delito, etc.*

La primera parte tiene el grave inconveniente de librar de represión la instigación más peligrosa, como es la de carácter gremial o sectario. Podrá, así, un agitador, aconsejar públicamente la muerte y la destrucción indeterminada de personas y cosas: un acto tan grave se hallará amparado por la impunidad que la ley le acuerda.

En la legislación comparada se habla de instigar a cometer un hecho punible, y nada más. La comisión de diputados expresa en su informe que ha procedido a fijar la limitación, modificando el proyecto de 1906, movida por el temor a los abusos contra la libertad individual y de propaganda, a que se prestaría la incriminación de una instigación a cometer delitos indeterminados, y en atención a que esas instigaciones dependen principalmente de los que escuchan, y no de los que ejercitan el derecho de difundir sus ideas, y a que, si a causa de esos excesos se cometiere desórdenes, deberían ser ellos reprimidos a título de simples faltas.

Confieso que no alcanzo a comprender tanta confusión de ideas, y es por cierto de lamentar que la comisión haya tenido tan poco acierto, tanto en esta reforma, en la de la tentativa al exigir la premeditación y en la supresión del delito contra el sentimiento nacional, proyectado por el Dr. Moreno, cuanto en la elección de las razones dadas para justificarlas, tan poco fundadas en doctrina jurídica.

Llamar libertad individual y de propaganda y derecho de difundir ideas, a la incitación a cometer hechos definidos como delitos por la ley, aunque en forma indeterminada; decir que una tal incitación criminal no es punible, porque siendo en forma indeterminada, el peligro radica más que en la incitación en las personas incitadas, y agregar que esos *excesos* sólo pueden ser reprimidos a título de *faltas, si produjeran desórdenes*, es decir cosas las más opuestas al recto criterio jurídico sobre lo que debe entenderse por derecho, sobre la naturaleza del delito de incitación y sobre los criterios de separación entre el delito y la falta.





La segunda parte carece de razón de ser, dada la regla contenida en el art. 41.

Constituye una excepción a la prescripción del art. 209, la disposición contenida en el 99 in. 1.°, por la que se reprime la mera instigación en el duelo, aunque no se la haga públicamente.

De la instigación como forma de participación, por lo demás, tratan los arts. 45 a 48, 83 y 99. Puede el art. 762 del código de justicia militar, y el t. I, n.° 28, letra (e).

247.—El segundo de dichos delitos, el de *asociación ilícita*, es el que el art. 210 reprime con reclusión o prisión de un mes a cinco años, como la asociación o banda formada entre tres o más personas para cometer delitos, y se perfecciona por la sola asociación, antes de que el criminal designio haya tenido un principio siquiera de realización; pues si esto sucediere, los culpables serían pasibles de la pena correspondiente al delito tentado o consumado.

Se trata, según se advierte, de un hecho que se relaciona con la codelinuencia, pero que se diferencia en que las reglas relativas a la participación requieren, para su aplicación, por lo menos un principio de ejecución del delito, requisito que en la asociación precisamente se excluye.

El código derogado legislaba esta materia en la parte general, como una forma especial de participar en uno o más delitos, y establecía para el caso, reglas que se apartaban de las normas generales; pero en todos los casos requería por lo menos un principio de ejecución del delito objeto de la asociación, de manera que la mera asociación quedaba impune, sujeta exclusivamente a medidas policiales de carácter preventivo.

La ley 4189 modificó en parte ese estado de cosas, al legislar la asociación ilícita como delito *per se*. Más la modificación comprendía sólo la banda, habiendo quedado como antes lo relativo al complot.

El código, siguiendo el ejemplo de los proyectos de 1891 y 1806, ha eliminado la asociación ilícita como forma especial de la codelinuencia; de tal manera que el complot y la banda se rigen, en lo referente a la ejecución del delito o delitos obje-



to de la asociación, por los preceptos comunes de la participación.

Así, pues, queda eliminado como delito por sí mismo el complot o asociación formada con el objeto de cometer un delito determinado, y se reprime como tal, únicamente la banda o asociación destinada a cometer delitos indeterminados; salvo lo dispuesto respecto de los delitos de *traición, rebelión y sedición*, en los arts. 216 y 233.

Tal es el alcance del art. 210, que importa una verdadera excepción al principio según el cual los actos preparatorios no son punibles.

Puede verse lo dicho en el tomo I ns. 35 y 167, y tenerse además en cuenta que la banda, como forma de codelinuencia, desempeña el papel de agravante calificativa en los arts. 166 in. 2.º, 167, in. 2.º, y 184 in. 4.º,

Puede verse además el informe del proyecto de 1891 en la pág. 99, donde se agrega que la responsabilidad de los asociados, ya sea con relación al hecho de asociación o la realización tentada o consumada de los delitos objeto de la asociación, se determinará en la práctica por la aplicación combinada de las reglas de la parte general y las de la parte especial. En el mismo sentido el informe del proyecto de 1906 en la pág. XLVI.

Son *elementos* materiales de esa infracción: una asociación; el número de los asociados, que deben ser tres por lo menos; su objeto, que ha de ser cometer delitos.

Es indiferente la forma de organizarse la asociación: por escrito, con o sin estatutos, verbalmente, con o sin gerarquía y disciplina, etc. Es igualmente indiferente que sea con carácter accidental o permanente.

El número de los asociados, que es por lo menos de tres en la ley, es de dos en Francia y Bélgica y de cinco en Italia. Al mismo tiempo que una condición del delito, es de tenerse en cuenta como agravante, cuando fuere considerable, en la fijación de la pena. El mismo papel desempeña la circunstancia de hacer uso de elementos de destrucción o de pánico, de armas, etcétera.

El objeto, como ya se ha dicho, ha de ser cometer delitos indeterminados, porque es sólo a esa condición que la asocia-

ción por sí misma constituye un verdadero peligro para la estabilidad del orden social, y es lo que distingue esta asociación del complot, el que, por lo mismo que tiene por objeto cometer un delito de terminado, es una asociación accidental, en tanto que la de que aquí se trata es por lo regular de carácter permanente, sin excluirse, sin embargo, las de carácter temporal. Puede verse Crivellari, t. VII págs. 35 y 54.

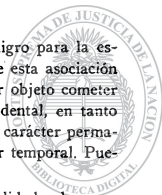
Era antes más común circunscribir la penalidad a las asociaciones destinadas a cometer delitos contra las personas y el patrimonio, que es en verdad en el terreno que operan y han operado siempre.

248.—El tercero, el de *intimidación pública*, consiste, según el art. 211, en infundir temor *público*, o en suscitar tumultos o desórdenes; haciendo estallar bombas o materias explosivas o colocándolas con tal fin, dando gritos de alarma, haciendo señales, o amenazando con un desastre de peligro común. La pena es de un mes a dos años de prisión.

Es un delito cuyo elemento moral se halla representado por el propósito de infundir un temor *público*, o suscitar tumultos o desórdenes, y cuya materialidad se encuentra formada por alguno de los medios de que el culpable se vale para conseguir su criminal intento, y que el artículo especifica.

Incluye la ley en el art. 212, con la pena de seis meses a tres años de prisión, bajo el mismo rubro de *intimidación pública*, hechos cuya represión tiene en mira un objetivo distinto, cual es el de prevenir atentados tan serios y graves como los que se producen por medios aptos para causar estragos, haciéndose aquí, como en la asociación ilícita, una nueva excepción al principio que prohíbe reprimir los actos preparatorios.

Algunos de esos actos, en verdad, no constituyen propiamente actos preparatorios, y se los reprime únicamente en consideración al gravísimo peligro que entrañan. Tales los comprendidos en los últimos incisos, y que consisten en *propagar por cualquier medio* los procedimientos para causar incendios o estragos y para fabricar los materiales destinados a producirlos, o en *propagar* los medios de causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos.





Otros sí constituyen actos preparatorios por su naturaleza, aunque sólo de modo relativo por la intención. Son los previstos en el in. 1.º: fabricar, vender, transportar o conservar explosivos, o instrumentos o materiales dedicados a su fabricación, susceptibles de causar *estragos, sin permiso de la autoridad*.

Las palabras y frases subrayadas dan el sentido y alcance de la disposición legal, tomada de la ley 7029, dictada como consecuencia de los atentados terroristas de triste recuerdo entre nosotros, como fueron el que ocasionó la muerte del coronel Falcón, jefe de policía, y su secretario, el atentado del teatro *Colón*, y otros.

También la huelga ferroviaria de 1817-1818 ha logrado poner de nuevo en el tapete la cuestión del terror como medio de lucha gremial y de clase.

Puede verse el art. 724 del código de justicia militar, y el t. I, n.º 28, letra (e).

**249.**—El cuarto de los delitos comprendidos en este título es el de la *apología del crimen*, del que cabe decir lo que se dijo del de instigación a cometer delitos, toda vez que participa en general de los mismos caracteres, a tal punto que en algunos códigos, el italiano por ejemplo, *figura como una nueva forma del de instigación*. Con todo, aún cuando en principio la apología del crimen importa una instigación mediata e indirecta, no siempre es ésta la intención del culpable, por lo que se ha procedido correctamente al darle colocación aparte.

Puede ser, como la incitación, directa o indirecta, escrita, verbal, gráfica, o de cualquier otra clase, pero ha de ser pública, porque sólo a esa condición queda afectado el orden público.

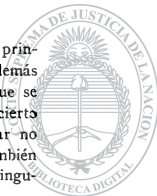
El delito puede ser cualquiera, tanto de acción pública como de acción privada, y la apología queda consumada como infracción por sí misma, sin consideración a los efectos que puede producir.

El art. 213 reprime, con prisión de un mes a un año, al que *públicamente* y por *cualquier medio* hiciere la apología de un delito o de un condenado por delito.

Son, entonces, condiciones materiales de este delito: la apología de un crimen o de un condenado; su forma pública.

Aún cuando la apología del delincuente importe en principio la del delito, hecho en forma indirecta, no está demás alejar toda duda al respecto. Lo que no se explica es que se limite la represión a la del condenado, pues si bien es cierto que el simple encausado podría ser absuelto, por resultar no revestir carácter delictuoso la acción imputada, podría también serlo en virtud de una razón de carácter particular, sin ninguna relación con la naturaleza del hecho.

Me remito a la observación que, sobre la conveniencia del agregado, hice al doctor Moreno en la carta publicada juntamente con el proyecto en la pág. 289.





**Delitos contra la seguridad, y que comprometen la paz  
y dignidad de la nación**

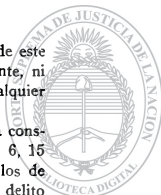
**CAPITULO XXIII**

250. — Gravedad del delito de TRAICION. 251. — La traición según la constitución. Falta de concordancia del código con la constitución. 252. — La traición según el código. Condiciones materiales y morales. Es un delito formal. 253. — Casos que se declara comprendidos. 254. — Represión de la mera conspiración. Causa especial de exención de pena. 255. — Agravantes calificativas. 256. — Penalidad. 257. — **DELITOS QUE COMPROMETEN LA PAZ Y LA DIGNIDAD DE LA NACION.** Son delitos que en principio son formales y excluyen la culpa.

250. — Grave asunto el que se relaciona con la dignidad, la paz y la seguridad de la nación, siendo entre los delitos personales (véase el t. I n° 53 el sentido en que está usada aquí esta palabra) el de *traición* el que ocupa el lugar prominente designado al homicidio entre los personales. Del punto de vista objetivo, porque tiende a destruir la existencia del estado como entidad independiente, y del punto de vista subjetivo, porque entraña un designio en la pública opinión tenido como el que mayor deshonor refleja sobre el individuo. Ser traidor a la patria, vale tanto políticamente, como socialmente ser el matador de su propia madre. Ningún crimen más abyecto, ningún título más legítimamente adquirido a la infamia, únicamente reservado al traidor por la constitución en sus arts. 29 y 103. Para él el odio y el desprecio de sus copatriotas; para él el desprecio unánime de propios y extraños, aún de los favorecidos por la vileza de su conducta.

251. — “La traición contra la nación, dice el art. 103 de “la constitución, consistirá *únicamente* en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos, prestándoles ayuda y so-





"corro. El congreso fijará *por una ley especial* la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la *infamia* del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado."

Es este uno de los delitos cuya definición ha dado la constitución; los otros son los de esclavitud y sedición (arts. 6, 15 v 22), y el del art. 29, incluido por la ley penal entre los de rebelión (art. 227). Y al definirlo, ha expresado que el delito consistirá *únicamente* en los actos que puntualiza, y ha agregado que la pena será fijada por una *ley especial*.

Pues bien: no solamente se ha legislado sobre este delito en una ley general de carácter común, sino que se ha alterado la definición constitucional, al fijar como condiciones distintas el acto de unirse al enemigo y el de prestarle ayuda o socorro, diciendo "unirse a sus enemigos, o prestarles ayuda o socorro", mientras que la constitución los ha unificado reduciéndolos a una sola condición al decir, "*unirse a sus enemigos, prestándoles ayuda o socorro*".

La modificación, por lo tanto, es inconstitucional.

Claro está, por lo demás, que prestar ayuda o socorro al enemigo importa unirse a él.

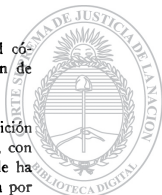
El vocablo *únicamente* empleado por la constitución, importa, según González (J. V.), impedir el abuso del poder contra la libertad, tal como aconteciera en épocas pasadas.

Hay aún más, y es que el senado introdujo una enmienda inversa, cuya trascendencia a nadie puede pasar desapercibida.

Inversa, digo, porque si el proyecto de diputados amplió el concepto constitucional, convirtiendo en dos casos distintos, cada uno con una sola condición, el que la constitución prevé como uno con dos condiciones, el senado restringió las calidades del agente, expresando que únicamente será reo de traición el argentino o la persona que deba obediencia a la nación por razón de su *empleo o función pública*.

En cuanto a que la pena ha debido fijarse en una ley especial, nada he encontrado que explique el por qué de su alcance.

En González (J. V.) ("Manual de la constitución argentina"), se hace mención de la ley federal de 1863 y del código penal militar que legislan este delito, en forma que pareciera no



ser un inconveniente que su legislación sea incluida en el código penal. En el mismo sentido en cuanto a la inclusión de la ley de quiebras en el código de comercio.

**252.** — El código reproduce en el art. 214 la definición que del delito de traición da la constitución en su art. 103, con la modificación anotada, y la aclaración de que el culpable ha de ser argentino o persona que deba obediencia a la nación por razón de su empleo o función pública.

La primera condición material del delito, por consiguiente, consiste en la calidad política del agente: la segunda es la de tomar armas contra la nación, o unirse a sus enemigos, pres-tándoles ayuda o socorro.

Esta segunda condición supone un estado de guerra, o por lo menos un estado de ruptura de relaciones y de hostilidad tales, que sea del caso considerar a la otra nación como *enemiga* : como probable una declaración de guerra. No es, por lo tanto, indispensable, que la guerra se haya producido y que el sindicado haya practicado un acto de hostilidad bélica; basta el alistamiento bajo banderas enemigas con ánimo ostensible de correr su suerte o de prestar ayuda o socorro uniéndose al enemigo, aun cuando la guerra, que aparece como probable, no haya sido aún declarada. Ver Crivellari t. V, p. 79.

Unirse al enemigo importa producir un acto formal y efectivo de adhesión a su causa, que no sea el de tomar las armas contra la nación, pero que represente una ventaja para aquél, de cualquier naturaleza o importancia. Una simple adhesión espiritual que no quite ni ponga rey, no podría ser objeto de represión por falta de materia objetiva, o sea el peligro para la seguridad de la nación: la unión, en consecuencia, ha de ser por prestación de ayuda o socorro.

Ahora bien; la prestación de ayuda o socorro puede ser positiva o negativa, y de cualquier naturaleza o importancia, siempre que se aporte algo efectivo al enemigo, o se reste a la nación un aporte o ventaja. La ley federal de 1863 especificaba la ayuda o socorro, diciendo que podía consistir en facilitar o *procurar facilitar* al enemigo la entrada en el territorio nacional, el progreso de sus armas, o la toma de una plaza, puerto militar, buque de estado o almacén de municiones de buque o guerra; en suministrar voluntariamente a las tropas ene-



migas, caudales, armas, embarcaciones, efectos o municiones, u otros medios *directos* para hostilizar a la nación; en reclutar y levantar gente dentro del territorio nacional para el servicio de una potencia enemiga; en seducir las tropas de la nación para engrosar las filas enemigas, o informar a los *jefes* enemigos con planos y noticias conducentes a facilitar las hostilidades; en impedir a las tropas nacionales reciban en tiempo de guerra los auxilios y noticias indicados en los casos segundo y tercero.

Estos actos, suprimidas las palabras subrayadas y otros análogos, como el de impedir que los ciudadanos se alsten en las tropas nacionales, y los previstos en el art. 222, cuando la revelación se hiciere al enemigo y se relacionare con los medios de defensa nacional, son actos de ayuda o socorro que caen bajo la acción de la ley.

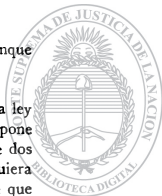
El delito, por lo tanto, aunque formal, dado que no es menester que la ayuda o socorro sea eficaz, requiere la comisión de actos capaces de comprometer la seguridad de la nación, viniendo de tal suerte a quedar constituida la objetividad jurídica del delito, por la mera posibilidad del perjuicio.

Con relación al elemento moral, por lo demás, cabe decir que es éste uno de tantos delitos que excluye la culpa, y en el que el dolo consiste en la conciencia de que el acto que se realiza tiende a comprometer la seguridad nacional.

Puede verse, en cuanto a lo militar, lo que dispone sobre el particular el código de la materia en sus arts. 753 y siguientes, y en el 824 y el 830, lo que debe entenderse por *estado de guerra* y por *enemigo*.

**253.** — Quedan equiparados por el art. 218 a los actos comprendidos en el 214, los ejecutados contra una potencia aliada con la república, en guerra con un enemigo común.

La razón de la equiparación no es de las que necesitan ser puestas a la vista, no obstante la limitación impuesta por la constitución al declarar *únicamente* comprendidos en la definición del delito de traición los actos que ella expresa; la equiparación cabe sin violación del precepto constitucional, puesto que en él no se ha establecido que los actos de ayuda o socorro, ni aún el de tomar las armas contra la nación, han de ser directos. Y es indudable que ayudar o socorrer al enemigo común en guerra



con una potencia aliada, importa a todas luces atentar, aunque indirectamente, contra la seguridad de la nación.

**254.**—Una de las características de este delito es que la ley reprime algo más que la mera preparación. Es así como impone pena a todo aquel que tomare parte en una *conspiración* de dos o más personas para cometer el delito de traición en cualquiera de los casos comprendidos en los arts. 214 y 215, siempre que fuere descubierta antes de empezarse su ejecución. Puede sin embargo librarse de la pena revelando la conspiración a la autoridad, antes de haber empezado el procedimiento (arts. 216 y 217), a lo que habrá que agregar: “y de ser descubierta, señalándolo él”.

La represión de la sola conspiración, tratándose de un delito de semejante gravedad, se justifica plenamente.

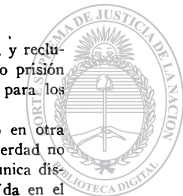
Esta disposición, como la del art. 233 (*rebelión y sedición*), importa extender al *complot* la represión establecida en el 210 para la banda.

En cuanto a la causa de exención especial de pena que crea el art. 217, no hay para qué decir que es de la mayor utilidad, puesto que importa arbitrar un medio de evitar en lo posible la realización del delito.

**255.**—Como circunstancias agravantes calificativas que hacen procedente la aplicación de la pena máxima de prisión o reclusión perpetua, fija el art. 215 la de cometer el delito previsto en el art. 214, ejecutando un hecho dirigido a someter total o parcialmente la nación al dominio extranjero, o a menoscabar su independencia o integridad, o induciendo o decidiendo a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la república.

No son, en consecuencia, casos de traición distintos a los previstos en el art. 214, como que en virtud de la limitación impuesta en el art. 103 de la constitución no podría serlo en manera alguna. Son circunstancias que deben ir acompañadas de alguno de los actos constitutivos del delito de traición, o sea del de tomar las armas contra la nación, o del de unirse al enemigo, prestándole ayuda o socorro.

**256.**—Las penas que la ley impone, fuera del caso de las agravantes a que acaba de hacerse referencia, son: reclusión o



prisión de uno a ocho años para la mera conspiración, y reclusión o prisión de diez a veinticinco años o reclusión o prisión perpetua, y además inhabilitación absoluta perpetua, para los demás casos.

“Siempre que el hecho no se halle comprendido en otra disposición de este código”, agrega el art. 214, y en verdad no se comprende a qué viene ese agregado, dado que la única disposición que se relaciona con este delito es la contenida en el art. 222, cuya aplicación no procede si la revelación del secreto concierne a los medios de defensa nacional y se la hace al enemigo de la nación, pues un acto semejante importaría unirle a él, prestándole una ayuda de consideración.

El art. 214 pone en manos del juez un doble juego de penas para reprimir el delito de traición, como no lo ha hecho con ningún otro. Puede él elegir, entre reclusión o prisión, a perpetuidad o *pro tempore*. Queda el delito así equiparado, o al homicidio simple, en cuanto le asigna las penas antedichas con un máximo de veinticinco años, o al calificado por circunstancias agravantes, en cuanto puede aplicársele esas mismas penas a perpetuidad. En el primer caso, sin embargo, se le considera más grave, pues el mínimo sube de ocho a diez años, en tanto que se le considera menos grave en el segundo, puesto que puede imponerse reclusión o prisión, siendo así que en el homicidio sólo se aplica reclusión (art. 80).

257—En el capítulo segundo se legisla sobre *delitos que comprometen la paz y la dignidad de la nación*, denominación insuficiente, puesto que algunos de ellos, como los previstos en los arts. 222 y 224, se hallan constituidos por actos que lo que comprometen es la seguridad de la nación. Estos delitos son en principio formales.

El primero de dichos delitos, que el art. 219 reprime con prisión de uno a seis años, es el que comete el que, por actos hostiles *no aprobados por el gobierno nacional*, diere motivo al *peligro* de una declaración de guerra contra la nación, expusiere a sus habitantes a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes, o alterare las relaciones amistosas del gobierno argentino con un gobierno extranjero.

Si de dichas hostilidades resultare la guerra, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión.



Salvo lo tocante a la alteración de relaciones, basta con el elígelo de una declaración de guerra, o de que los habitantes sufran vejaciones o represalias.

Otro de esos delitos, que lo que directamente compromete es la dignidad nacional, es el que consiste en violar los tratados concluidos con naciones extranjeras, las treguas y armisticios acordados entre la república y una potencia enemiga, o entre sus fuerzas beligerantes de mar o tierra, o los salvoconductos debidamente expedidos; delito que el art. 220 reprime con prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena reprime el art. 221 al que violare las inmunidades del jefe de un estado o del representante de una potencia extranjera, delito que también compromete directamente la dignidad de la nación.

Con reclusión o prisión de uno a seis años reprime el art. 222 al que revelare secretos políticos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la nación, como así mismo al que obtuviere la revelación del secreto.

Este delito, que lo que compromete no es la paz ni la dignidad, sino la seguridad de la nación, como ya se ha hecho notar, quedará comprendido en la disposición del art. 214, si la revelación concierniere a los medios defensivos y fuere hecha a los enemigos de la nación, porque importaría prestarles una ayuda cuya importancia a nadie se oculta.

Si el culpable estuviere en posesión del secreto en virtud de su empleo u oficio, y lo diera a conocer por culpa o imprudencia, la pena será de prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo (art. 223).

Por el art. 224 se reprime, con prisión de seis meses a dos años, al que *indebidamente* levantara planos de fortificaciones, buques, establecimientos, vías u otras obras militares, o se introdujere con tal fin *clandestina o engañosamente* en dichos lugares, cuando su acceso estuviere prohibido al público.

En este delito, llamado de *espionaje* y que lo que compromete es la seguridad de la nación, según también se hizo notar antes, no se consulta el fin que el culpable se hubiere propuesto. Puede verse los arts. 758 y 762 del código de justicia militar, y el t. I, p. 28, letra c).

Y termina el capítulo con el art. 225, por el que se reprime, con reclusión o prisión de tres a diez años, pena la más severa de todas las impuestas en el capítulo, al encargado por el gobierno argentino de una negociación con un estado extranjero, que, *apartándose de sus instrucciones*, la condujere de un modo perjudicial a la nación.

En este caso el móvil, por sano que sea, que lo haya llevado a apartarse de las instrucciones recibidas, conñado en obtener éxito más favorable, únicamente podrá servirle de atenuante, pero no lo eximirá de responsabilidad.

Al terminar, es oportuno decir que, salvo el caso del art. 223, estos delitos excluyen la culpa.





## Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional

## CAPITULO XXIV

258. — En lo que consiste el delito de REBELION. 259. — Carácter del alzamiento en armas. El delito es colectivo y formal. La tentativa. 260. — Elemento intencional. El dolo es premeditado. La culpa. Enumeración de los fines. Diferencias con la sedición. Otros casos considerados como de rebelión. Penalidad. 261. — El delito de SEDICION. Diferencias con la rebelión. Consideraciones sobre ésta que le son aplicables. El cambio de las constituciones de provincia. Penalidad. Impunidad de estos delitos. 262. — DISPOSICIONES COMUNES. Represión de la mera conspiración. Represión de otros actos preparatorios. Intimidación a disolverse. Error de la ley al referirse sólo a la autoridad nacional. Exención de pena para los meros ejecutores y penalidad de los directores o promotores. Penalidad de los funcionarios públicos, comprometidos, o que no hubieren resistido por todos los medios a su alcance. Regla aplicable al concurso de delitos.

258.—En este título se legisla sobre los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, materia que se divide en tres capítulos: el primero dedicado al delito de rebelión, el segundo al de sedición y el tercero a las disposiciones comunes a ambos delitos.

La necesidad de que la ley penal proteja la estabilidad y el libre y regular funcionamiento de los poderes públicos, y el mantenimiento y la observancia del orden constitucional, por medio de adecuadas medidas represivas, es algo que por evidente no requiere demostración.

Consiste el delito de *rebelión* en alzarse en armas con alguno de los propósitos enumerados en el art. 236, por lo que se ve que comprende dos partes: una material, constituida por el alzamiento en armas; otra moral, consistente en el propósito de conseguir alguno de los resultados a que se refiere el citado artículo.



Se relacionan con esta materia los arts. 23, 67 inc. 26º y 86 inc. 19º de la constitución, y es digno de señalar la particularidad de que la misma no haya definido el delito de rebelión, habiendo sin embargo definido los de traición y sedición.

**259.**—El *alzamiento* en armas, dada la naturaleza de cualquiera de los fines que la ley expresa, supone necesariamente la pluralidad de agentes.

Surge de lo dicho una primera observación: la de que la rebelión es un delito de muchos, plural, colectivo.

Otra de las consecuencias que nace de esa circunstancia. es que el *número* de los rebeldes y las *armas* han de ser tales, que impliquen la posibilidad al menos del logro del propósito, y no importe una ridícula parodia.

Una consecuencia más: el acto tumultuario supone una *organización* previa; directores y ejecutores. Alzarse en armas, por consiguiente, vale tanto como levantarse colectiva, ostensible y públicamente contra la autoridad, para disputarle en todo o en parte el ejercicio del poder, mediante el empleo de la *fuerza*.

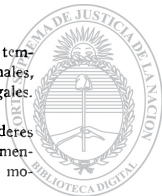
Ser rebelde es ser insurrecto: rebelarse es sublevarse. No puede haber rebelión donde ni el gobierno ni las instituciones nada tienen que temer; donde no es menester mover fuerzas; donde bastaría la intervención corriente de unos pocos agentes de policía.

Cabe hacer notar, finalmente, que no requiriendo la ley más que el alzamiento en armas, sin atender a que se consiga el resultado propuesto, se trata de un delito formal que excluye la tentativa.

No hay, pues, un eslabón intermedio en la cadena del delito, que una su preparación con su consumación: cualquier acto de ejecución importa su consumación. En cambio se reprime la sola conspiración respecto de los promotores o directores del movimiento, según se verá más adelante al considerar las disposiciones comunes.

**260.**—Por el lado del elemento moral se advierte que se requiere un *dolo premeditado*, lo que excluye la *culpa*, y que el *móvil* debe responder: a cambiar la constitución; a deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional; a arran-





carle alguna medida o concesión, o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales, o su formación o renovación en los términos y formas legales. (Art. 226).

El movimiento debe entonces ir dirigido contra los poderes nacionales, particularidad que establece la primera y fundamental diferencia entre éste delito y el de sedición, en el que el movimiento debe ser por definición de carácter provincial.

Los hechos enunciados se hallan previstos por la constitución en sus arts. 6 y 22, del punto de vista de la sedición.

En cuanto a los poderes, cabe observar, con relación al *congreso*, que bastará que el movimiento vaya dirigido contra una de sus ramas, dado que, tratándose de una unidad, la otra no podría funcionar sola constitucionalmente.

La ley fija en prisión de uno a cinco años la pena para este delito; margen suficientemente amplio, que permite adaptar la represión a la diferente gravedad del delito, la que en este caso es por demás variable.

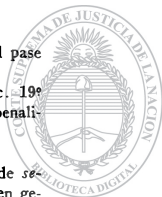
Equipara luego la ley al delito de rebelión, dos series de actos que en realidad no podrían quedar comprendidos en el concepto clásico de este delito.

El primero se halla previsto en el art. 227, y no es otra cosa que el contenido del art. 29 de la constitución.

“Serán reprimidos, dice el código, con las penas de los traidores, los miembros del congreso que concedieren al poder ejecutivo nacional, y los miembros de las legislaturas provinciales que concedieren a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, la suma del poder público, o sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o los bienes de los argentinos queden a merced de algún gobierno o de alguna persona”.

La larga y cruenta tiranía de Rosas, levantada y mantenida sobre la base de la suma del poder público acordado por la legislatura, explica suficientemente el origen y la razón de este precepto constitucional.

El segundo es el art. 228, por el que se reprime el acto de ejecutar o mandar ejecutar decretos de los concilios, bulas, breves y rescriptos del Papa, que para su cumplimiento necesitan del pase del gobierno, con prisión de seis meses a dos años



si no se lo hubiere solicitado, y de uno a dos años si el pase hubiere sido denegado.

Se relaciona esta materia con la de los arts. 67 inc. 19º y 86 incs. 8º y 9º de la constitución, y la diferencia de penalidad no se explica suficientemente.

**261.**—El otro delito legislado en este capítulo es el de *sedición*, al que le son aplicables las consideraciones de orden general hechas respecto al de rebelión, y el cual se diferencia de este último, en que comprende actos de jurisdicción provincial. Exceptuase únicamente el caso previsto en el art. 227 en cuanto a los gobernadores, incluido en la rebelión, y el de que los actos pasen en jurisdicción de las autoridades de territorios federales, caso que ha sido incluido, a la inversa, en la sedición, por ser ellas, según expresa el informe del proyecto de 1891, como las de provincia, de carácter local. Así mismo el del art. 230 inc. 2º, referente a leyes nacionales o resoluciones de autoridades nacionales.

Consiste este delito fundamentalmente, según el art. 229 que lo reprime con prisión de uno a tres años: en alzarse en armas para cambiar la constitución local o deponer alguno de los poderes públicos de una provincia o territorio federal; en arrancarle alguna medida o concesión, o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades legales, o su formación o renovación en los términos y formas establecidas en la ley.

Además de tales actos, constituye sedición armar una provincia contra otra, todo *sin rebelarse contra el gobierno nacional*, porque en tal caso, como lo expresa el verbo, habría rebelión.

El informe del proyecto de 1891 explicaba que no se incluía el caso del cambio de las constituciones provinciales, que preveía el código derogado, porque si el objeto fuese alterar la forma republicana representativa, sería caso de rebelión, y si su objeto es otro, habrá simple sedición, o en su defecto atentado contra la autoridad, según el caso. “Además, agregaba, cualquiera de estas circunstancias que concurra, si el hecho no “constituye rebelión ni ha habido derrocamiento de las autoridades legales, no es grave, porque sus consecuencias pueden “ser fácilmente evitadas mediante la intervención del gobierno



“nacional, conforme a los arts. 5º y 6º de la constitución”. Y así pasó en diputados, pero el senado, oyendo la observación que formulé al respecto, incluyó el caso.

Por lo demás, la definición del delito de sedición hecha en el art. 229, es la contenida en los arts. 6 y 109 de la constitución.

Bueno es hacer notar, que tanto este delito como el de rebelión, por obedecer a móviles políticos, muchas veces justos y bien inspirados, son delitos de impunidad; ya sea porque los que se alzan triunfan, y entonces resultan a veces hasta héroes, cuya memoria se perpetúa en monumentos que hablan a las gentes de la necesidad de ciertas rigideces legales, o porque los vencidos obtienen casi siempre una ley de olvido.

Cometen también sedición, según el art. 230, y sufrirán prisión de un mes a dos años: los individuos de una fuerza armada o reunión de personas que, atribuyéndose los derechos del pueblo, peticionen en su nombre (art. 22 de la constitución); los que se alzan públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales, o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales, *cuando el hecho no constituya delito más severamente penado*, en cuyo caso procede aplicar la disposición del art. 236, que manda tenerse presente lo establecido para el concurso de delitos.

**262.** — Como *disposiciones comunes* a ambos delitos enumera la ley en el capítulo tercero las siguientes:

a) La sola *conspiración* es punible, si bien únicamente con relación a los promotores o directores y con la cuarta parte de la pena. (Art. 223).

Hay que ver en esto un acto meramente preparatorio erigido en delito por sí mismo, a cuya punición escapan los meros ejecutores, por razones que no es menester hacer resaltar.

Hay aquí, como en el delito de traición, una ampliación al complot, del principio relativo a la banda consagrado en el art. 210.

b) Se reprime con la mitad de la pena el *acto preparatorio*, más grave por cierto que el anterior, de seducir tropas, usurpar su mando, el de un buque de guerra, de una plaza fuer-

te, o de un puesto de guardia, o de retener ilegalmente un mando político o militar, para cometer rebelión o sedición.

Claro está que en estos casos puede haber concurso de delitos: el previsto y el de carácter militar.

En los arts. 231 y 232 se establece una disposición aún más excepcional que las contenidas en los arts 233 y 234.. En ellos se dispone, que luego que la rebelión o la sedición se manifieste, sin haberse hecho uso de las armas todavía, la autoridad nacional más próxima intimará hasta dos veces a los sublevados, que se disuelvan o retiren, y, si transcurrido un tiempo prudencial, no lo hicieren, hará uso de la fuerza. En caso contrario, si no se hubiere causado otro mal que el de la perturbación momentánea, se reprimirá únicamente a los promotores o directores con la mitad de la pena.

De la autoridad nacional habla únicamente la ley, como si los gobiernos de provincia no pudiesen hacer uso de la policía para resistir y sofocar un movimiento sedicioso, no obstante lo que prescribe la constitución en sus arts. 6, 67, ins. 23º y 24º, 86 ins. 15º, 16º y 17º, y 108.

Esta exención de pena para los meros ejecutores, y esta disminución de pena para los directores y promotores, por el solo hecho de acatar la orden de disolución dada por la autoridad, encontrándose el delito consumado, importa una verdadera y rara excepción a los principios generales, cuya explicación da Rivarola, diciendo que hay en ello conveniencia y justicia en no encarcelar gran número de ciudadanos, y en no reprimir hechos que constituyen verdaderas tentativas sin mayor trastorno al disolverse aquellos, y que pueden en algunos casos obedecer a móviles elevados.

Dispone el art. 235 que se impondrá además inhabilitación especial por doble tiempo a los funcionarios públicos que hubieren intervenido como promotores o ejecutores, y que se impondrá a los mismos la misma pena de uno a seis años, cuando no hubieren resistido la rebelión o sedición por todos los medios a su alcance, hecho que excluye el caso de verdadera complicidad comprobada, en el que se aplicarían las disposiciones pertinentes, y que constituye uno de los casos de delitos de inacción, previstos algunos de ellos, además, en los arts. 108, 248 a 250, 274 y 277 inc. 6º.



Manda, finalmente, el art. 236, que para el caso de cometerse al mismo tiempo otro delito, se aplique las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles, disposición que, aunque ha podido no incluirse, no está demás, a mayor claridad.

Puede verse, finalmente, el art. 614 del código de justicia militar.





### DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

#### Consideraciones generales

La administración pública, que no es otra cosa que el funcionamiento del órgano del gobierno, llamado autoridad, ha menester estar rodeada de una serie de previsiones encaminadas, por una parte a asegurar a los funcionarios y empleados, que la representan en vasta y compleja organización, la más absoluta libertad en el desempeño del cargo y el respeto y acatamiento a sus resoluciones y a sus actos, y por otra a evitar los perjuicios que para la administración pueden venir del abuso y mal desempeño de los mismos.

Y esas seguridades no puede darlas sino la ley penal, erigiendo en *delitos contra la administración pública* todos aquellos hechos contrarios a los fines y necesidades de su existencia y regular funcionamiento.

Esos atentados vienen unas veces del funcionario mismo, por omisión de sus deberes, extralimitación de sus facultades, o casos de inconducta notoria, como en el *abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios*, en las *negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, las *exacciones ilegales* y la *denegación y retardo de justicia*; otras del mismo o de particulares, como en la de *usurpación de autoridad, títulos y honores, la violación de sellos y documentos, el cohecho, la malversación de caudales públicos, el prevaricato, el encubrimiento y la evasión o soltura de presos*; otras, en fin, de simples particulares, como en el *atentado, resistencia y desacato a la autoridad*, y el *falso testimonio*.





Unas veces el delito afecta directamente al funcionario o indirectamente a la función, como en el *desacato* y el *cohecho*; otras a la inversa, como en la *resistencia a la autoridad*, el *abuso de autoridad*, etc. Unas veces la administración es la que sufre las consecuencias, como en general en la *malversación de caudales públicos*, otras son los particulares, como en las *exacciones*, etc.

Son, por lo demás, delitos que excluyen la culpa, si se exceptúa el de *malversación de caudales públicos*, el de *violación de sellos y documentos* y el de *evasión de presos*, y que no requieren para su perfección la realización del propósito del culpable, en cuyo sentido pueden ser considerados en principio formales.

En cuanto a lo que debe entenderse por *funcionario público*, término de uso especial y frecuente en este título, cabe recordar lo que sobre el particular dispone el art. 77, cuando dice, que con los términos de funcionario o empleado público se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. Quedan, por lo tanto, comprendidos, tanto los del orden administrativo, en su sentido estricto, o judicial, cuanto los miembros de las asambleas deliberantes, así nacionales como provinciales y municipales.





## Atentado, resistencia y desacato a la autoridad

263.—Consideraciones generales. Caracteres comunes. Objetividad de estos delitos. Funcionario público. Son delitos formales. La tentativa. La culpa. 264. — En lo que consiste el delito de ATENTADO. 265 — Examen de sus condiciones. Lo que debe entenderse por funcionario público. La amenaza justa e inidónea. Momento de plantear la exigencia. Ejecución u omisión. Acto propio de la función. 266. — Agravantes calificativas. Omisión. 267. — RESISTENCIA. Condiciones. Puntos de contacto y diferencias con el atentado. Funcionario, el particular, la finalidad del acto. 268. — Disposiciones comunes. Ejercicio ilegítimo de la función. 269. — Casos especiales, leyes orgánicas y reglamentos legislativos. Disposiciones constitucionales que se relacionan con esos casos. 270. — DESACATO. Analogías y diferencias con el atentado y la resistencia. 271. — Las leyes orgánicas y de procedimiento. 272. — Error en el proyecto de exigir como condiciones conjuntas las que deben ser alternativas. 273. — La calumnia no queda incluida. La amenaza. 274. — La prueba de la verdad o notoriedad del hecho o cualidad atribuida. Concordancia de los arts. 245 y 111, 275. — Agravantes calificativas.

263.—Figuran en primer término entre los delitos contra la administración pública, los de atentado, resistencia y desacato a la autoridad, delitos que tienen de común, que la persona sobre la que recae la acción debe revestir el carácter de funcionario público, pues es la autoridad y no la persona del funcionario lo que constituye la objetividad jurídica del delito, y además que la acción ha de relacionarse directamente con el ejercicio de dicha autoridad. Quedan pues excluidos aquellos actos que afectan o la persona del funcionario, por un concepto extraño al expresado.

En las *consideraciones generales*, hechas sobre los delitos contra la administración pública, se hace notar que son delitos éstos para cuya perfección no se requiere el logro de lo que el culpable se haya propuesto: basta con el empleo de la violencia, la resistencia, la desobediencia, la injuria, el reto a duelo o



la amenaza. Se trata, en consecuencia, de *delitos formales*, que excluyen *la tentativa*.

Son asimismo delitos intencionales, que excluyen *la culpa*.

“Lo que, en el proyecto, dice por lo demás el informe del” de 1891, caracteriza el atentado o resistencia contra la autoridad, es el propósito de impedir el libre ejercicio de las funciones propias de ella. Cuando la ofensa hecha al funcionario” no es, por su naturaleza u oportunidad, capaz de influir en” los actos oficiales que la motivan, no hay atentado ni resistencia contra la autoridad: sólo hay ataque a la dignidad o” decoro del funcionario, es decir, sólo hay desacato”.

**264.** — Comete *atentado* contra la autoridad, y será reprimido con prisión de un mes a un año, dice el art. 237, “el que” empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público, o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle” la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones”.

**265.** — Son *condiciones* propias de este delito: la calidad, en el sujeto pasivo, de funcionario público o de persona que le preste asistencia en las condiciones expresadas en el número precedente; la exigencia de la ejecución o de la omisión de un acto propio de sus funciones; el empleo de violencia.

Por *funcionario público* debe tenerse, aquí, aparte de lo dicho en las *consideraciones generales*, a toda persona que tiene autoridad propia para resolver por sí lo que es materia de la exigencia. La equiparación recordada del particular, se explica por sí sola.

Y no solamente el funcionario que ejerce originariamente la autoridad, sino el que la ejerce por delegación. Así el juez y el alguacil, el jefe de policía y el vigilante. Mas no todos los que *participan* en el ejercicio de la función, porque se incurriría en el error de incluir a los meros auxiliares o amanuences.

La *violencia* puede ser física (fuerza) o moral (intimidación). Quedan pues excluidos otros medios, como la astucia, el engaño, etc.

Tratándose de la amenaza, ha de examinarse si es justa o no: no habrá delito si estuviere legalmente autorizada. Tal la



advertencia que hiciera una parte al juez, de irse en queja al superior si no le resuelve el asunto dentro de los nuevos términos señalados, una vez vencidos los originarios.

Debe también ser seria y adecuada: una violencia pueril, incapaz de intimidar, inidónea en absoluto, no caracterizaría este delito.

La exigencia debe proponerse al funcionario antes que éste haya tomado al respecto resolución alguna, positiva o negativa, pues si tuviese ella por objeto impedir el cumplimiento de una resolución ya tomada, habría resistencia, en orden a lo previsto en el art. 239.

La imposición puede referirse, tanto a un acto de ejecución (hacer) como de omisión (dejar de hacer); pero no es menester que la pretensión sea injusta. El delito consiste en trabar la libertad del funcionario por medios ilegales y violentos, sometiéndolo a la voluntad del mismo al interés particular, propio o extraño.

Y ha de tratarse de un acto *propio de sus funciones*, porque es en el ejercicio de tales actos que la ley garante al funcionario la libertad de acción.

En conclusión: la exigencia debe ser ilegítima y violenta, debe referirse a actos propios de las funciones y ha de plantearse al funcionario antes que éste haya tomado resolución o púéstola en ejecución.

Puede verse los arts. 641 y 644 del código de justicia militar, y el t. I, n.º 28, letra (e).

**266.** — Como agravantes calificativas el art. 238 menciona: cometerse el hecho a *mano armada*, quedando así resuelta la cuestión relativa a si había atentado con armas, por el sólo hecho de llevarlas, pero sin hacer uso de ellas; cometérselo por una reunión de más de tres personas, sin alzamiento público naturalmente; ser el culpable funcionario público; poner manos en la autoridad. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

No se advierte cuál sea la razón que se haya tenido en vista para no incluir entre estas agravantes un motivo análogo al previsto con ese carácter respecto del desacato en el art. 242, segundo apartado. Una gerarquía superior en el funcionario



podrá, pues, ser aquí tenida en cuenta, sólo en calidad de agravante ordinaria.

**267.** — Comete delito de *resistencia*, y será reprimido con prisión de quince días a un año, según el art. 239, “el que resiste o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones, o a la persona que le prestare asistencia a su requisición o en virtud de una obligación legal”.

Son *elementos* propios de este delito, los mencionados como propios del atentado, menos la violencia, la que puede faltar.

Junto a estos caracteres comunes, y al de ser como aquél un *delito formal* que excluye la *tentativa* y la *culpa*, cabe hacer resaltar las diferencias.

Aquí no es menester que el funcionario tenga facultad para resolver por sí, porque puede no tratarse de que tome o no una resolución, sino de una resistencia u obediencia opuesta a sus órdenes o actos, que pueden ser por delegación u obedecer a resoluciones o mandatos superiores.

Es además menester que el funcionario haya tomado ya una resolución, y que trate de hacerla cumplir o la esté ejecutando, porque únicamente así puede haber resistencia o desobediencia: no puede ni desobedecerse ni resistirse lo que no ha sido resuelto, ordenado o puesto en ejecución. Es esta la verdadera y típica diferencia con el atentado.

Puede verse en Crivellari, t. VI, págs. 173, 178 y 179, comentando los arts. 187 y 188 del código italiano, fuente, entre otros, de los arts. 237 y 239.

Si pues en el atentado hay un acto de imposición, hay en la resistencia uno de oposición.

En ejercicio *legítimo* de sus funciones, dice la ley, y esto resuelve la debatida cuestión relativa a saber si el presunto culpable incurre o no en responsabilidad al resistir un acto ilegal del funcionario, cuestión que Groizard, Garraud y Rivarola, contra la jurisprudencia francesa de la obediencia absoluta, resuelven en sentido negativo, fundado en que quien se pone a la ejecución de un acto contrario a la ley, no se opone a la ejecución sino a la violación de la ley, y su resistencia, por lo



tanto, lejos de ser delictuosa, es legítima. Rivarola fija netamente la solución en el terreno de la legítima defensa.

El código italiano resuelve expresamente el punto en el art. 192, en el que se prescribe que el hecho no constituirá delito contra la autoridad, si el funcionario hubiere dado motivo, excediendo, en actos arbitrarios, los límites de las atribuciones.

Puede verse el t. II, n.º 154, y además Crivellari t. VI, pág. 138 y 191.

El acto resistido o desobedecido ha de ser además perteneciente al ejercicio de las funciones peculiares al funcionario, si no le correspondiese, habría obrado fuera de la órbita de sus atribuciones, fuera, por lo tanto, de la esfera de la tutela legal, en modo análogo al caso de abuso ya examinado.

**268.** — Como disposición común a ambos delitos, prescribe el art. 240 que, a los efectos consiguientes, se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito, equiparación que se observa además en los arts. 237 y 239, en el 240, el 263, el 265 y el 271.

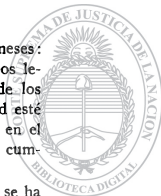
Tomado este artículo del 38 y el 40 de la ley federal de 1863, la equiparación se relaciona con el atentado, como una verdadera excepción, en el segundo caso, y con la resistencia en los demás.

Son las leyes locales las que autorizan o imponen a los particulares el deber de aprehender a que se refiere el artículo, y es en esa virtud que se hace la equiparación.

**269.**—Luego de definir la ley en los arts. 237 y 238 lo que por delito genérico de atentado y de resistencia debe entenderse, en los artículos 241, 242 y 243 prevé otros actos que, aunque menos graves, son considerados como tales delitos.

En ellos no se encuentra, sin embargo, el entorpecimiento del ejercicio de la autoridad como finalidad propia, o directa al menos, del acto incriminado, si se exceptúa los casos previstos en el art. 241 inc. 2º y el 243.

Algunos de ellos, como los previstos en los arts. 241 y 242, participan más de los caracteres del atentado, en tanto que el previsto en el 243 participa netamente el carácter de resistencia.



Reprime el 241. con prisión de quince días a seis meses: “al que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia, o donde quiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones; al que, sin estar comprendido en el art. 237, impidiera o estorbare a un funcionario público, cumplir un acto propio de sus funciones”.

En el primer caso ha debido hacerse la salvedad que se ha hecho en el segundo, pues si la perturbación del orden tuviere por objeto impedir que la autoridad cumpla con su deber, el caso tendría que ser juzgado con arreglo a lo dispuesto en el art. 237 o en el 239.

Este caso se halla mal colocado aquí, puesto que en realidad no se trata del que tiene por objeto atentar o resistir a la autoridad; se trata simplemente de una falta de respeto, de una ofensa al decoro y majestad de la autoridad, aunque no se relacione con el ejercicio de la autoridad, y por lo tanto debería figurar en el desacato.

Es eso lo que significa según sus fuentes (arts. 237 inc. 2º del código derogado y 30 inc. 1º y 33 de la ley federal de 1863). en las que figuraba como desacato.

Y como es un delito contra la autoridad, deben hallarse éstas ejerciendo sus funciones: no bastan ni el local ni la presencia de las autoridades por un motivo extraño a su ejercicio.

Debe tenerse presente, finalmente, lo dispuesto para casos análogos por las leyes orgánicas de los tribunales y por los reglamentos de las cámaras legislativas.

El segundo sería, p. e., el del que, sin hallarse comprendido en la previsión del art. 237, impidiera que un funcionario concurra a su despacho en tiempo para cumplir un acto propio de sus funciones, reteniéndolo por astucia. Intencionalmente, como es natural.

Reprime el 242, con multa de quinientos a dos mil pesos e inhabilitación especial de uno a cinco años, “al funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas”.



Por lo que respecta a los miembros de los poderes nacionales, la disposición recordada se relaciona con la materia de los arts. 41, 60, 61 y 62 de la constitución.

“La violación de las formas prescriptas para el arresto o formación de causas de cualquiera de esos funcionarios, dice el informe antes citado, es un atentado capaz de perturbar la administración pública”

Reprime también como resistencia el art. 243, con prisión de quince días a un mes, “al que, siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o prestar la declaración o exposición respectiva”.

En el caso del perito o intérprete, se impondrá conjuntamente inhabilitación especial de un mes a un año.

Debe considerarse, por lo demás, que lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de la multa y arresto impuestos por las leyes procesales para el caso, no al hecho como delito, sino en mira del entorpecimiento que produce en la causa y para el logro de la medida ordenada. Así lo disponen, por otra parte, las leyes mencionadas.

Fundando esta disposición, tomada de los códigos de Holanda, Italia, España, Alemania y otros países, dice el mismo informe antes citado: “Esa clase de abstención, retardando o paralizando la administración pública, debe ser apreciada como una verdadera resistencia a la autoridad”.

**270.**—Prevé la ley en el capítulo segundo el delito de *desacato*, que en el art. 244 reprime con prisión de quince días a seis meses, diciendo que lo comete “el que provocare a duelo, amenazare, injuriare, o de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas”.

En el desacato no hay, como en el atentado y en la resistencia, el alzamiento contra la autoridad, la desobediencia a sus mandatos; hay únicamente ofensa a la dignidad o decoro del funcionario.

Fuera de esta diferencia, tiene de común con aquellos delitos la calidad de funcionario público de la parte ofendida, la causa y la ocasión del ejercicio de sus funciones, lo referente al momento consumativo, a la tentativa y a la culpa, y demás expresado en el número 163.



Puede verse, además, el art. 641 del código de justicia militar, y el t. I, n° 28, letra e).

**271.**—Como para algunos de los casos previstos en el art. 244, las leyes orgánicas de los tribunales y las de procedimiento tienen previstas correcciones disciplinarias, consistentes en tesar frases o palabras, apercibir, multar y hasta arrestar, debetense presente que ellas sólo proceden en los actos en juicio, y sin perjuicio de lo aquí dispuesto, si las ofensas revistieren los caracteres de desacato.

**272.**—El artículo imponía en el proyecto la exigencia de que concurrieran las siguientes dos condiciones: que el acto culpable respondiese a uno del funcionar o en ejercicio de sus funciones, y que se produjese al mismo tiempo de practicarlas.

El proyecto de 1906, siguiendo la doctrina del código derogado y de los proyectos anteriores, decía: “a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas”. Y la comisión de la cámara de diputados, sin dar la razón, substituyó la conjunción disyuntiva o por la copulativa y.

Resultado de esto habría sido que, pasado el momento mismo del ejercicio de la función, podría retarse a duelo al funcionario, o injuriársele en diarios, revistas, discursos, escritos, etc., sin que procediera otra acción que la privada por injuria, no obstante que lo que había motivado la ofensa no eran los actos de la persona privada sino los del funcionario.

Si pues había desacato en ofender al funcionario a causa del ejercicio de sus funciones, no se incurriría en él al ofenderlo por motivos distintos, a pesar de que, por encontrarse en ejercicio de ellas, desapareciese como persona para representar únicamente a la autoridad.

La reforma respondía a la doctrina más difundida en la legislación comparada y la jurisprudencia extranjera, y sustentada por tratadistas de reconocida autoridad, en cuanto importa requerir que la ofensa ha de ser proferida en presencia del funcionario, o por lo menos dirigida a él. Puede verse los códigos de España (art. 266), de Francia (art. 222), de Bélgica (art. 276), de Italia (art. 258), de Portugal (art. 181), del Cantón de Friburgo (art. 322), del Uruguay (art. 192), y del Paraguay (art. 160), y lo que sobre el punto dicen Groizard



(t. III p. 482), Crivellari (t. VI ps. 214 y 235). Nypels (t. II p. 223) y Chauveau (t. III núms. 967 y 968).

Ya el proyecto de 1891 marcaba esta orientación, cuando citaba como fuentes varios de dichos códigos, y la cámara de lo criminal de la capital federal, en los procesos iniciados contra los doctores Pedro Astudillo (carta privada dirigida a un tercero) y Nicolás Repetto (diputado nacional hablando en público a sus correligionarios), fijaba el mismo alcance.

Hay que convenir, sin embargo, que una cosa es requerir hacerlo en su presencia o de manera que llegue a su conocimiento, y otra que se requiera el momento mismo del ejercicio de la función. De manera que la reforma, bien inspirada, iba demasiado lejos.

El senado, atendiendo la objeción que oportunamente hice al artículo, corrigió el yerro, estableciendo que el delito se comete "a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas". Condiciones alternativas, por lo tanto, no conjuntas.

No es requerida, en cambio, la publicidad del acto, aunque será menester que la amenaza o la ofensa se haga, en caso de ausencia del funcionario, con la intención o aceptando la posibilidad de que llegue a conocimiento del funcionario. Porque si la ley no puede imponer el respeto y acatamiento interno, puede y debe cuidar que se los guarde en público, en presencia de la autoridad, o en circunstancias que dejen entrever el probable conocimiento por parte del funcionario, por ser en tales condiciones que la majestad de la autoridad sufre y que la irrespetuosidad antisocial se manifiesta.

**273.**—La ley habla sólo de injuria, y como este vocablo tiene su acepción legal propia distinta de la calumnia, una regla elemental de interpretación lleva a afirmar que ésta queda excluida. Tampoco se explicaría satisfactoriamente, la transformación en un delito relativamente leve, como es el desacato, uno relativamente grave, como es el de calumnia, precisamente por habérsela cometido en condiciones de particular agravación.

En cuanto a la amenaza, siendo ella una manera de intimidar, y caracterizándose el atentado por la fuerza o la intimidación, habrá que interpretar que es la empleada con otro objeto



que el de obtener del funcionario la ejecución o inejecución de un acto propio de sus funciones (art. 237), o, como opina Rivarola, que es la que por su naturaleza no es idónea para intimidar.



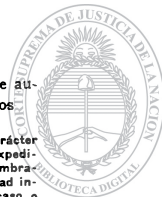
**274.**—Dado que la injuria al funcionario en las condiciones del art. 244, deja de ser tal para convertirse en desacato, y por lo tanto la ofensa no es a la persona sino al decoro de la autoridad y a la majestad de la ley, no interesa a la justicia que la ofensa sea o no verdadera. Este punto de vista reza únicamente con la persona del funcionario, y no con la función que le está encomendada y que es la ultrajada. Véase Crivellari t. VI p. 247.

Es en virtud de esta razón que el art. 245 no admite la prueba de la verdad o notoriedad de los hechos o cualidades atribuidas al ofendido.

En consecuencia, la excepción a ese principio, establecida en el art. 111, se halla limitada a aquellos casos de injuria que no revisten los caracteres de desacato, conforme a lo dispuesto en el 244.

**275.**—Para terminar, hay que hacer notar que en el segundo apartado del artículo citado se tiene en cuenta como agravante calificativa, pues se eleva la pena hasta un año, ser el ofendido presidente de la nación, miembro del congreso, gobernador de provincia, ministro nacional o provincial, miembro de una legislatura, o juez.

---



## Usurpación de autoridad, títulos y honores, y abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios

276. — **USURPACION DE AUTORIDAD.** En lo que consiste. Carácter común a los distintos actos. 277. — Título o nombramiento expedido por autoridad incompetente. Falsificación del título o nombramiento. 278. — Suspensión o destitución ordenada por autoridad incompetente o sin llenar las formalidades prescriptas para el caso, o no comunicada fácilmente. 279. — La buena fe en los casos de ejercicio de funciones ajenas al cargo. 280. — **USURPACION DE TITULOS U HONORES.** 281. — **ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACION DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS.** Condiciones de este delito. 282. — Como estaba legislado este delito en el código anterior. 283. — Distintos órdenes de actos que comprende; por acción o por omisión. 284. — Dificultades que ofrece la materia. 285. — Requisitos que especialmente se prescriben para algunos casos. 286. — Error de incluir el caso del particular que acepta un cargo público, sin reunir los requisitos legales.

276.—El capítulo tercero se ocupa de la *usurpación de autoridad, títulos u honores*, delito que ataca el orden y la pureza en la administración, cuya tutela impone la necesidad de medidas represivas.

Comete *usurpación de autoridad*, y será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo: “el que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título “expedido por autoridad competente; el que, después de haber “cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo “público, o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas; el funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo” (art. 246).

Tres son pues los casos previstos en la ley, a saber: el del particular que asume o ejerce funciones públicas sin derecho; el del empleado público que sigue ejerciéndolas indebidamente



después de haber cesado; el del funcionario público que ejerce funciones ajenas a su cargo.

El *carácter común* a los tres casos es el del ejercicio indebido de funciones públicas, sea accidental o permanentemente, y así se trate de funciones públicas nacionales o provinciales, judiciales, administrativas o municipales. El inc. 1º reprime lo mismo el hecho de asumir el cargo, sin ejercerlo.

**277.**—En el primer caso cabe la posibilidad de que el título o nombramiento haya sido expedido por autoridad, pero incompetente; lo que no modifica la solución: ya sea porque la ley requiere expresamente que la autoridad sea la competente para expedirlo, ya porque, aunque no lo requiriese, la autoridad que expidiere un título o un nombramiento ajeno a su competencia, cometería delito de usurpación de autoridad, con arreglo al inc. 3º, delito que no podría legitimar el desempeño en él fundado. Por lo menos sería un acto nulo que no podría dar nacimiento a ningún derecho; de lo que se sigue que el que aceptara título o empleo así expedido, no se convertiría en empleado público, y cometería el delito por el solo hecho de asumir, aún sin ejercer, la función, según disposición expresa de la ley, que reprime lo mismo el hecho de ejercer el cargo que el de asumirlo simplemente.

Si el culpable hubiere falsificado el título o nombramiento, habrá que aplicar las reglas sobre concurso de delitos.

Debe tenerse presente, por lo demás, lo dispuesto por el art. 253, última parte, como así mismo que queda imprevisito el caso del que, legítimamente nombrado, anticipare el desempeño del cargo, omitiendo alguna formalidad previa, como sería el juramento, si fuere un juez p. e.

**278.**—Puede ocurrir en el caso segundo, que el empleado público tenga razón atendible para resistir la cesantía o suspensión, lo que pasaría si no hubiese sido destituido o suspendido por autoridad competente, o porque, estando esa medida sujeta a un procedimiento especial, se la hubiere omitido, o porque no se le hubiere comunicado la resolución en forma.

La ley exige expresamente que la autoridad que toma la resolución debe ser la competente, particularidad a cuyo respecto cabe hacer consideraciones análogas a las formuladas con



relación al caso opuesto, cual es el del título o nombramiento expedido por autoridad incompetente. Una destitución o suspensión hecha por autoridad incompetente, es por lo menos nula, si es que el que la hace no comete el delito previsto en el inc. 2º, y un acto semejante no puede hacer caducar un derecho legítimo.

Con esto no queda resuelto, sin embargo, si no en parte, el caso de haberse tomado la resolución con omisión del procedimiento, dado que la autoridad podría ser la competente, y aún haber ésta sólo incurrido en la violación de ciertos trámites o formas. Parece justo no encontrar una razón de incriminación donde el derecho y la buena fe alejan la posibilidad de una infracción o de una intención criminal, alma de este delito; con tanta más razón, cuanto que la destitución o suspensión podría ser ilegal, hasta el punto de hacer incurrir al que la hubiere tomado en el delito de abuso de autoridad previsto en el art. 248.

Es posible, por otra parte, que el funcionario cesante por ministerio de la ley, de buena fe y con el propósito de evitar un perjuicio a la administración, ejecute un acto urgente.

En cuanto a la forma de la comunicación, es de hacer notar que, por disposición expresa de la ley, debe ella ser oficial.

**279.** — En el tercer caso las soluciones prácticas son más difíciles. Dice Rivarola sobre el particular: "La esfera de atribuciones de cada uno de los funcionarios y empleados de las diversas administraciones, no está determinada, ni puede serlo con tal precisión, que nadie pueda equivocarse sobre lo que es o no de su competencia, en cosas que pueden no aparecer perfectamente deslindadas. De aquí las numerosas cuestiones de competencia que tienen que ser resueltas por las autoridades administrativas o judiciales. No podría, en tales circunstancias, fundarse una incriminación en el ejercicio de actos que el empleado creyera impuestos por el cumplimiento de su deber. El motivo de la incriminación no aparece sino cuando se viola abiertamente una clara disposición de la ley, cuando no hay motivo fundado para admitir que el empleado creyera obrar cumpliendo su deber, o cuando la cuestión de competencia ya hubiera sido resuelta."



**280.** — Como delito de *usurpación de títulos u honores*, reprime el art. 247 con multa de cincuenta a mil pesos, “al que públicamente llevare insignias o distintivos, de un cargo que no ejerciere, o se abrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren.”

Sobre este particular la comisión dice en el informe, que “Se atiende, como fundamentos, a lo que expresa la exposición de motivos del proyecto de 1906, unido a la exposición de motivos del proyecto de 1891.”

En este informe se dice que, siguiendo el ejemplo de códigos extranjeros, se incluye esta materia, pues afecta el buen orden de la administración pública.

Puede verse el art. 813 del código de justicia militar, y el t. I, n° 28, letra e).

**281.** — El capítulo cuarto ha sido dedicado al *abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos*, delito que requiere: como primera condición, la calidad de funcionario público en el agente, concepto que queda expresado al considerar el delito de atentado; como segunda, actos que importen extralimitaciones u omisiones en el cumplimiento de sus deberes; como tercera, la malicia, pues en éste, como en la generalidad de los delitos incluidos en el presente título, según oportunamente se ha hecho notar, se excluye la culpa y la buena fe.

**282.**—Este delito hallábase legislado en el código anterior de muy distinta manera. El se limitaba a reprimir una serie de atentados contra la libertad (art. 243 incs. 1° a 8°) y contra la honestidad (incs. 9° y 10°, los primeros de los cuales han sido incluidos en los arts. 143 incs. 2° a 8° y 151, habiendo quedado previstos los otros en el 123.

No hay duda de que todos esos casos, y otros más, constituyen verdaderos abusos de autoridad.

Manifiesta al respecto el informe del proyecto de 1891, que tratándose de la violación de derechos que también pueden ser violados por particulares, la calidad de empleado público del que los viola no puede determinar la calificación, sino a lo sumo revestir el carácter de una circunstancia agravante.



Si esta razón fuera buena, lo sería igualmente para muchos delitos incluidos entre los contra la administración, y ofensa además el informe, que el particular, si los viola, no se sirve de ninguna función pública.

La razón verdadera reside en la consideración de que en tales casos el interés más inmediatamente lesionado es el particular, por lo que el de la administración, herido menos gravemente y de modo sólo mediato, debe ceder.

Había, en cambio, el código anterior, dejado imprevisos aquellos casos que, o por ser impersonales o por herir intereses de menor entidad, afectan más inmediata y directamente a la administración, cuya corrección y regularidad es fuerza tutelar a ese título.

Y es esto precisamente lo que ha hecho el nuevo código, como que en este capítulo legisla uno de tantos *delitos contra la administración pública*.

**283.**—Dos órdenes de actos son los que la ley incrimina a título de abusos de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos: uno que comprende actos por acción, y otro que comprende actos por omisión. Como que tanto abusa el funcionario que se excede como el que omite cumplir con su deber.

Quedan incluidos en el primer grupo los siguientes actos: dictar resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales, o ejecutar órdenes o resoluciones de esa clase (art. 248, con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo); requerir la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes *legales* de la autoridad, o de sentencias o mandatos judiciales (art. 251, con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo); abandonar el destino, *con daño para el servicio público*, sin haber sido admitida la renuncia (art. 252, con multa de cincuenta a quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año); proponer o nombrar para un cargo público, a personas en quien no concurrieren los requisitos legales (art. 253, con multa de cien a mil pesos e inhabilitación especial de seis meses a dos años).

Quedan incluidos en el segundo grupo los actos siguientes: no ejecutar las leyes *cuyo cumplimiento le incumbiere* (art. 248,



con las penas ya expresadas); omitir, rehusar hacer o retardar *ilegalmente* algún acto *de su oficio* (art. 249, con multa de cien a mil pesos e inhabilitación especial de un mes a un año); rehusar, omitir o retardar un jefe o agente de la fuerza pública, *sin causa justificada*, la prestación de un auxilio *legalmente* requerido por la *autoridad civil competente* (art. 250, con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo).



**284.**—La naturaleza de la materia sólo en parte permite distinguir los abusos de autoridad o de funciones que han de figurar aquí, de los que deben ir a integrar otros títulos o capítulos, y da lugar, por lo tanto, a que los mismos casos en este lugar previstos, puedan ser considerados equivalentes o constitutivos de otros delitos.

Así, en el acto de no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere, del art. 248, cabe considerar incluida la materia de los arts. 249 y 250 y la de éste en la del 249, y v. v.

De igual modo, en la parte de acción del art. 248 cabría la materia de los arts. 256, 257, 260, 269 y 270, y en la omisión, así como en el caso previsto en el 249, la de los arts. 256, 273, 274 y 277 inc. 6º, sino fuese que se halla legislada por separado.

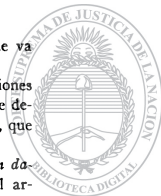
En los casos previstos por los arts. 250 y 251, queda comprendido, finalmente, el delito de resistencia del art. 239.

**285.**—Corresponde hacer resaltar, por lo demás, la particular importancia de determinados requisitos, expresamente exigidos en algunos de los casos legislados.

Figura en primer término en el art. 248 el que las *leyes* cuyo cumplimiento se omitiere, sean de las *que le incumba hacer cumplir*.

Es otro el del art. 249, o sea que el acto corresponda a *su oficio*, y que la omisión, negativa o retardo sea *ilegal*. La buena fe, pues, como en el caso del art. 246 inc. 3º, excusa.

Otro es el que la omisión, negativa o retardo del art. 250, sea *sin causa justificada*, y que el auxilio sea requerido por *autoridad civil competente*, y *legalmente*. Si el requerimiento fuere hecho por persona no investida de autoridad, o ésta no fuese la civil, o siéndolo no fuere competente, o de serlo no hic're el requerimiento de acuerdo con la ley, no procederá la aplicación del artículo. Cabe agregar que el auxilio requerido ha de



ser del que corresponde prestar al requerido, concepto que va implícito en el término *legalmente*.

Uno más es el del art. 251, que exige que las disposiciones u órdenes sean *legales*, y que emanen de *autoridad*, a lo que debe agregarse, por análoga razón a la de los arts. 246 y 250, que esa autoridad sea la *competente*.

El último es el que el abandono del puesto se haga *con daño del servicio público*, sin el cual no tiene aplicación el artículo.

Es de hacer notar, además, que en el art. 252, hay, como en el 195, el delito de abandono del cargo, y en los arts. 248 a 250, como en los arts. 108, 235, 270, 274 y 277 inc. 6º, el de omisión.

**286.**—Reprime el art. 253 igualmente al particular que *acceptare*, y por el sólo hecho de aceptar, un cargo para el cual no tuviere los requisitos exigidos por la ley.

En realidad no es posible ver en ello un acto, ni de abuso de una autoridad que no se tiene, ni de violación de funciones o deberes que no se ha puesto por obra. Más que de éste delito, participa de los caracteres del de usurpación de autoridad, previstos por el art. 246 inc. 1º.

Y si se dijere que se pena el hecho a título de participación del delito que comete el que lo propuso o nombró indebidamente, consumándose este delito en el acto de proponer o de nombrar, la aceptación, que no es una condición del mismo, no puede, por ser posterior, integrarlo en concepto de participación.

---





### Violación de sellos y documentos, y cohecho

287.—En lo que consisten los delitos de VIOLACION DE SELLOS Y DOCUMENTOS. 288. — Condiciones materiales. Objetividad jurídica de estos delitos. No es requerido el daño para la consumación. 289. — Intención criminal y culpa. Puede incurrir en ella el funcionario o particular encargado de la custodia. 290. — Los sellos han de ser los puestos por el funcionario o empleado encargado o con facultades al efecto, ya sea obligatoria o facultativamente. 291. — La custodia puede ser permanente o accidental, confiada a un funcionario público o a un particular en interés del servicio público, pero siempre ha de ser oficial. 292. — Penalidad. 293. — Queda imprevista la revelación de secretos de administración. 294. — Pueden concurrir los delitos de defraudación y de falsedad. 295. — En lo que consiste el delito de COHECHO. 296. — Sus condiciones materiales y morales. 297. — Momento consumativo para el corruptor y el funcionario público. 299. — En lo que debe consistir la dádiva y cómo puede ofrecerse y aceptarse. 300. — La condición de hacer o dejar de hacer puede ser para cumplir o faltar a sus deberes. 301. — El cohecho del juez. Cuando al mismo tiempo hay prevaricato. 302. — Represión de la aceptación de dádivas en consideración al cargo. 303. — Penalidad. 304. — Quedan excluidos los árbitros y arbitrajes. 305. — Delito que comete el funcionario público que exige una dádiva para cumplir u omitir cumplir sus deberes. — 306. — Concurso de delitos.

287. — En el capítulo quinto se legisla sobre *violación de sellos*, delito que consiste en violar los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa (art. 254), y sobre *violación de documentos*, delito que consiste en sustraer, ocultar, destruir o inutilizar objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, o registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario, o de otra persona en interés del servicio público (art. 255).

288.—Son las expresadas las *condiciones* materiales de estos delitos, condiciones que indican la objetividad jurídica que la ley se propone tutelar, y que no es otra que la inviolabilidad de los objetos o documentos custodiados oficialmente.



Como el delito consiste en la ofensa a esa inviolabilidad, sin consideración al perjuicio que de ello pueda venir para el particular o la administración, basta para que el delito se halle perfeccionado con la sola violación de los sellos o la simple ocultación o sustracción de los documentos u objetos. De aquí que, a la manera de los delitos contra el patrimonio, se equipare la mera perturbación del estado de la posesión, a la destrucción de la cosa. El daño, pues, y su entidad, serán considerados únicamente para mover la pena dentro de sus límites, más no como condición del delito. Por lo demás, los objetos o documentos pueden pertenecer a partidarios o ser oficiales: lo que debe ser oficial es el sellado y la custodia.

La disposición del art. 255 es sin perjuicio de lo que disponen los arts. 173 inc. 8º y 294.

**289.**—Como condición moral se requiere la intención dolosa; de tal manera que se excluye la *culpa* respecto del autor del hecho, la que cabe sin embargo con relación al encargado de la custodia de los objetos o documentos sellados o guardados, ya sea éste un funcionario público o un simple particular encargado al efecto, si el hecho hubiera tenido lugar por imprudencia o negligencia que le fuere imputable, del mismo modo que en la malversación de caudales públicos.

**290.**—Los sellos susceptibles de semejante violación tienen que ser los puestos por la autoridad, cualquiera que sea su clase, y debe entenderse que han sido puestos por la autoridad, cuando lo hayan sido por un empleado o funcionario público, nacional, provincial o municipal encargado al efecto o con facultad para ello; lo que quiere decir que quedan comprendidos, tanto los casos de sellado obligatorio cuanto los de sellado facultativo.

**291.** — Tratándose de la violación de objetos o documentos, es menester que ellos se hallen bajo custodia oficial, permanente o accidental; sea que ella haya sido confiada a un funcionario público o a un simple particular, pero en interés del servicio público. Tal sería el caso de haberse confiado a un particular, en ocasión de una requisita judicial, la custodia de documentos u objetos secuestrados a objeto de hacerlos servir de

prueba en el juicio respectivo. Si la custodia no fuere oficial, no habría delito contra la administración pública.

**292.** — La pena es de prisión de seis meses a dos años para la violación de sellos, y de un mes a cuatro años para la de objetos y documentos, a la que hay que agregar la de inhabilitación por doble tiempo, si el culpable fuere, o un funcionario público y lo hubiese hecho con abuso de funciones en el primer caso, o el depositario en el segundo. No se explica por qué la pena del art. 254, siendo menor que la del 255, tiene menos margen.

La culpa se reprime con multa de cincuenta a quinientos pesos, en ambos casos, sin la inhabilitación complementaria (como en los casos de los arts. 189, 196, 203, 262 y 281).

**293.** — Como en la *violación de secretos* (tít. V cap. III) se legisla sobre hechos que afectan intereses privados (pertenecen a los delitos contra la libertad y la acción es privada —art. 73 inc. 3º—), y como en los arts. 222 y 223 se menciona tan sólo la revelación de secretos políticos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la nación, y aquí no se habla sino de violación de sellos y de substracción, ocultación, destrucción o inhabilitación de objetos o documentos oficialmente custodiados, queda impune la revelación de secretos de administración, cuando no mediare violación de sellos.

**294.** — Con el delito previsto en el art. 255 puede concurrir el de defraudación (art. 173 inc. 8º) o el de falsedad (art. 294), según el caso.

**295.** — El capítulo sexto contiene las disposiciones concernientes al delito de *cohecho*, delito en principio plural, pues supone un sujeto que corrompe y otro que se deja corromper, y que consiste, en términos generales, en el acto del funcionario público que recibe la dádiva, o acepta la promesa en ese sentido, que otro le da o hace, para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, siendo ambos responsables de la misma infracción (arts. 256 y 258).





Es mucho menos temible sin duda el funcionario que se mueve a impulsos del amor o del odio, que el que lo hace en virtud del deseo de lucro, dado que son muy pocas las personas que tienen que habérselas con uno en aquellas condiciones, y son en cambio todos, o casi todos, los que pueden ser víctimas de esta vil pasión.

**296.** — Son *elementos* materiales de este delito: la calidad de funcionario público en uno de ambos sujetos; una dádiva que se da o promete, y que es recibida o aceptada; la condición de hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones. En cuanto al elemento moral, se excluye la culpa. Puede verse el art. 276.

**297.** — Como la represión se impone al que da u ofrece la dádiva y al que la recibe o la acepta, el delito se perfecciona por el hecho de dar y recibir, o de ofrecer y aceptar la dádiva, sin que sea menester que el funcionario cumpla o no lo prometido, e independientemente de la justicia o injusticia del acto. Y la razón se encuentra en la objetividad jurídica del delito, que es la de mantener la pureza de la administración pública que la ley se propone tutelar, y que se halla afectada por la corrupción demostrada por el v'l contrato. El daño que de ello venga al particular o al interés público, valdrá sólo como criterio de evaluación de la pena dentro de sus límites.

Tan es así, que el delito existe aunque el contrato tenga por objeto el cumplimiento del deber por parte del mal funcionario público.

De aquí que este delito deba figurar entre los considerados *formales*.

Según Rivarola y Chauveau, no es menester, para que el delito se perfeccione respecto del que da o promete la dádiva, que ésta sea recibida o aceptada, toda vez que para la ley el que tal hace incurre en responsabilidad plena por el solo hecho de ofrecer o prometer la dádiva; de tal manera que la tentativa queda equiparada al delito.

En contra Crivellari, Nypels y otros (Ver Crivellari t. V p. 825). Según estos autores, es menester, para que el delito se perfeccione, que la promesa o dádiva sea aceptada o recibida; de suerte que la negativa da al hecho carácter de tentativa, y



la promesa u ofrecimiento, ni aceptado ni rechazado, lo deja en carácter de acto preparatorio.

Como juez juzgué un caso de acuerdo con la opinión de Rivarola (t. III n° 1028), fallo que fué revocado, fundándose el tribunal en la misma opinión de Rivarola (t. citado n° 1021). O Rivarola se contradecía o yo hacía mal la cita. Ni una ni otra cosa. Yo citaba la opinión de Rivarola, sin indicar el número, el 1028, y el tribunal lo revocó, invocando el n° 1021, sin reparar que el caso del fallo era el del cohecho activo, o sea el del que ofrece o da, caso al que se refiere el n° 1028 en que yo me fundaba, mientras que el 1021, invocado por el tribunal, se refiere al cohecho pasivo o del empleado.

**298.** — Por *funcionario público* debe tenerse, según expresa disposición del art. 77, a todo el que participa, accidental o permanentemente, del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Queda así resuelta la cuestión de saber si pueden cometer cohecho los miembros de las asambleas deliberantes, en el mismo sentido afirmativo que lo hace el art. 416 del código español.

**299.** — La dádiva puede consistir en dinero o cualquier otro valor, como puede ser entregada o simplemente prometida, ya sea directa o indirectamente, y ser recibida o aceptada por el mismo funcionario o por interpuesta persona (arts. 256 y 258).

Es indiferente, por lo demás, que la promesa no se cumpla, por haber el funcionario dejado de serlo, si fué prometida y aceptada antes.

La dádiva, por otra parte, ha de caer en comiso, conforme a lo que dispone el art. 23.

**300.**—La condición ha de ser para hacer algo que corresponda a las funciones del empleado o funcionario, ya sea cumpliendo o faltando a sus deberes, particularidad que puntualizaba el código anterior.





**301.**—La ley se ha especializado en el art. 257 con el cohecho del juez, naturalmente en asuntos de su competencia, agravando considerablemente la pena, dado que la corrupción del encargado de discernir justicia, es, por lo que significa y compromete, la más grave y repugnante de las corrupciones administrativas.

Pero al especializarse el proyecto con el cohecho del juez, lo ha hecho separándose del principio adoptado en el art. 256 para el cohecho de cualquier otro funcionario, puesto que sólo reprime el acto de recibir o aceptar la dádiva para cumplir con el deber de dictar la resolución o fallar, quedando de tal manera excluido el de recibirla o aceptarla para no dictar o demorar la resolución o fallo, caso que, sin razón ostensible, quedaba impune. El senado, sin embargo, oyendo una observación mía al respecto, salvó la omisión. Si la condición fuere dictar una resolución injusta, el caso queda reservado al prevaricato (art. 269).

**302.**—Reprime finalmente en el art. 259, por separado, al funcionario público que admitiere dádivas presentadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo.

Esta disposición, tomada de otros códigos, no figuraba en el anterior, y tiene por objeto mantener la pureza de la administración en toda su integridad, impidiendo que manifestaciones de esa índole, creándole una situación moral inconveniente para el recto desempeño de las funciones, predomine el espíritu del funcionario a la condescendencia indebida, y lo lleven hasta el bajo comercio de sus deberes.

Es por eso que la represión queda limitada al tiempo que permanezca en el ejercicio del cargo: después ya habrá desaparecido el peligro para la administración.

Sobre esta disposición se lee en el informe del proyecto de -891 lo siguiente: "Este caso se asemeja a los demás de cohecho, en que el delincuente se propone corromper la conducta del funcionario disponiéndolo a su favor, y se distingue en que no aparece manifiesto el propósito de obtener inmediatamente un acto ilícito determinado de parte del funcionario. En un país republicano, con más razón que en cualquier otro país civilizado, los funcionarios públicos deben es-



“tar a cubierto de toda sospecha de inmoralidad, y, para ello, la ley penal debe reprimir los hechos que tienden a arrojar esa clase de sospechas, como los regalos que la amistad particular no justifica, y que son, por decirlo así, la forma más refinada del cohecho”.

Queda impune el que por semejantes medios indirectos corrompe al funcionario, dado que la intención, que podría no ser delictuosa, será de muy difícil fijación.

**303.**—La penalidad ha sido fijada en prisión de cuatro a doce años e inhabilitación absoluta y perpetua, para el caso del juez; en prisión de seis meses a dos años e inhabilitación absoluta por tres a diez años, para el caso general; en prisión de seis meses a dos años para el que corrompe en el primer caso, y de uno a cuatro años en el segundo, penas a las que se agregará la de inhabilitación especial de seis meses a seis años, en el primer caso, y de uno a diez años, en el segundo, si el corruptor fuere también un funcionario público; en inhabilitación absoluta de uno a seis años, para el caso del art. 259.

No guardan proporción las penas del corruptor. Sendo la misma que la del funcionario, en el caso general del art. 256, es muy inferior a la del juez en el art. 257. Por otra parte, la primera, siendo menos grave, tiene un mínimo relativamente más alto que la segunda.

Por lo demás, la ley, separándose del código anterior, ha suprimido las circunstancias calificativas; de tal manera que cualquier motivo fundado en el móvil, el grado de inmoralidad o la entidad del asunto, podrá únicamente hacerse valer como atenuante o agravante ordinaria.

**304.**—Una vez más se ha separado el código del anterior, al eliminar el cohecho de los árbitros. Este delito queda impune, excepción hecha del caso conjunto de prevaricato, previsto por el art. 269, última parte, por lo que se aplica lo dispuesto respecto del juez en la primera, al árbitro o arbitrador amigable componedor, no obstante la naturaleza de las funciones que desempeña y los graves intereses que puede comprometer; pues no es posible incluirlos en el art. 78 en calidad de funcionarios públicos, dado que, si bien desempeñan transitoria-

mente funciones públicas, su nombramiento no emana de elección popular ni de nombramiento hecho por autoridad.

**305.**—Como el cohecho, finalmente, es un delito en el que el funcionario público representa un papel pasivo, correspondiendo el activo al corruptor, es del caso preguntar qué delito comete aquél, cuando, invirtiendo los papeles, exige una dádiva para cumplir u omitir sus deberes de tal.

Puede verse la solución en el número 330.

**306.**—Muy bien puede ser que lo que haya de hacer o dejar de hacer el funcionario en virtud de la dádiva o promesa, constituya un delito. En tal caso habrá concurso de delitos, a menos que el propósito de lucro estuviere especialmente previsto en la parte referente al delito fin, como p. e. ocurre con el art. 142 inc. 1º.





## Malversación de caudales públicos, y negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas

307.—En lo que consiste el delito de MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS. 308. — Inconveniente de agrupar dos hechos de distinta gravedad bajo una sólo denominación 309 — Cómo podría salvarse ese inconveniente. — 310. — Examen de las dos formas de este delito. Formal es una de ellas. Alcance del vocablo “substracción» usado en la segunda. 311. — Elementos del delito. El dolo y la culpa. a) Calidad de funcionario público. Casos de equiparación. b) Carácter público de la propiedad de los caudales o efectos. Casos de equiparación. c) Circunstancia de haberle sido confiados en su percepción, administración o custodia por razón de su empleo, por ley, ordenanza o resolución de autoridad competente. d) Aplicación indebida. El destino puede hallarse fijado por ley, ordenanza o resolución de autoridad competente en su caso. Aplicación a objetos públicos o fines privados. Corrupción administrativas. Cuestión constitucional si el congreso aprueba una inversión ilegal. 312. — Dos casos más de malversación. 313. — NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS. 314. — Condiciones materiales y morales de la infracción. Es un delito formal. El fraude y el perjuicio no son requeridos. Casos de equiparación.

307.—Malversar, que vale lo mismo que invertir mal, distraer de su destino, dar indebida aplicación, es un término que la ley usa refiriéndose al manejo de los caudales públicos por parte de los funcionarios públicos encargados al efecto.

El delito de malversación es pues el que comete el funcionario público que da a los caudales públicos que administra o percibe, o cuya custodia le ha sido confiada por razón de su cargo, una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados.

308.—Como esta aplicación diferente puede ser hecha a objeto de utilidad común, o en beneficio privado del funcionario o de un tercero, el delito adquiere dos formas substancial-



mente distintas, tanto del punto de vista subjetivo cuanto del objetivo, que determinan gravedades igualmente distintas.

En efecto: en la indebida aplicación que un funcionario público da a los caudales que administra, invirtiéndolos en objetos de utilidad común, no sólo no hay el dolo criminal que lo mueve cuando se apropia de ellos, sino que, en vez de un perjuicio, es posible que cause un positivo beneficio para los intereses generales.

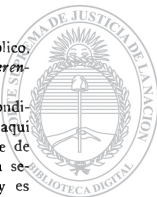
Y esta diferencia, que es indudable para el funcionario y los intereses públicos, pues en el primer caso cree él hacer tal vez una obra meritoria y el perjuicio es sólo posible, existe por igual para la opinión en general, que no ve en ello la obra de un delincuente. Es así como magistrados honorables, presidentes, gobernadores y ministros, han dado a los caudales públicos un destino diferente del señalado por la ley, y ni ellos se han tenido por malversadores ni el público los ha considerado tales.

De esto viene que la común opinión entienda, que al hablarse de una malversación se trata de un *desfalco*, de un funcionario público que ha distraído en provecho propio los caudales públicos que percibe, o confiados a su administración o custodia; de un *ladrón*, en fin, en el concepto corriente.

Si esto no quiere decir que los primeros no cometen delito, dice lo suficiente en el sentido de que no basta establecer la diferente gravedad de la infracción por la diferente gravedad de la pena, sino que sería conveniente además separar ambos hechos aún en la denominación, de manera a armonizar la expresión de la sanción legal con el concepto de la sanción de la opinión.

**309.**—Y la manera de establecer esa separación sería, en opinión de Rivarola, dejar el término malversación para los casos de aplicación no fraudulenta, y calificar los fraudulentos de *peculado*, vocablo que viene de *pecus* (ganado, hacienda), y que significó desde un principio el hurto de los bienes del estado, entre los que figuraban en primer término el ganado.

**310.**—La primera de las formas de este delito, a que ya se ha hecho referencia, es la que indica el art. 260, que reprime con inhabilitación especial de un mes a tres años, consiste,



como también queda dicho, en darse por el funcionario público, a los caudales públicos que administra, una *aplicación diferente* de aquella a que estuvieron destinados.

Dejando para más adelante la consideración de las condiciones del delito, es de hacer notar que la forma de que aquí se trata se caracteriza por ser formal y propia únicamente de los funcionarios que administran caudales, en tanto que la segunda pertenece a las infracciones llamadas materiales, y es común, tanto a los que los administran cuanto a los que sólo los perciben o custodian.

Formal es el delito que comete el funcionario que se limita a dar a los caudales que administra una aplicación diferente de aquella a que están destinados, porque alcanza su perfección por ese solo hecho, venga o no de ello un perjuicio a los intereses generales, y aunque sea en beneficio de los mismos.

El delito consiste en el mero cambio de destino, por lo mismo que lo que la ley se propone tutelar es el orden y la regularidad en la administración, cuyo régimen no puede quedar librado al arbitrio de los encargados de realizarla.

La segunda forma, reprimida por el art. 261 con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, es la del funcionario público que *substra*e esos mismos caudales, ya sea que los tenga en administración, o que su percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.

Es pues un delito de los llamados materiales, a la manera del hurto o la defraudación, porque requiere para su perfección un evento determinado, que en el caso consiste en la substracción de los caudales confiados a su administración, percepción o custodia.

Este delito participa en general de los caracteres de la apropiación indebida, de manera que en principio le son aplicables las consideraciones hechas en su lugar. La pena es, sin embargo, mucho más severa.

De *substracción* habla aquí la ley, y con ello se quiere decir, no solamente que debe haber apoderamiento, sino que el propósito ha de ser fraudulento; por lo que queda excluido el caso de aplicación privada sin ánimo de fraude.

**311.**—El *elemento moral* difiere en cada una de ambas formas: mientras en la primera el dolo consiste en la sola inten-



ción de violar el deber de dar a los caudales o efectos el destino fijado, en el segundo se requiere el propósito fraudulento.

El *móvil*, en el primer caso, puede ser de lo más sano y elevado: su influencia, sin embargo, no pasará de los límites de la de una simple circunstancia atenuante.

En el caso del art. 261 cabe la *culpa* del funcionario público que, por imprudencia o negligencia, o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere lugar a que otra persona substraiga los expresados caudales, infracción que el art. 262 reprime con multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído. Esta disposición es análoga a la de los arts. 136, 254 y 255, y con relación a la apropiación indebida, de cuyos caracteres generales participa, constituye una línea neta de separación. La culpa aquí, como en los casos de los arts. 189, 196, 203, 254, 255 y 281, no lleva aparejada la inhabilitación complementaria de los arts. 84, 94, 136, 177 y 223.

Como *condiciones* materiales puede anotarse las siguientes:

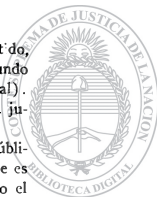
a) la calidad de funcionario público en el agente; b) el carácter público del dominio de la cosa; c) la circunstancia de que su administración, percepción o custodia haya sido confiada al agente en razón del cargo que desempeña; d) aplicación indebida.

a) Por funcionario debe tenerse a todo aquel que resulte comprendido en los términos del art. 77, así sea el más encumbrado o el más insignificante empleado nacional, provincial o municipal.

Quedan también comprendidos, por expresa disposición del art. 263, los que administran o custodian bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. Equiparación análoga se hace en los arts. 265 y 269. Véase el n° 268.

Hay en esto una equiparación del particular al funcionario público, por razón de la de esos bienes a los públicos del estado.

En lo judicial, a falta de disposición expresa sobre la forma de nombrar depositarios en los embargos preventivos o ejecutivos, que son los casos ocurrentes, el juez ordena al oficial de justicia el cobro o embargo en su defecto, y éste intima y embarga, depositando lo embargado en personas que él elije,



por haberse hecho indicación especial por el juez en ese sentido, y porque la ley implícitamente lo autoriza (art. 471, segundo apartado, del código de procedimientos para la capital federal).

Y ese es depositario judicial, según lo tiene resuelto la jurisprudencia.

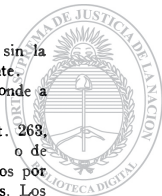
b) El delito de malversación requiere además, que públicos sean también los caudales o efectos distraídos, como que es un atentado contra la administración pública. Sin embargo el legislador ha colocado bajo el mismo concepto y sanción penales, ciertos bienes que por su destino, o en razón de hallarse bajo la acción y garantía de la autoridad pública, son equiparados a aquellos, lo que acontece con los casos previstos por el art. 263, bienes que Groizard y Viada llaman semi-públicos, y refiriéndose a los cuales Tejedor, de cuyo proyecto fueron tomados los arts. 266 a 271 del código derogado y el 27 de la derogada ley 4189, dice: "Para otro caso (anotando el 266), "para cuando no sean públicos esos caudales, se encuentra des-  
"pués el art. 4º (el 269). *Non pecuniam publicam, sed pri-*  
"*vatum crimen peculatus facere.* (L. 9 cap. 3 ad leg. Jul. de "pœnis".

Que los caudales o efectos a que se refieren los demás casos deben ser públicos, resulta indudable, tanto porque esa ha sido la doctrina tradicional, cuanto porque es ese el carácter que les atribuyó expresamente Tejedor en los arts. 266 y 268, con sus notas respectivas y en la puesta al 267 (derogado), aclarando el alcance del silencio de ese requisito en dicho artículo. También esa es la condición exigida por la mayor parte de las legislaciones citadas como fuente del art. 27 de la ley 4189 en el proyecto del 91, del que fué tomado (y fuente del actual), cuya comisión decía en el informe, que los artículos proyectados eran los del código, con ligeras modificaciones, y expresaba luego que eliminaba la calificación de públicos por *innecesaria*.

La cosa ha de ser un caudal o efecto nacional, provincial o municipal.

Entiéndese por caudal el conjunto de bienes de cualquier naturaleza, clase o especie, que constituyen el patrimonio del estado, en el sentido amplio desarrollado por el codificador en su nota al art. 2312 del código civil, cuya disposición, así como las de los arts. 2311, 2318 y 2319, que la complementan con relación a los bienes del estado susceptibles de ser materia de una





malversación (bienes que deben ser considerados aquí sin la distinción que hace el art. 2340), son de tenerse presente.

La denominación de *efectos* es específica y corresponde a los valores en papeles.

Quedan equiparados, por expresa disposición del art. 263, los bienes pertenecientes a establecimientos de educación o de beneficencia, y los embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. Los primeros por su destino, y los segundos en atención a que quedan bajo la garantía de la autoridad.

c) La percepción, custodia o administración de la cosa debe haber sido confiada al agente en razón de su cargo, ya sea por mandato directo de la ley u ordenanza, o por resolución de la autoridad con facultad para hacerlo, de una manera permanente o accidental.

Como argumento demostrativo de que la percepción, administración o custodia puede hacerse por resolución aun verbal y circunstancial de la autoridad, puede citarse el art. 263.

d) Debe darse a los caudales o efectos una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados.

No dice la ley, como decía la anterior, que el destino debe hallarse fijado por la ley; de manera que puede habérselo establecido lo mismo por una ordenanza o resolución de la autoridad competente, cuando fuere del caso, por no hallarse expresado en la ley u ordenanza.

La aplicación diferente puede ser tanto a objetos públicos como a fines privados. Lo primero hállase previsto en el art. 260, en el que se usa especialmente la expresión *aplicación diferente*, por tratarse de actos de administración y para dar a entender que no hay fraude; lo segundo en el 261, en el que se emplea el término *substracción*, la que tanto puede tener lugar en actos de administración como de simple percepción o custodia, y que supone el fraude.

En el orden nacional ocurre (y lo dicho vale lo mismo análogamente respecto del orden provincial), que, no obstante corresponder constitucionalmente al congreso fijar la inversión de los recursos, y a pesar de lo que dispone la ley de contabilidad y del deber de dar cuenta de dicha inversión al mismo congreso, que tiene la facultad, también constitucional, de aprobarla o desaprobala, el poder ejecutivo, no sólo hace inversiones ile-



gales, aún con observación de la contaduría, sino que omite dar cuenta de la inversión al congreso. De esta manera se falsea el régimen constitucional, y tan deplorable corruptela se afirma como práctica autorizada, contra la constitución, la ley de contabilidad y el código penal.

Con este motivo Rivarola se plantea la grave cuestión constitucional relativa a saber si la aprobación por el congreso quitaría al hecho su carácter delictuoso, cuestión que resuelve negativamente, y cuya solución demandaría aquí una exposición, cuyas proporciones serían extrañas a la índole elemental de este libro.

**312.**—Reprime finalmente la ley en el art. 264. con inhabilitación especial por uno a seis meses, al funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare *injustificadamente* un pago ordinario o decretado por autoridad *competente*, o que, requerido por autoridad *competente*, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración. Siempre, naturalmente, que en el último caso no concurran las condiciones del delito previsto en el art. 261.

Aún cuando estos hechos no participan de los caracteres del delito de malversación, puesto que falta la condición de la aplicación indebida, es al que más se asemejan, y merecen la tutela de índole penal, dado que importan entorpecimientos administrativos que es menester evitar por medios eficaces.

Se trata, por lo demás, de una infracción de carácter formal, cuya incriminación se apoya en la condición de ser *injustificada* la demora en el primer caso, y de que en el segundo la negativa recaiga en una orden de autoridad *competente*.

**313.** — En el capítulo octavo, art. 265, se halla previsto y reprimido con inhabilitación absoluta y prisión de uno a cinco años, el delito de *negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, consistente en que un funcionario público se interese en un contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo.

**314.** — Las condiciones materiales de este delito son: calidad de funcionario público en el agente; contrato u opera-



ción en que intervenga por razón de un cargo: interés en él del funcionario.

El contrato u operación puede ser de cualquier clase, con tal que el funcionario intervenga en él o sus incidencias por razón de su cargo; y su intervención puede ser de carácter permanente o accidental, emanar de una ley, ordenanza o resolución de autoridad competente, y ser directa o por interpuesta persona, simulada o abierta.

Quedan equiparados, en la segunda parte del artículo, al funcionario público, por razón de la naturaleza de su desempeño, los peritos y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, participación o adjudicación hubieren intervenido, y los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los pertenecientes a sus pupilos o curados, o a las respectivas testamentarias o concursos. Equiparación análoga se hace en los arts. 263 y 269, y es por Groizard criticada. Puede verse el n° 268.

Como no se requiere el perjuicio, la infracción es formal y se perfecciona por la sola ingerencia interesada del funcionario. (Groizard, Pacheco, Garraud, Tejedor, Supremo Tribunal de España.)

Lo que la ley se propone al erigir en delito semejantes actos, es asegurar ampliamente la pureza y corrección administrativa. "No es solamente un abuso de poder que sirva a un interés personal, dice Garraud, lo que la ley ha querido reprimir; su fin ha sido substraer a los funcionarios públicos, aún a la tentación de una intromisión peligrosa." Y agrega que la intención fraudulenta no es requerida.

El dolo consiste en infringir la prohibición a sabiendas.

---



### Exacciones ilegales y prevaricato

315.—En lo que consiste el delito de EXENCION ILEGAL. Su objetividad jurídica. 316. — Elementos materiales. Calidad del funcionario público abuso de funciones. Ventaja patrimonial, su ilegalidad. Violencia, fraude, error. 317. — Elemento moral. El móvil. 318. — Consumación y tentativa. 319. — El delito en la ley. 320. Penalidades y criterios de agravación. 321. — El cohecho y la exacción. 322. — PREVARICATO. su gravedad. 323. — En lo que consiste. 324. — Elementos materiales. Equiparación de los árbitros y amigables componedores. Dificultad sobre la ley expresa invocada por las partes. 325. — Elemento moral. La ignorancia y el error de derecho y de hecho. El móvil. El prevaricato por precio. 326. — Agravación calificativa. 327. — Prisión preventiva, improcedente o excesiva. 328. — El prevaricato de los abogados, mandatarios judiciales, asesores y fiscales. 329. — El juicio y el perjuicio.

315. — El delito de *exacción ilegal*, llamado también *concusión*, y entre los romanos *crimen repetundarum*, cuya primitiva sanción fué la repetición de lo indebidamente cobrado, es considerado en la doctrina como el que comete el funcionario público que exige del particular la entrega o el pago de una contribución, de un derecho, dinero o valor indebido.

Es, pues, un delito contra el derecho patrimonial, que se diferencia de la extorsión, el robo y la defraudación, en que en éstos hay sólo un delito personal, en tanto que en el de exacción ilegal hay un concurso ideal de ese mismo delito y el impersonal contra la administración pública, consistente en el abuso de la función por parte del funcionario público. De tal manera que, si en ambos la objetividad final es la misma, una ventaja patrimonial, el segundo, o sea el de exacción ilegal, reconoce una objetividad inmediata superior, que radica en el carácter del interés que afecta, a la cual por eso la primera queda subordinada.



**316.** — El delito contiene como *elementos* materiales los siguientes: la calidad de funcionario público en el agente; un abuso de sus funciones; una ventaja patrimonial como objeto de dicho acto; la ilegalidad de esa ventaja.

Lo que deba entenderse por funcionario público está dicho en el art. 77. En cuanto al abuso, ha de ser de las funciones propias del cargo, de tal suerte que el agente ha de obrar como funcionario, siéndolo y ejerciendo o amenazando ejercer actos inherentes a su empleo. Si simulare una autoridad que no inviste, o invocase orden de otro funcionario, o amenazare con actos de otra autoridad, podrá verse en el hecho otro delito personal de los arriba indicados, tal vez agravados por alguna de dichas circunstancias, mas no el de que aquí se trata.

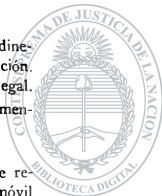
Ahora bien; el abuso puede llevarse a cabo de dos maneras: una, en la que el funcionario público desempeña un papel activo, y otra, en la que lo desempeña pasivo.

En el primer caso puede intervenir la violencia o el fraude, y en el segundo interviene el error de la víctima que paga un derecho o contribución que cree deber y no debe, o que debe en menor cantidad, error que el funcionario público aprovecha, percibiendo maliciosamente lo indebidamente pagado.

La violencia debe ser de carácter moral, pues si se empleare la fuerza física para arrebatar el dinero o valor, el delito se configurará como robo, dado que el medio empleado no habría sido la potestad emanada de la autoridad, sino el poder material del hombre, y en atención, por otra parte, a que a su vez la víctima habría cedido a la fuerza individual y no *metu publicae potestatis*, o sea al temor que infunde la autoridad. Debe ésta, en consecuencia, ceder movida por el temor de sufrir un mal que el funcionario puede infligirle en virtud de la potestad de que se halla investido.

Y ese *temor* puede venir de una intimidación explícita o implícita, como si se diere a comprender, en este último caso, que conviene acceder, sin conminar sin embargo.

El *fraude*, que más propiamente corresponde al art. 174 inc. 5º, consistiría en aconsejar o inducir de tal manera, que la víctima pague o entregue, convencido de que lo que da o paga es debido. Esta especie se vincula más con el caso del error de la víctima, error que el funcionario aprovecha.



La ventaja patrimonial puede ser de cualquier clase (dinero, efectos, valores), y ser requerida a título de contribución, derecho, dádiva o gratificación; pero ha de ser indebida o ilegal.

Demás está decir que lo entregado o pagado indebidamente queda sujeto a una acción civil de devolución.

**317.**—Respecto del *elemento moral*, basta decir que se requiere la malicia y se excluye la culpa. En lo tocante al móvil o propósito de lucro propio, no es requerido: lo mismo hay exacción en provecho de la administración pública que del culpable. Esta circunstancia, lo mismo que la violencia, son tan sólo agravantes calificativas.

**318.**—Para que el *delito* se considere *consumado* no es necesaria la percepción: basta con la exigencia o reclamación, de tal manera que en principio queda excluida la tentativa. Exceptuase el caso del que paga o da por error, en el que la percepción es lo que perfecciona la infracción. Véase Crivellari t. V p. 770. En contra el Supremo Tribunal de España.

**319.**—Según la ley, el funcionario público comete este delito, cuando, con abuso de su cargo, exige o hace pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, un derecho o una dádiva, o cobrase mayores derechos de los que le corresponde (art. 266).

El articulado estaba, como en la extorsión de la ley 4189, mal redactado en el proyecto, y el senado, atendiendo mis observaciones sobre el particular, lo redactó con más sobriedad, claridad y precisión.

**320.**—En ese caso, que es el de fraude o abuso del error o la ignorancia de la víctima, la pena es de prisión de uno a seis meses. Pero si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta un año y la inhabilitación hasta cuatro (art. 267); y si el funcionario convirtiere en provecho propio o de tercero el producto de las exacciones, la prisión se elevará de dos a seis años, y la inhabilitación será perpetua (art. 268).



Son pues la coacción y el lucro los criterios de agravación, con preponderancia del segundo sobre el primero.

En el art. 268 queda comprendido el prevaricato, excepción hecha del caso de sentencia condenatoria en causa criminal, que, por estar reprimido con mayor pena, se rige por el art. 269, segundo apartado.

**321.**—Tiene este delito sus puntos de contacto con la extorsión, el robo, la defraudación, el cohecho y el prevaricato.

En principio, como hace notar Rivarola, la diferencia con el cohecho es fácil de establecer, dado que en éste es el particular quien corrompe al funcionario, desempeñando él un papel activo al ofrecer y pasivo el otro, pero delinquiendo ambos, o por lo menos él, en tanto que en la exacción es, a la inversa, el funcionario quien toma la iniciativa, exigiendo, reclamando o cobrando, y él sólo quien delinque, pues el otro es la víctima.

De aquí que, mientras el cohecho es un delito plural, la coacción es singular, dado que el que da o paga lo hace como víctima de la intimidación o del error.

Mas observa Carrara que no siempre el funcionario, y más bien muy rara vez, se vale de recursos tan torpes como el de exigir. Insinúa discreta e indirectamente, con actitudes, indicaciones, frases o palabras de valor entendido. Y es claro por demás que quien tal ve y escucha, entiende y se convence de que se defiende mejor la causa, buena o mala, ofreciendo o dando, que exigiendo lisa y llanamente el cumplimiento del deber.

Si, por lo tanto, bastan en principio los caracteres diferentes enunciados, la dificultad práctica queda en pie.

Varios son los temperamentos aconsejados para solucionar prácticamente la dificultad, ya que doctrinariamente las reglas son insuficientes.

Consiste uno en resolver la duda en perjuicio del que tenga un antecedente análogo en su contra, sea el funcionario o el particular; otro, en resolverla en contra del particular (cohecho), si se tratare de un acto por parte del funcionario, injusto y favorable para aquél; otro (Carrara y Crivellari), en resolverla en contra del funcionario (exacción), en ausencia de prueba del ofrecimiento por parte del particular, dado que el cohecho es un delito plural. (Crivellari t. V p. 821).

Con relación al robo y la extorsión, se diferencia en la falta de fuerza física y en el abuso de la función como medio, y con relación al fraude en esto último.

En cuanto al prevaricato, queda él aquí comprendido, salvo los casos de los arts. 257 y 269.

**322.**—El delito más abominable que puede cometer un juez es el de que aquí se va a tratar: el de *prevaricato*.

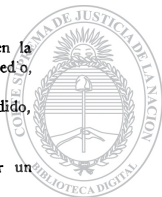
Ninguna misión más delicada y grave que la de discernir justicia, y quien burla la más alta confianza en él depositada, y tuerce el más sagrado de los deberes por él libremente aceptado, convirtiendo el poder puesto en sus manos para decidir sobre el derecho a los bienes, al estado de familia, a la libertad, al honor, a la vida, en instrumento de la ignorancia y de la pasión, se hace acreedor a las más severas sanciones.

Y por cierto que si graves son los intereses privados que por ello quedan comprometidos de más importancia aún son los de carácter social que hiere de inmediato, por lo que es uno de los delitos que a mejor título figura entre los de carácter verdaderamente público.

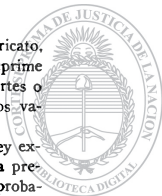
La objetividad jurídica que se consulta entonces para la calificación de este delito, que es la ya expresada de la ofensa y perjuicio inferidos a los intereses públicos de la administración, hace que además del prevaricato del juez, se considere el de los árbitros y amigables componedores, así como el de la duplicidad de los abogados, procuradores, asesores y fiscales. Porque de igual manera contribuyen a desviar y entorpecer la administración de justicia.

**323.**—Comete prevaricato, e incurre por ello en multa de mil a cuatro mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua, dice el art. 269, el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo, o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Pocos delitos en los que las definiciones desacuerdan tanto como en éste. Y todo porque, aunque la esencia del prevaricato está en la injusticia maliciosa del fallo, es por demás difícil expresar ese concepto en forma que no dé lugar a una serie de distinguos tendientes a evitar el reverso de la medalla, que es la condena injusta del juez.







Ya se verá cómo esta definición genérica del prevaricato, pues el art. 270 registra un caso especial en el que se reprime la violación de la ley, haya o no sido invocada por las partes o el juez, deja subsistentes las mismas dudas y los mismos vacíos.

Por lo pronto no prevé el caso de la violación de la ley expresa no invocada por las partes ni la resolución, salvo la previsión particular del art. 270 recordado. Acaso por improbable, lo que por cierto no es razón suficiente.

**324.**—Como elementos materiales de las dos formas genéricas del prevaricato, cabe señalar: la calidad de juez en el agente; una resolución contraria a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo, o la cita, para fundarla, de hechos o resoluciones falsas.

De la primera condición nada hay que decir, sino es que el citado artículo 296 dispone en su última parte, que a los efectos de lo establecido en la primera quedan equiparados los árbitros y arbitradores y amigables compondores. Más como estos últimos no han de sujetarse a las leyes y han de fallar según su saber y entender, no prevaricarán sino, y únicamente, citando hechos o resolución falsas.

En cuanto a la segunda, es indudable la conveniencia de hacer una adecuada separación.

Ante todo ocurre considerar que la ley se refiere a cualquier resolución, sea o no de carácter definitivo, y cabe luego hacer notar, que es posible que el juez dicte una resolución contraria a la ley expresa invocada por las partes, sin que sin embargo incurra en prevaricato. Y la razón se halla en que la parte puede haber apoyado su derecho erróneamente, p. e., en lo criminal.

Tratándose, por lo tanto, de una resolución en semejantes condiciones, debe entenderse que la ley expresa invocada ha de ser la aplicable al caso, y aquí aparece la eterna dificultad: cuándo una sentencia es injusta. Téngase presente que es caso de interpretación del derecho, en el que aun la revocatoria del tribunal de apelación no tiene a su favor sino la presunción del acierto. Renace, pues, bajo la capa de vocablos distin-



tos, el escollo insalvable: el concepto de lo verdaderamente injusto.

No ocurre igual dificultad con la cita de hechos o resoluciones falsas. A este respecto hay que hacer resaltar que por falso debe tenerse lo contrario a la verdad clara e indiscutible, de tal manera que queden excluidos los hechos cuya prueba es susceptible de discusión y no se hallan desmentidos por prueba irrefutable, y recordar a la vez que, según Rivarola entiende, han de ser hechos o resoluciones que tengan alguna importancia decisiva en el asunto; sensata opinión que ha sido recogida en el código y los dos proyectos anteriores, al requerir que los hechos o resoluciones falsas, han de ser las que el juez cite para fundar su resolución o fallo. El informe del proyecto de 1891 hace notar que es este el alcance de las palabras *para fundarlas*.

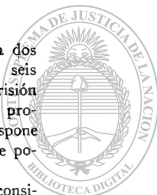
Por lo demás, siendo la infracción *formal*, puesto que consiste en la violación de los deberes de la investidura, sin consideración al daño privado, ninguna influencia tiene la circunstancia de que éste no se produzca, porque la resolución haya sido revocada p. e.

**325.**—Del elemento moral hay que decir que tanto vale la intención criminal como la ignorancia o el error de derecho, puesto que éstos no excusan, y menos en un juez. Excusan únicamente, con arreglo a los principios generales, la ignorancia y el error de hecho.

El *móvil* ninguna influencia tiene, como no sea la de atenuar o agravar, en su caso, conforme a las reglas respectivas. Puede, pues, hallarse constituido tanto por el amor como por el odio, o cualquier otra pasión; sin otra excepción que la del lucro, dado que el prevaricato por precio se rige, o por el cohecho (art. 257) o por la exacción, excluido el caso de la sentencia condenatoria en causa criminal, por encontrarse bajo una sanción más grave (art. 269, segunda parte).

**326.**—Como criterio de agravación adopta la ley uno sólo en la segunda parte del art. 269, al trocar la pena de multa por la de prisión o reclusión de tres a quince años, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.

Esta agravación no requiere ser demostrada.



**327.**—Reprime el art. 270 con multa de quinientos a dos mil quinientos pesos e inhabilitación absoluta de uno a seis años, y a título de prevaricato, al juez que decretare prisión preventiva por delito en cuya virtud no proceda o que la prolongare en forma que, computada conforme a lo que dispone el art. 30, resultare haberse agotado la pena máxima que podría corresponder al reo por el delito imputado.

El asunto es ocasionado a serias dificultades, si se considera que la calificación del delito no siempre es fácil, ni aún al dictarse sentencia, cuando todos los elementos de juicio halláanse reunidos. Vale esto decir que es menester que la improcedencia o el exceso resulten de toda evidencia. Aquí el perjuicio real es de la esencia del delito.

**328.**—El art. 271 considera como prevaricato, y lo reprime con multa de doscientos a dos mil pesos e inhabilitación especial de uno a seis años, el hecho de que un abogado o mandatario judicial defienda o represente partes contrarias en el mismo juicio, *simultánea o sucesivamente*, o que de cualquier otro modo *perjudique deliberadamente* la causa que le estuviere confiada.

El delito de prevaricato del abogado o procurador, en su primera forma, consiste, de consiguiente, en violar la fe en él depositada al confiarle la dirección y el cuidado de los intereses del cliente, tomando a su cargo el cuidado y la dirección de los intereses de la contraparte; sin que sean indispensables, ni el propósito de lucro, ni el perjuicio efectivo, y siendo regularmente ostensible tan sólo una de ambas representaciones y oculta la otra (Carrara, t. V p. 176; Crivellari, t. VI p. 633; Tejedor, p. 488; Rivarola, t. III p. 92; Pacheco, t. II p. 412, y Groizard).

**329.**—Por *juicio* se entiende la discusión y solución judicial de un negocio, sea o no contencioso. Hay pues prevaricato en patrocinar a la vez al convocatario y a los acreedores.

El *perjuicio* efectivo es requerido (y la infracción es entonces material), cuando es producido por algún otro modo que no sea la simple doble defensa o representación, caso en el que basta la posibilidad del perjuicio, y en el que la infracción es por lo tanto formal, como en el caso del art. 269.

En el primero es así mismo suficiente la conciencia de la duplicidad, mientras en el segundo se requiere el propósito deliberado de producir el perjuicio.

Quedan equiparados los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades, porque, como lo dice el recordado informe del proyecto de 1801, pueden todos ellos contribuir con maliciosos consejos a que los asuntos sean resueltos con injusticia.







### Denegación y retardo de justicia, y falso testimonio

**330.—DENEGACION Y RETARDO DE JUSTICIA.** Consideración de la primera forma. 331. — Consideración de la segunda. 332. — Caso de encubrimiento. 333. — Clasificación que corresponde al delito de FALSO TESTIMONIO: casos de equiparación. Falsa declaración ante autoridad competente. Falsedad total o parcial y sus modos. Falsedad substancial, accidental e inócua. El juramento. 335. — Elemento moral. 336 — Penalidad y criterios de agravación. El soborno. 337. — Es un delito formal. La retracción.

**330.**—Los arts. 273 y 274 legislan el delito de *denegación y retardo de justicia*, dos formas de una misma infracción.

Estos hechos “son evidentemente punibles, dice el informe “del proyecto de 1891, por cuanto tienden a paralizar o enervar la acción protectora del poder judicial sobre los derechos “individuales y colectivos”.

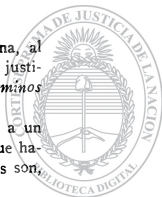
Un juez que tal hace, falta a su deber de administrar justicia, y lo mismo da que lo haga maliciosamente, o por error o ignorancia de derecho, pues el error o ignorancia de la ley no excusan, y menos en un juez.

El primero de ellos reprime con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años al juez que se negare a juzgar, so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley..

La disposición ha sido tomada literalmente del art. 15 del código civil, y no es del todo aplicable en materia criminal, pues en ésta el silencio de la ley no puede ser suplido.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que declararse incompetente o desestimar un pedido por no venir en forma, o en lo criminal desestimar una querrela por no constituir delito el hecho imputado, no importa *negarse* a juzgar.

Debe igualmente tenerse presente que el vocablo *juzgar* se halla empleado en su sentido amplio: tomar conocimiento y resolver.



**331.**—Reprime el mismo artículo con la misma pena, al juez que retardare *maliciosamente* la administración de justicia, *después de requerido por las partes y vencidos los términos legales*.

Estas palabras impiden que se pueda responsabilizar a un juez que por causa justificada retarde su resolución, lo que hace notar la comisión en su informe. Las causas frecuentes son, licencia o cúmulo de trabajo.

Como por otra parte las leyes acuerdan recursos de queja ante los superiores, el juez no incurrirá en responsabilidad, sino cuando, sin causa justificada, y después de requerido por las partes, dejare vencer los términos legales sin administrar justicia.

Por manera que, ni aún retardando administrar justicia sin causa justificada, y aún vencidos los términos legales, no incurrirá en responsabilidad sino mediante requerimiento de parte.

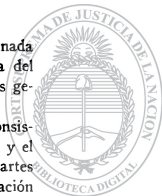
En resumen, tres son los *requisitos* de esta infracción: malicia; requerimiento de parte; vencimiento de términos legales sin administrar justicia.

**332.**—El otro artículo, el 374, reprime con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, al funcionario público que, faltando a los deberes de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes.

Este delito es análogo al de encubrimiento previsto en el art. 277 inc. 6º, y figuraba como tal en el código derogado. En el vigente ha sido trasladado a este lugar, trocando la pena corporal por la de inhabilitación.

Dado que el artículo reconoce como causa de irresponsabilidad la prueba de que la omisión provino de un inconveniente insuperable parecería que el caso de culpa quedara equiparado al de dolo. Esta conclusión tiene sin embargo en contra el sistema de la ley, que prevé en cada caso la culpa punible y las palabras *faltando a la obligación de su cargo*, que emplea el artículo y que denotan un estado subjetivo consciente de la omisión.

**333.**—El delito de *falso testimonio* figuraba en el código derogado entre las falsedades; colocación impropia, dado que constituye una de aquellas falsedades que, por importar uno



de tantos medios de cometer delitos, debe quedar subordinada en su calificación y clasificación a la objetividad jurídica del fin a que tiende, como se hace notar en las consideraciones generales sobre los delitos de falsedad.

Y como la *finalidad objetiva* del falso testimonio consiste en torcer y desviar la justicia, a la manera del cohecho y el prevaricato, perjudicando o favoreciendo a una de las partes interesadas en el juicio, es claro por demás que la colocación que le cuadra es la que le ha dado la ley entre los delitos contra la administración pública, teniendo en cuenta que prima aquí el interés de la justicia, que es efectivo, sobre el particular, que sólo es posible.

**334.**—Comete delito de *falso testimonio* el testigo que falta a la verdad declarando ante la autoridad competente.

Son *condiciones* materiales del delito: la calidad del culpable; una declaración falsa hecha ante autoridad competente.

El culpable ha de ser un testigo. Tiénese por tal a la persona que declara en causa ajena sobre hechos de los que tiene conocimiento por la percepción de los sentidos, viendo u oyendo.

Quedan equiparados al testigo, por razones que por obvias no es menester puntualizar, el perito y el intérprete (artículo 275).

La declaración (el informe, la traducción o la interpretación en su caso) ha de ser prestada ante autoridad competente, cualquiera que sea la clase de funciones que desempeñe, con tal que esté legalmente facultada para instruir causas y adoptar resoluciones. Algunos códigos, como el italiano, hablan únicamente de la autoridad judicial, y otros, como el francés y el belga, de la misma y de la policía.

Ha de ser además prestada en causa ajena, pues nadie es testigo en hechos personales o en causa en que estén en juego sus propios intereses. Una cosa es la parte y otra muy distinta el testigo: la parte discute su derecho ante la autoridad y queda sometida a su decisión, y el testigo coopera a que la autoridad resuelva en justicia.

Ha de ser, finalmente, falsa, y como es falso lo contrario a lo verdadero, va de suyo que no podrá decirse que una declaración es falsa, sino cuando a todas luces resulte lo contrario de lo que el testigo afirmó, negó o calló.





La declaración puede ser falsa en todo o sólo en parte, y la falsedad puede cometerse hablando o callando. Lo mismo falsea los hechos el que afirma o niega, que qu'en simplemente calla la verdad. Debe entenderse, sin embargo, que el hecho de callar la verdad es punible únicamente cuando el testigo no se halla dispensado del deber de manifestarla, según las circunstancias particulares del caso. Tal sería por ejemplo el caso de alguna de aquellas personas cuya comparencia a declarar se halla prohibida expresamente por las leyes de procedimientos, como en lo criminal, por razón de cierto grado de parentesco con el reo o de secreto profesional.

“El que afirmare una falsedad, o negare o callare la verdad”, dice el art. 275.

Lo mismo es que la falsedad recaiga en algo fundamental o en algo incidental: basta que recaiga en algo que puede servir de motivo a que la autoridad tome alguna resolución, de la que pueda venir algún perjuicio.

Si la falsedad se produce en declaración que por alguna razón legal no podría influir en forma alguna en la causa, ni directa ni indirectamente, como si fuere radicalmente nula, o si recayere en algo que no podría servir de motivo para que la autoridad tomare una resolución; si, en una palabra, la falsedad fuera absolutamente inocua, no habría lugar a punición, por falta de material objetivo.

La materia de nulidades se halla relacionada, a estos efectos, principalmente con ciertas tachas, como la edad, o ciertas prohibiciones particulares de la ley, como en lo criminal las de que acaba de hacerse mérito.

Especialmente en lo criminal reviste interés la declaración del menor de edad, en atención a que es hábil a los efectos de la indagación sumaria, en la cual puede adoptarse resoluciones graves, como la detención de las personas.

Por otra parte, y siempre con relación a la edad insuficiente, varias declaraciones de menores pueden dar lugar a fundar una presunción que, aunque indirectamente, es posible influya en la solución de la causa.

De lo dicho se desprende que esta cuestión se halla cruzada de dificultades prácticas de distinto orden.

Sobre el juramento escribe Crivellari, comentando el art. 214 del código italiano, que reconoce un motivo de atenua-



ción calificativa de la pena en la circunstancia de haberse prestado la declaración sin juramento, que esto demuestra que la formalidad de juramento, no obstante ser requerido como solemnidad del testimonio, no constituye un elemento del delito. En contra Rivarola.

En cuanto al *elemento moral*, cabe señalar la necesidad de que el testigo (lo mismo el perito o el intérprete) obre maliciosamente. El testigo puede alterar la verdad por error o ignorancia de hecho excusables: la ley no puede convertir en materia de represión, la anormalidad física o la insuficiencia mental del testigo, ya que puede no haber apreciado debidamente los hechos, por un defecto visual o de audición, por una falta en el mecanismo de la atención o de memoria, u otra análoga.

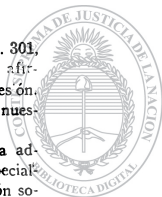
**336.** — La ley reprime el delito con prisión de un mes a cuatro años, y adopta como criterios de agravación la circunstancia de que el falso testimonio haya tenido lugar en causa criminal en contra del reo, en cuyo caso impone la pena de uno a diez años de reclusión o prisión, y la de que haya sido dado por precio, en cuyo caso se agrava la pena con el duplo de la cantidad ofrecida o recibida.

El sobornante es reprimido con la pena del simple testimonio falso, y en todos los casos se impondría al reo, además inhabilitación absoluta por doble tiempo (arts. 275 y 276).

**337.** — La cuestión acaso más debatida en materia de falso testimonio, es la referente al momento en que el delito alcanza su *perfección*.

Desde luego han sido siempre en la ley, y en la doctrina judicial y de los tratadistas, puestas de lado dos situaciones extremas: se conviene en que el delito no se encuentra consumado mientras la declaración no se haya terminado, por la lectura, ratificación y firma de los que deben intervenir en el acto, y no se requiere, por otra parte, que se haya producido un perjuicio irreparable.

La dificultad se plantea, entonces, a partir de la declaración legalmente terminada y hasta un momento del juicio en que aún sea posible su retractación; de tal manera que viene a quedar reducida a saber si la retractación oportuna quita o no al acto su carácter delictuoso.



El código italiano (art. 216), y con él el francés (arts. 301, 303) y el húngaro (225), resuelven el punto en sentido afirmativo: una retractación en tiempo útil no da lugar a represión.

No creo que sea esta la solución que corresponda en nuestro derecho.

El falso testimonio figura entre los delitos contra la administración, lo que quiere decir que se configura especialmente por el mal que de él viene a la justicia, como función social, sin consideración al interés privado que compromete. De tal manera que el perjuicio efectivo privado no es requerido: basta con el *perjuicio posible*.

Bastará, por consiguiente, para que el delito se perfeccione, que la administración haya sufrido por su causa, en el orden, regularidad, y corrección que deben caracterizarla, en forma que haya nacido la posibilidad de un perjuicio privado.

Pertenece, en consecuencia, a la categoría de los delitos llamados formales.

Ahora bien, ¿es posible desconocer que una falsa declaración prestada sobre hechos a cuyo respecto la autoridad ha menester informarse para proceder en justicia y conforme a la ley, ha introducido desde el primer momento un elemento de perturbación en la administración, sumando un valor falso a los valores verídicos recogidos para proceder rectamente?

Es fuera de toda duda que en el mismo momento en que la administración cuenta entre los elementos de juicio uno solo que sea capaz de desviar la verdad de sus resoluciones, ha sido ella tocada, ha sido ella herida y dañada, y al mismo tiempo ha nacido la posibilidad de un perjuicio privado.

Que ese daño sea más o menos grave, o que la posibilidad del perjuicio privado sea más o menos inminente, no son consideraciones que deban influir en la determinación de una condición del delito, pues es bien sabido que no todas las condiciones de un delito se hallan sujetas a términos matemáticos.

¿Por ventura se exige tanto para considerarse consumados los delitos a que se refieren los arts. 254, 258, 265 y 271?

La consideración que se hace valer es que no es justo imponer pena a quien por su propia voluntad destruye en tiempo útil los efectos perjudiciales de su mentirosa declaración.



Pero no solamente se reconoce de tal suerte implícitamente que el delito ya se había consumado, desde que se crea una causa especial de exención de pena, en cuanto ella se funda en haberse evitado (y es a lo que tiende) el evento o perjuicio efectivo privado, que, como se ha visto, no es una condición del delito, sino que se cae en las redes de la casuística y en los peligros de la injusticia, dado que, por una parte, hay resoluciones que, no tomándose sino en determinadas oportunidades legales, permiten una retractación meditada y consciente, como en general son las de carácter definitivo, en tanto que otras, por tomarse en cualquier momento, no dan tiempo a una retractación, lo que particularmente ocurre en lo criminal durante la instrucción, y por otra, hay testigos que son llamados a declarar en último momento antes de resolver.

Aparte de esto, la causa de exención de pena no podría reconocerse sino a favor de quien se hubiese retractado espontáneamente, sea en una ratificación, en un careo o concurriendo *motu proprio*, y no del que lo hubiere hecho forzado a reconocer su mentira puesta de manifiesto.

Hay aún más: el delito podría cometerse precisamente al retractarse de una declaración verídica.

Como la ley no crea, como lo hacen los códigos antes citados, aquí ni en la parte general, semejante causa de exención de pena, debe considerarse consumado el delito luego que se hallen reunidas las condiciones materiales, que para la existencia del mismo fija el art. 275. y que consisten en haber el testigo prestado declaración mentirosa ante la autoridad competente.

En ese mismo momento se hallarán reunidos, formando la unidad infracción, el elemento subjetivo intención de engañar, y el elemento objetivo la ofensa, el daño a la justicia con la mentira, y con ello la posibilidad de perjuicio privado.

Una retractación espontánea y oportuna, por lo tanto, no importa otra cosa en buena doctrina, y dado el silencio de la ley sobre el particular, que una confesión del delito y el propósito de evitar sus dañinas consecuencias, cuya influencia no puede ir más allá de la que tiene el móvil en calidad de circunstancia atenuante. Es en este sentido, pero con carácter de atenuante calificativa, que resuelve el punto el código alemán (58).

Se la da de eximente, sin embargo, el proyecto suizo, a condición de habérsela hecho antes de causar perjuicio.

Algunos códigos, como el húngaro y ticinense, excusan el falso testimonio del que legalmente se encuentra exceptuado de declarar como testigo, y el del que diciendo la verdad se habría acarreado un mal personal.

Esto último, en el código alemán, da lugar tan sólo a una disminución de la pena.



---



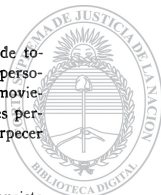
## Del encubrimiento y de la evasión

338.—Quiénes son encubridores. Puntos de contacto y diferencia con los cómplices. 339. — EL ENCUBRIMIENTO como delito "per se". Su objetividad jurídica. Sistemas de legislación. 340. — Condiciones del encubrimiento. a) Existencia de un delito principal, tentado o consumado. (Delito prescripto, amnistiado, y motivos personales de exención de pena o de proceso. Auxilio para proseguir o terminar el delito). b) Actos de asistencia. Asistencia directa, indirecta, positiva, negativa, personal y objetiva. c) Finalidad de la asistencia. d) Asistencia posterior y falta de promesa anterior al delito o concomitante con el mismo. Encubrimiento habitual. El dolo y la culpa. 341. — Encubrimiento calificativo. El móvil en el encubrimiento. 342. — El encubrimiento es un delito formal. La tentativa. 343. — Actos de encubrimientos previstos por el código. 344. — El encubrimiento, y la inviolabilidad del domicilio, el derecho de asilo y la jurisdicción. 345. — Encubrimiento por razón profesional o de empleo. Casos de excepción. 346. — Casos de exención de pena. 347. — Comunicación a los encubridores de las eximentes, atenuantes y agravantes aplicables a los partícipes. 348. — Penalidad. 349. — Evasión.

338.—Así como en su proceso de resolución, preparación y realización, intervienen en el delito personas que se ligan a él de una manera mediata o inmediata, directa o indirecta. principal o secundariamente en sus proyecciones de carácter penal, pueden intervenir otras con el fin de tratar de impedir las, frustrando la acción de la justicia y asegurando su impunidad. Estas personas son los *encubridores*.

Los encubridores, pues, no son partícipes del delito, y obran sin previo acuerdo con éstos, por actos de auxilio posterior. Son personas que entran en acción *ex post factum*.

En verdad los encubridores no son personas realmente responsables del delito, porque únicamente lo son aquellas que en alguna forma fueron causa del mismo, lo que no puede suceder sino por actos anteriores o simultáneos. Los que realizan actos de asistencia posterior, si antes no la prometieron, no responden de aquél, puesto que no han sido en forma alguna su



causa. Sería de la mayor impropiedad decir que se puede tomar parte en un hecho ya realizado. En realidad esas personas nada hicieron contra la víctima; nada animaron ni movieron en la marcha del delincuente hacia el delito: son pues personas que responden de otro delito, consistente en entorpecer la acción de la justicia.

**339.**—El *encubrimiento* es entonces un delito que consiste en prestar ayuda a los delinquentes por actos posteriores al delito, sin previo acuerdo con ellos, y con el propósito de substraerlos a la acción de la justicia.

Tejedor, que en su proyecto llamaba a los encubridores *auxiliadores* o *fautores* y los dividía en tres grados, definía el encubrimiento diciendo: “Es auxiliador y será castigado como tal, todo el que *después* de consumarse una infracción, favorezca al autor por *acciones u omisiones culpables* que tengan “relación con la infracción consumada, *sin haber prometido* “esta ayuda *antes* de la ejecución del hecho”.

Empleaba el término *consumar* sin excluir la tentativa, el vocablo *culpable* en el sentido de intencional, la palabra *antes* comprendiendo el momento de la ejecución no terminada, y la voz *autores* como sinónima de partícipes, comprendidos los cómplices, en cuyo sentido estaba empleada la misma palabra en el inc. 7º del art. 42 del código derogado.

Es un delito independiente del delito principal, cuya objetividad jurídica se haya constituida por el entorpecimiento opuesto a la acción de la justicia, en su misión de investigar, descubrir, juzgar y reprimir los delitos y a los culpables. Es, en suma, un delito contra la administración de justicia. La consideración de que alguna vez tiene como finalidad mediata el propósito de lucro, no le quita ese carácter: ya se ha dicho que el móvil no excluye el dolo directo.

Así lo contempla el código penal italiano, que ha servido de modelo a los proyectos de 1891, 1906 y el código en sus arts. 277 a 279.

El código derogado legislaba el punto con impropiedad. Para él no había encubrimiento sino encubridores, de los que se ocupaba en la parte general a continuación de los autores y los cómplices, algo así como de una tercera categoría de personas criminalmente responsables, o de una forma o grado especial

de responsabilidad. En vez de una especie más de delitos, legislaba una categoría más de delincuentes, substituyendo en la penalidad la parte objetiva por la subjetiva.

**340.**—El encubrimiento supone desde luego como *condiciones*: a) un delito principal; b) actos de asistencia; c) prestación de auxilio con el propósito de asegurar la impunidad para los culpables; d) falta de acuerdo anterior.

a) No importa que el delito sea tentado o consumado; lo importante es que haya materia punible. No puede haber encubrimiento, entonces, donde la justicia nada tiene que descubrir, no tiene ninguna misión que llenar.

Por esta misma razón no puede hablarse de encubrimiento, tratándose de delitos prescriptos o que hayan sido objeto de una ley de amnistía. En contra Carrara, Crivellari y Perroni-Ferranti. (Ver Crivellari t. VI p. 363, y los autores del proyecto de 1891).

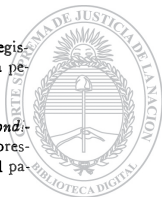
No ocurre otro tanto cuando la acción judicial está impedida de moverse temporalmente por motivos particulares, como ocurre con el caso de un magistrado sujeto a juicio político previo y el de un legislador sujeto a previo desafuero.

Si la acción delictuosa no se encontrare terminada en su finalidad mediata, sea como tentativa o como delito consumado, y la ayuda prestada fuera para proseguirla o concluirla, como en el rapto la ayuda prestada al autor para que viole a la víctima, habrá participación en el delito fin y no habría encubrimiento en el delito medio.

b). Los actos de asistencia pueden ser prestados *directa o indirectamente*. No es menester prestarla al mismo culpable ni obrar en persona; puede favorecerse por medio de terceros.

Pueden también ser *positivos o negativos*. Ejemplo de asistencia positiva es hacer desaparecer los rastros del delito, y de asistencia negativa el de dejar de comunicar a la autoridad las noticias de un delito, estando obligado a hacerlo por su profesión o empleo (art. 277).

Puede además ser la asistencia *personal u objetiva*. Lo primero cuando se refiere a la persona del culpable, como ocultarlo o facilitar su fuga, y en general los casos de los incs. 1º, 4º, y también en los incs. 5º y 7º; lo segundo cuando se relacionan con la materialidad del delito, como guardar los efectos







o instrumentos del mismo, o hacer desaparecer sus pruebas, etc. (incs. 2º y 3º, e igualmente los incs. 5º y 6º).

Por lo demás, consistiendo el encubrimiento en actos de asistencia, de ese punto de vista tiene su analogía con la participación del mismo carácter, punto de contacto que se advierte de nuevo en el encubrimiento habitual y la promesa de auxilio posterior, por lo cual antiguamente el encubrimiento fué conocido con el nombre de *complicidad posterior*.

c) La asistencia debe ser prestada, no para realizar el delito, sino para asegurar sus resultados o la impunidad del culpable.

d) Es menester, por otra parte, que la asistencia sea posterior y que no haya mediado promesa anterior o simultánea con el delito, porque si tal cosa hubiese ocurrido, se estaría en presencia de un partícipe y no de un encubridor. (Ver t. II, cap. XVIII).

Es por eso que el art. 277 dice: "... el que, *sin promesa anterior* al delito, cometiere, *después* de su ejecución, alguno de los hechos siguientes". Concuerdá, además, con el 46.

El alcance del vocablo *anterior* va hasta la promesa simultánea, con tal de que la tentativa o la consumación del delito no haya tocado a su término. Es esa la interpretación que surge de la doctrina y de la correlación del artículo con el 32 derogado, en el que, al definir la complicidad, se hablaba de actos de cooperación *anteriores o simultáneos*.

Este requisito de la falta de promesa anterior o simultánea es lo que conduce a considerar el encubrimiento habitual, en códigos como el francés y el belga, y en opinión de tratadistas como Rivarola, Haus y Nypels, como un acto de participación, toda vez que un hábito semejante, suficientemente conocido, importa un ofrecimiento implícito anterior de segura ayuda a todo delincuente, que de manera apreciable influye como causa del delito. Ha sido sin embargo considerado por el código en el inc. 5º como acto de mero encubrimiento. Puede verse lo dicho sobre el particular en el capítulo citado.

El encubrimiento requiere, finalmente, el propósito delictuoso: no hay, por consiguiente, encubrimiento por *culpa*.

Mas el dolo sólo es requerido con relación al conocimiento de la existencia del delito y de la responsabilidad del culpable: no es menester conocer siempre el delito en concreto ni

a la persona del culpable. Bastará que se sepa que se ha cometido una acción penada por la ley, y que el auxilio se relaciona con él o con persona criminalmente responsable. Tal el caso del encubridor habitual, en el que no se exige el *conocimiento determinado de los delitos*.



**341.**—Puede el encubrimiento ser considerado de otros puntos de vista que no sean los ya examinados de sus elementos. Estos puntos de vista se relacionan con la *calidad del sujeto activo* del encubrimiento, por una parte, y del *móvil*, por otra.

Del primer punto de vista puede dividírselo en *simple y calificado*. *Calificado*, cuando el encubridor es un empleado público o un profesional que ha prestado ayuda para que el hecho quede oculto o para la impunidad de los culpables, faltando a los deberes que la ley le impone (inc. 6°).

Del segundo punto de vista cabe apreciar el encubrimiento, del mismo modo que otros delitos (n° 112), con un criterio de mayor o menor gravedad específica, dentro de su gravedad genérica, en razón del carácter del móvil. Y así será más grave si el móvil fué el odio, el rencor o el lucro, y será menos grave si fuese el afecto, la gratitud, la hidalguía, la lealtad. Cuando el móvil es respetable, puede llegar a constituir una causa de exención de pena, como en los casos previstos por el art. 278.

**342.**—El encubrimiento es un *delito formal*: no es menester que el culpable haya logrado su objeto de salvar al delincuente o hacer desaparecer las pruebas o los efectos del delito; de burlar a la justicia, en una palabra. Será suficiente que haya puesto por obra su criminal designio. Y así su responsabilidad será la misma aunque el criminal sea tomado, las pruebas reconstruidas, secuestrados los efectos, etc.

Es por eso que la ley equipara el encubrimiento tentado al consumado (inc. 2°). No hay, por lo tanto, *tentativa* en el encubrimiento.

**343.**—Prevé el código, en los seis incisos del art. 277, todos aquellos actos que considera como de encubrimiento, los que pueden consistir en acciones u omisiones, y se refieren,



tanto a la persona del delincuente, cuanto a los efectos, instrumentos y pruebas del delito.

Ocultar al delincuente o facilitar su fuga, *con el fin de substraerlo a la acción de la justicia*; negar *sin motivo legítimo* permiso a la autoridad para entrar a su domicilio a prenderlo; procurar hacer desaparecer los rastros del delito; guardar, esconder, comprar o vender los efectos del mismo *en provecho propio o de sus autores*; acoger o proteger *habitualmente* a los delincuentes, o guardar armas o efectos relacionados con hechos delictuosos, aunque no se tenga conocimiento determinado de ellos, y omitir denunciar o proceder, estando por su profesión o empleo legalmente obligado, son los que para la ley constituyen actos de encubrimiento.

De estos casos, tres son los que merecen especial consideración: ocultar al delincuente o facilitar su fuga; negar a la autoridad, sin motivo legítimo, el permiso para penetrar al domicilio a prenderlo, y no poner deliberadamente en conocimiento de la autoridad lo que se sabe sobre un delito o sus partícipes, cuando hay obligación de hacerlo por razón de profesión o empleo (incs. 1º, 4º y 7º).

Puede verse los arts. 716, 717 y 171 del código de justicia militar, y el t. I, nº 28, letra e).

**344.**—Los dos primeros casos a que acaba de hacerse referencia, rozan cuestiones de derecho diplomático y jurisdicción, y la inviolabilidad del domicilio.

Puede negarse la entrada al domicilio para aprehender al delincuente por motivos legítimos de índole varia, y entre ellos el de carecer el requirente de la orden escrita emanada de autoridad competente en su caso. La inviolabilidad del domicilio se haya consagrada por la constitución, cuyo art. 18 expresa que las leyes fijarán los casos y la forma en que podrá ser allanado, y el código de procedimientos fija los casos y la forma en los arts. 187, 188 y 189.

Por el lado del derecho internacional cabe recordar el derecho de asilo acordado a los representantes diplomáticos, a cuyo respecto el Tratado de derecho penal internacional celebrado en Montevideo el 23 de enero de 1889 dispone en su art. 17 lo siguiente:



“Art. 17. — El reo de delitos comunes que se asilase en una legación, deberá ser entregado por el jefe de ella a las autoridades locales, previa gestión del ministerio de relaciones exteriores cuando no lo efectuase espontáneamente”.

“Dicho asilo será respetado con relación a los perseguidos por delitos políticos; pero el jefe de la legación está obligado a poner inmediatamente el hecho en conocimiento del gobierno del estado ante el cual está acreditado, quien podrá exigir que el perseguido sea puesto fuera del territorio nacional, dentro del más breve plazo posible”.

“El jefe de la legación podrá exigir a su vez las garantías necesarias para que el refugiado salga del territorio nacional, respetándose la inviolabilidad de su persona”.

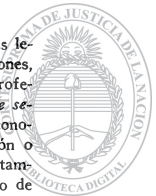
“El mismo principio se observará con respecto a los asilados en los buques de guerra surtos en aguas territoriales”.

Por lo que respecta a la jurisdicción en esta misma materia, tratándose de delitos cometidos en el país por los miembros de una delegación extranjera, a bordo de buques extranjeros en aguas argentinas o de buques argentinos en aguas extranjeras, es de tenerse en cuenta cuanto sobre el particular queda dicho en el t. I, núms. 87 y siguientes.

**345.**—Otro de los casos recordados, que es el que mayor dificultad ofrece en la práctica, es el previsto en el inc. 7º por el cual se considera encubridor al que, en conocimiento del hecho o de sus partícipes, omite dar cuenta a la autoridad, teniendo obligación de hacerlo por su *profesión o empleo*.

Es este un caso de encubrimiento calificado por razón de la calidad del encubridor, y supone un deber legal impuesto al profesional o al empleado. Por lo tanto se relaciona directamente con la denuncia, que es materia de procedimientos. Y como estas leyes son de incumbencia de los poderes locales, el código se ha limitado a referirse a los profesionales o empleados obligados a hacer la denuncia, sin designarlos.

Hay que referirse en consecuencia a los códigos de procedimientos para saber cuáles son los profesionales y los empleados que tienen esa obligación. Es en ellos, en realidad, donde se hace la determinación de esas personas y los casos en que el deber procede.



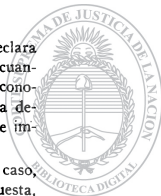
Pero si el código deja esa determinación librada a las leyes locales, les impone sin embargo determinadas limitaciones, aunque en forma indirecta. Y así, con relación a los profesionales, en el art. 156 reprime como delito de *violación de secretos, la revelación*, sin justa causa, de los que tuviesen conocimiento por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. Con relación al empleado público el art. 154 reprime también, como el mismo delito, la revelación que el empleado de correos o telégrafos hiciere del contenido de la correspondencia de la que se enterase abusivamente. Algo análogo se establece en el 157, con relación a las actuaciones o procedimientos de carácter secreto.

El código de procedimientos para la capital federal y territorios nacionales hace esa determinación en el art. 164 con relación a los empleados, y en el 165 y el 166 con relación a los profesionales.

Por el art. 164 está obligado a hacer la denuncia, *toda autoridad o todo empleado público que en ejercicio de sus funciones adquiriera el conocimiento de un delito que dé nacimiento a la acción pública*. Por los arts. 165 y 166 se impone esa misma obligación a los *médicos, cirujanos y demás personas que profesan cualquier ramo del arte de curar*, en los casos de *envenenamiento y otros graves atentados personales, en los cuales hayan prestado los socorros de su profesión*.

Según se advierte, la ley procesal ha impuesto el deber de la denuncia únicamente a los *médicos, cirujanos y demás personas que profesan cualquier ramo del arte de curar*, entre los que quedan incluidos los farmacéuticos, los dentistas y las parteras; y eso mismo únicamente en los casos de *envenenamientos y otros graves atentados personales*.

Pero la ley procesal no se ha circunscripto a hacer la determinación de las personas y de los casos con el deber de la denuncia, sino que ha repetido en los arts. 167 y 275 ins. 2º y 5º las limitaciones impuestas por el código penal. Así, con relación a los profesionales, expresa en el art. 167, que las personas mencionadas en los arts. 165 y 166 quedan exceptuadas si las *revelaciones* les fueren hechas *bajo secreto profesional*, y en el 275 in. 5º, que las mismas (aquí se refiere expresamente a los farmacéuticos y a las parteras) y en los mismos casos (*hechos revelados por razón de su profesión*), *no podrán ser ad-*



*mit'ados como testigos*. En cuanto a los empleados, los declara con esta misma excepción en este mismo artículo, inc. 2º, cuando no pudieren deponer *sin violar el secreto* que hayan conocido *por razón de su cargo*. Si no pueden ser obligados a declarar como testigos, va de suyo que tampoco se les puede imponer el deber de la denuncia en esos mismos casos.

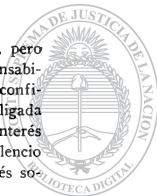
Se reduce entonces la dificultad a decidir en cada caso, si, no obstante la obligación que por la ley resulta impuesta, se encuentra o no el profesional o el empleado comprendido en la excepción prevista por dichos artículos, para lo que se deberá tener presente: que ha de tratarse de un *secreto*, que éste debe haber sido *confiado* (les fueren hechas, dice el artículo), al profesional o al empleado, y que debe haberse confiado el secreto *por razón del ejercicio de la profesión o del empleo*.

Estos tres requisitos deben concurrir conjuntamente. Si faltase alguno de ellos no habrá lugar a la excepción. Así, el profesional o el empleado no tendrá el deber de la denuncia, si el hecho era público y notorio, o si siendo secreto no se le ha hecho conocer en forma confidencial, o si habiéndosele hecho conocer con este carácter no lo hubiese sido por razón de su profesión o empleo.

Es *secreto*, según la definición del diccionario de la lengua, "lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto". Desde luego esto supone, por parte de quien hace la confidencia, un interés en mantenerlo así. Es por eso que la ley agrega los vocablos *les fueren hechas*, que contribuyen a precisar más aún ese concepto. Y *confiar*, agrega el mismo diccionario, es "depositar "en uno, sin más seguridad que la buena fe y la opinión que de "él se tiene, un secreto", etc.

Por consiguiente, cuando el profesional o el empleado, aunque sea en razón del ejercicio de su profesión o de su empleo, haya tomado conocimiento del secreto, no porque le haya sido *confiado* por la persona interesada en mantenerlo oculto, sino por sus propios medios, no será caso de excepción.

Hay más todavía: y es que aún tratándose de un secreto confiado por razón del ejercicio de la profesión o del empleo, el deber de la denuncia no sufrirá excepción, si la revelación fuere hecha por persona cuyo interés en mantenerlo reservado no es respetable para la ley.



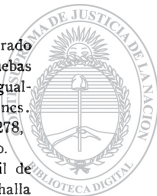
El tercero puede no tener el deber de la denuncia, pero no tiene el derecho de encadenar la conciencia y la responsabilidad de una persona, so pretexto de hacerlo en forma confidencial, poniéndola en conocimiento de lo que está obligada por la ley a denunciar, puesto que, por encima de su interés personal, que puede ser el del precio recibido por su silencio y que no se encuentra legalmente protegido, está el interés social, que sólo cede por razones de orden superior.

Es cierto que el código penal vigente no emplea el vocablo *confiado*, como lo hacía el derogado en sus arts. 44, 247 y 265; pero no lo es menos, que el concepto de la ley no ha variado. Puede verse, además, lo que se dice al tratar del delito de violación de secretos en el cap. XII.

**346.** — Aparte de las causas generales de exclusión de responsabilidad, el encubrimiento reconoce causas propias de exención de pena. Son ellas las que enumera el art. 278, y se fundan: en el vínculo de parentesco, por ser el encubridor ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o afín colateral en segundo grado del delincuente; en razones de afecto o de gratitud, por ser el encubridor amigo íntimo del culpable, o haber recidido de él grandes beneficios anteriores al delito. Esto último únicamente con relación a los delitos contra las personas.

Esto se explica perfectamente, si se considera que del mismo modo que la ley contempla con más severidad el delito que revela en sus modalidades un mayor esfuerzo para vencer las naturales resistencias opuestas a su realización por razones de sentimientos afectivos, de consideración, de lealtad y de gratitud, derivados de los vínculos de parentesco, amistad, confianza dispensada, etc., cuando han sido estos los motivos que han impulsado al delito, tiene que mirarlos con tanta más benignidad, cuanto mayor haya sido la fuerza que esas impulsiones hayan ejercido sobre el agente.

Ciertamente no se concibe cómo la ley podría haber permanecido indiferente ante el culto por la familia, el honor, la dignidad, la lealtad, la hidalguía, la consecuencia, la amistad, la gratitud, sentimientos fuerzas de cohesión y solidaridad social que en su interés está fomentar en vez de destruir.



El respeto por esos sentimientos no ha sido consagrado tan sólo en la excepción recordada; de ello ofrecen pruebas firmes los arts. 41, 80, 81, 92, 122, 127, 142 y 185, como igualmente los arts. 74 ins. 1.º, 2.º, 4.º, 6.º, 7.º, 12.º y 14.º, 76 ins. 1.º y 4.º, 163, 275 ins. 1.º a 5.º, 276 ins. 7.º, 9.º y 12.º, 278, 279 y 280 del código de procedimientos tantas veces citado.

Es por eso que cuando en vez de responder el móvil de la ocultación al sentimiento de afecto o de gratitud, se halla informado de otro sentimiento vil y antisocial, como el precio o la participación en los efectos del delito, la exención de pena desaparece a los ojos del legislador, como puede verse en el art. 45.

Hay aún más, y es que no se trata de la ocultación de los efectos del delito para que aproveche al partícipe o al encubridor, sino, y únicamente, de la ocultación de la persona del delincuente, o de los mismos efectos, los instrumentos o los rastros, cuando la ocultación de estas cosas constituye un medio para obtener la impunidad de aquél, pues es en realidad este el propósito que la ley contempla en la exención de pena en cuestión.

Por otra parte, la exención de pena no tiene lugar, si la ocultación se realiza por precio o participación en los efectos del delito (art. 279).

**347.** — Es de tenerse en cuenta, por último, en lo referente a las atenuantes y agravantes, que no se comunican al encubridor ni aún las de carácter objetivo, computables en el delito principal.

En cuanto a las eximentes, sólo beneficiarán al encubridor aquellas que de modo absoluto quitan al hecho principal todo carácter delictuoso; como la legítima defensa y el cumplimiento del deber.

**348.** — La pena para el delito de encubrimiento es de prisión de quince días a dos años. Naturalmente que se tendrá muy en cuenta, para graduarla dentro de sus límites, la naturaleza del delito encubierto, pues aunque la objetividad jurídica o materia objetiva del encubrimiento es distinta de la del





delito encubierto, no es posible desconocer la influencia que éste ejerce, en orden a la penalidad del primero. En realidad, todo encubrimiento, cualquiera que sea la naturaleza del delito encubierto, hiere un mismo interés, el social de justicia. Más como este interés es tanto mayor cuando más grave es el delito que se procura reprimir, su encubrimiento revestirá una importancia en relación, y por lo tanto herirá aquel interés con una intensidad graduable y una gravedad mensurable. La pena, en consecuencia, tendrá que ser medida con arreglo a esa misma gravedad. Era este, por otra parte, el sistema del código derogado, según el cual la pena del encubrimiento guardaba relación con la del delito encubierto.

349. — Al delito de *evasión* encuéntrase dedicado el capítulo catorce, y en él se reprime con prisión de un mes a un año al que, hallándose *legalmente* detenido (cualquiera que sea la autoridad que haya decretado la detención), se evadiere (aunque se recupere momentáneamente la libertad, circunstancia que únicamente podrá invocarse como atenuante), valiéndose para ello de violencia en las personas (física o moral) o fuerza en las cosas (art. 280).

Si pues el delito puede ser cometido por el mismo detenido, es sólo a condición de que la detención sea legal y de que emplee, para conseguir su libertad, violencia en las personas o fuerza en las cosas.

“Puede admitirse la impunidad del detenido no sentenciado que procura y obtiene por la fuga su libertad, sin causar daño ni ofensa material, dice el informe del proyecto de 1891; pero el respeto del instinto de la libertad, no debe llevarnos a sancionar la irresponsabilidad del que se evade usando medios punibles.”

Comete el mismo delito, y sufrirá prisión de un mes a cuatro años (art. 281), el particular o empleado que favoreciere (de cualquier manera) la evasión (momentánea o definitiva) de un detenido o condenado (este agregado excluye la represión del condenado evadido, pues el art. 280 limita la represión al *detenido*), sea o no legal la detención, desde que la

ley no establese esa condición, como lo hace en el art. 280 respecto del evadido.

Si el favorecedor fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación absoluta por triple tiempo, y si la evasión se debiese a su negligencia, sufrirá únicamente multa de cien a mil pesos.

La represión del favorecedor particular tiene su fundamento en el atentado a las resoluciones de la autoridad, delito de cuyos caracteres participa en general el de evasión, al paso que la del favorecedor funcionario público reconoce especialmente como fundamento la violación de los deberes del cargo.

No trae aquí la culpa, como tampoco la trae en los casos de los arts. 189, 196, 203, 254, 251 y 262, aparejada como complementaria la inhabilitación de los arts. 84, 94, 136, 177 y 223.







## DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA

### Consideraciones generales

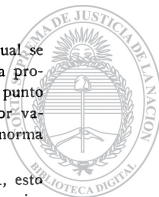
¿Cuál es la razón en cuya virtud la falsedad, que, como la violencia, constituye ordinariamente un medio, no un fin, en el delito, en vez de figurar como elemento o circunstancia calificativa en el hecho o delito mediato y final, se convierte aquí en delito por sí misma?

Si el código registra numerosos casos de delitos en los que la falsedad aparece en alguno de aquellos conceptos, es claro por demás que únicamente la falsedad en ciertas condiciones puede ser erigida en delito perfecto.

Corresponde investigar entonces cuáles son esas condiciones, para por ellas poder explicar el por qué, los términos normales del problema, según los cuales, la objetividad criminosa, representada por el resultado hacia el cual tiende, es la que en principio sirve de base a la calificación del delito, son aquí de tal manera alterados, que dicha objetividad queda relegada a segundo término, absorbida por el medio empleado, el que, en cambio es el que impone la calificación.

No es difícil, por cierto, dar con la razón, que no es otra que la de la prevalencia de lo más grave. Es la preponderancia del interés más fuerte la que, encontrándose al mismo tiempo varios comprometidos, rige la calificación del acto.

La falsedad, en verdad no constituye delito, en general, o porque, o es inocua o es en ocasiones inocente y hasta necesaria, o porque, dirigida a un fin delictuoso, por lo común no afecta directamente un interés jurídicamente tutelable. De aquí que, en estos casos sea punible únicamente a título de elemento o de circunstancia del delito fin. Mas cuando compromete



un interés de mayor consideración que aquel contra el cual se la emplea como medio, interés por lo mismo digno de la protección jurídica del estado, su incriminación, desde este punto de vista, de preferencia con relación al interés de menor valor, no es más que una lógica consecuencia de aquella norma de hermenéutica penal.

"La falsedad, dice el informe del proyecto de 1891, esta es, el engaño, la mentira, como medio de ejecución, interviene en varios otros delitos; pues todas las malas acciones se ejecutan con la intervención de la violencia o de la astucia. Es peculiar a las estafas el que intervenga la simulación de la verdad; el estupro no puede cometerse si no interviene el engaño necesario para la seducción; la calumnia no existe sin la falsa imputación. El derecho preeminente que ha sido lesionado en estos casos es el de la propiedad, el de la honestidad o el del honor. En muchos de los hechos previstos en el presente título aparecerá también la noción del derecho de propiedad; pero un interés superior al del daño causado a un particular es el que recibirá la ofensa de este delito: la manifestación de verdad pública y forzosamente aceptada por otros, impuesta por ciertos signos exteriores del objeto que los lleva, o por la condición o funciones de la persona de quien emana. Alguien es perjudicado cuando recibe en pago una moneda falsa, o se le opone un instrumento o certificado falso; pero al lado de este daño privado aparece el daño mayor que recibe la fe pública."

Resta, después de lo dicho, averiguar cuáles son los casos en que la falsedad hiere un interés inmediato superior al mediato final, tarea que ahorra el código, al catalogar en el título XII, en concepto de delitos de falsedad y bajo la denominación genérica de *Delitos contra la fe pública*, la falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador, documentos de crédito, sellos, timbres, marcas y documentos en general, los fraudes al comercio y a la industria y el pago con cheques sin provisión de fondos.

Pero, qué es lo que hay en estos casos de afectado por la falsedad que reviste mayor importancia que el lucro o la venta jurídica cuyo logro por su medio se procura?



La respuesta es fácil. En ellos, salvo el caso de la falsificación del documento privado, la falsedad hiere de inmediato un interés, un bien colectivo de mayor valor que el privado al cual tiende, y es la *fe pública*, alma y nervio de la actividad civil, de la actividad comercial, de la actividad económica, del progreso y el bienestar común.

En todos ellos, más que un determinado derecho o interés particular, es un conjunto de intereses indeterminados el que por la falsedad queda afectado, puesto que recae en objetos, signos, actos o instrumentos, a cuyas constancias se acuerda pública fe, en cuanto por ellos se adquiere, se trasmite, o en general se declara, extingue, modifica, regula o compromete derechos, en forma solemne y auténtica, imprimiendo al objeto o acto la garantía pública.

Y esos actos y objetos que merecen pública fe, son aquellas constancias escritas o representaciones materiales, como los documentos públicos, la moneda, los billetes de banco, los sellos oficiales y las firmas de funcionarios públicos, los títulos al portador y los documentos de crédito público, que prueban *erga omnes*. Y por analogía los testamentos ológrafos o cerrados, las letras de cambio y los títulos de crédito al portador o endosables, equiparados, por su importancia en el régimen de los derechos de familia y en el comercio, a los documentos públicos. Lo mismo las firmas, marcas, billetes, sellos o contraseñas de establecimientos públicos o particulares, de uso impuesto por la ley.

La excepción recordada de la falsificación de documento privado es única, y no es admitida sin contradicción y sin reserva en la doctrina.

Las demás falsedades van absorbidas en los respectivos delitos, y cuando más, figuran como circunstancias agravantes o como condición de la infracción. El mismo falso testimonio figura entre los delitos contra la justicia, que es la que en todos los casos sufre sus consecuencias.

En cuanto a la forma, puede ella ser oral, escrita, por hechos o por uso del efecto falsificado.

Del dolo puede decirse que se concreta en la conciencia de la falsedad, excluyéndose la culpa y convirtiéndose la in-

tención relacionada con el resultado final en el móvil o dolo indirecto o remoto del delito de falsedad.

Por lo que hace al perjuicio, cabe afirmar que consiste en el causado directamente a la fe pública, siendo suficiente, si bien necesario, que el mediato o final procurado sea posible.





**De la falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito, sellos, timbres y marcas**

**350.—Importancia de la FALSIFICACION DE MONEDA.** En lo que consiste el delito. 351. — Facultad de acuñar moneda y autorizar a la extranjera. 352. — Condiciones materiales: fabricación, cerceñamiento y alteración. 353. — Es un delito formal que sin embargo admite la tentativa. 354. — Elemento intencional. 355. — Penalidad. Fabricar, introducir, expender, circular. 356. — **BILLETES DE BANCO, TITULOS AL PORTADOR Y DOCUMENTOS DE CREDITO PUBLICO.** Quedan excluidos los privados. Razón de esta exclusión. 357. — Facultad de emitir billetes. 358. — Algunos títulos o créditos provinciales. 359. — Modos de alteración de los títulos de crédito. 360. — Jurisdicción y ley aplicable en el caso de fabricación en el extranjero. 361. — Falsificación de monedas, billetes, títulos y documentos de crédito extranjeros. 362. — Penalidad de la fabricación o emisión de moneda, billetes, etc. con menor título y peso, o en mayor cantidad que la autorizada, hecha por funcionarios públicos. 363. — **FALSIFICACION DE SELLOS, TIMBRES Y MARCAS.** Efectos oficiales y particulares de uso legal obligatorio. Casos de equiparación. Penalidad. Omisiones. 364. — Medios y modos. 365. — Condiciones de la infracción. 366. — ¿El código ha derogado las leyes especiales? 367. — Consumación del delito. 368. — Participación.

**350.** — La actividad transaccional y de intercambio, el movimiento y el progreso comercial e industrial, no serían posibles sin que la ley garantizara la buena fe; la buena fe pública que es el alma que los anima y mueve. Y esa ley no puede ser otra que la ley penal, porque para el caso las leyes civiles son de una ineficacia incontestable.

El primero de los objetos que del señalado punto de vista debe caer bajo la protección de medidas represivas por su extraordinaria importancia para los asuntos de la vida pública y privada, es indudablemente la moneda, instrumento económico el primero entre los primeros; y es así como la ley





reprime en los arts. 282, 283 y 284, la *falsificación* de toda *moneda* que tenga curso legal en la república, sea acuñada o no por el estado, y cualquiera que sea su clase (oro, plata, níquel, cobre) y valor.

**351.** — El legislador, no obstante tratarse de una ley que, a semejanza de la de bancarrota, ha sido enunciada por la constitución como independiente del código de la materia (art. 67 inc. 11°), la ha incluido en el código penal tal como se ha hecho con aquella y el código de comercio.

Como el sellar o acuñar moneda y fijar su valor y el de las extranjeras, es facultad que incumbe exclusivamente a la nación (arts. 67 inc. 10.° y 108), únicamente quedan comprendidas las acuñadas por el gobierno nacional, o de curso en la república en virtud de una ley nacional. No cabe, por lo tanto, cometer delito en moneda acuñada por las provincias: en cuanto a las extranjeras no autorizadas, rige el art. 286.

**352.** — La falsificación puede consistir: en crear la falsa moneda, fabricándola; en cercenar o alterar de otro modo la verdadera. Son estas, pues, las condiciones materiales del delito, en cuya penalidad incurrir sin embargo por igual los que, sin fabricar ni alterar la moneda, a sabiendas la introducen, expenden o ponen en circulación. ✓

El *cercenamiento* de la moneda, que es uno de los modos de alterarla (la metálica, pues cercenar significa quitar, disminuir), constituye una manera de adulterar la moneda, conservando su legitimidad en la parte no quitada, por cierto la más fácil de percibir.

**353.** — El delito es pues en principio formal, aunque admite la tentativa. Es formal, porque su objetividad jurídica consiste en el atentado a la soberanía a la vez que a la fe pública, y en el peligro y la inseguridad que el hecho implica en el orden económico de un país) no en el logro del lucro indebido. Y es por eso que la ley reprime la mera fabricación o alteración, sin requerir que la moneda así fabricada sea puesta en movimiento.



**354.** — En cuanto al elemento intencional, va de suyo que queda excluida la culpa.

**355.** — La penalidad establecida es la reclusión o prisión de tres a quince años en el art. 282 para la fabricación, introducción, expendio o circulación de moneda falsa, y de uno a cinco años de las mismas penas en el 283 para la alteración, introducción, expendio o circulación de moneda alterada, hechos indudablemente menos graves.

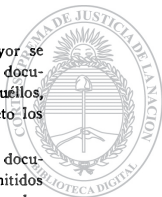
Si la alteración consistiere en cambiar el color de la moneda, la pena será de seis meses a tres años de prisión (art. 283), y será de multa de cien a dos mil pesos para el que, habiendo recibido de buena fe la moneda falsa o alterada, la hiciera circular maliciosamente (art. 284).

La distinta gravedad de las penas corresponde indudablemente a la distinta gravedad de cada uno de esos actos, siendo de notar que la equiparación que hace la ley de la introducción, expendio y circulación, y la fabricación o alteración, se explica suficientemente, tanto del punto de vista subjetivo cuanto del objetivo.

**356.** — Quedan equiparados a la moneda, por el art. 285, a los efectos de lo dispuesto en los artículos precedentes; los billetes de banco legalmente autorizados; los títulos de deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones; los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provincial o municipales; los títulos, cédulas y acciones al portador emitidos legalmente por los bancos o compañías autorizados para ello, y los cheques. En una palabra, *billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito público*.

La razón de la equiparación que se hace en el artículo en examen salta a la vista; todos esos documentos juegan el rol de la moneda y llevan el sello del efecto público.

"Es que la naturaleza y funciones del objeto sobre que recae la falsificación, dice el informe del proyecto de 1891, son los mismos, la representación del valor. Si por una parte pudiera pensarse que la falsificación de moneda importa un delito mayor, por la falta de respeto a la soberanía de que



"emana la moneda, por otra el peligro de un mal mayor se  
"presenta en la falsificación de billetes de banco o de docu-  
"mentos de crédito, por la más extensa circulación de aquéllos,  
"el mayor valor de las operaciones que tienen por objeto los  
"segundos".

Y explicando el por qué de la equiparación a los docu-  
mentos de crédito de los títulos y cédulas al portador emitidos  
legalmente, dice el mismo informe, transcribiendo a Rivarola:  
"Si la falsificación de títulos de crédito público es un delito  
"tan grave como la falsificación de los billetes de banco...;  
"si por otra parte se imponía una severa sanción a la falsifi-  
"cación de billetes de banco, no se concibe por qué no tendrán  
"igual protección de la ley las emisiones de otros títulos al  
"portador, hechas con autorización del estado. La objetividad  
"del delito es la misma; tanto es un gravísimo atentado a la  
"fe pública garantizada por la autorización del estado, la fal-  
"sificación de cédulas hipotecarias como la falsificación de  
"billetes de banco".

Los demás documentos que desempeñan en el mundo de  
los negocios un papel análogo a la moneda y el billete ban-  
cario, como son las letras de cambio y los títulos particulares  
de crédito transmisibles por vía de endoso o al portador, a que  
se refiere el art. 297, quedan excluidos.

Rivarola, explicando el por qué de la impropiedad de  
equiparar estos títulos a la moneda y al billete y demás títulos  
de crédito público, transcribe, censurando la opinión de Zanar-  
delli, triunfante en el código italiano, la contestación que se le  
diera diciendo: "..... El carácter de la moneda es el de ser  
"innominada, y no el de hacer fe por el nombre del girante,  
"del aceptante o del tomador; de circular en no limitado es-  
"pacio; de recorrer el gran círculo de todo el movimiento  
"económico de un Estado; de ser, por decirlo así, el lenguaje  
"universal o la *expresión* que todos adoptan y que todos en-  
"tienden para denotar y valuar el precio de las cosas, como  
"cambian las ideas con las palabras usuales; por lo que, si por  
"analogía se puede admitir la parificación a las monedas pro-  
"pias y verdaderas que llevan el valor en sí mismas, de los  
"billetes de banco que las representan y aun los títulos inmina-



" dos que emiten los gobiernos, no me parece que pueda decirse  
" lo mismo de los títulos nominales que podrían tener su tutela  
" eficaz en las penas de la falsedad documentada".

**357.** — Como la facultad de emitir billetes o papel moneda es correlativa a la de acuñar moneda, únicamente quedan comprendidos los emitidos por bancos autorizados en virtud de una ley del congreso (arts. 67 in. 5.º y 10.º y 108 de la constitución).

Con relación a los billetes de banco, títulos de deuda pública y al portador y documentos de crédito extranjeros, rige el art. 286.

**358.** — En cuanto a los títulos de crédito provinciales, son dignos de recordar los de deuda pública interna emitidos en forma de lotería, como los de Buenos Aires y Tucumán, y los de igual clase llamados *Bonos de fomento* de esta última provincia, emitidos en forma de billetes y que substituyen allí en la práctica en gran parte a la moneda de curso legal.

**359.** — Claro está, por lo demás, que los modos de alteración de estos títulos, acciones, etc., son más variados que los de la moneda, pudiendo recaer tanto en la cantidad, como en la fecha, el interés y la amortización, las anotaciones sobre amortización o cancelación, etc.

**350.** — Claro está, por lo demás, que los modos de alteración con la falsificación o alteración de moneda, billetes o títulos argentinos, hecha fuera del país. ¿Quién juzga el hecho y qué ley se aplica en tal caso? La ley reprime la fabricación, lo mismo que la introducción, sin hacer distinción de lugar, por lo que es entendido que es aplicable aun respecto a los falsificadores en el extranjero; y esta solución se halla de acuerdo con los principios de derecho internacional aceptados por el código en el art. 1 in. 1.º, y consagrados antes en el Tratado de derecho penal internacional firmado en Montevideo a 23 de enero de 1889, según el cual el delito cometido en un país, pero cuyos efectos deben producirse en otro, debe en principio ser juzgado por las autoridades de éste y con arreglo a sus leyes.



**361.** — Si la falsedad, cercenamiento o alteración, prescribe el art. 286, se efectuare en monedas extranjeras sin curso legal en la república, o billetes de banco, títulos de deuda pública, títulos al portador y documentos de crédito extranjeros, la pena será de uno a cinco años de prisión en el caso del art. 282, de seis meses a dos años en el del art. 283, y de cincuenta a quinientos pesos de multa en el art. 284. No concuerda con el art. 1.

La menor penalidad se explica perfectamente, por tratarse de instrumentos económicos de uso excepcional en el país, sin fuerza cancelatoria *erga omnes*, y que no llevan en sí la garantía del efecto público proveniente de la ley, por lo que el peligro y el perjuicio mismo son menores. x

Es sin embargo de advertir que, tratándose de delitos destinados a producir principalmente sus efectos en el país a que perteneciere la moneda, el billete, el título, etc., falsificados, la disposición de los artículos se aplicará casi siempre a la introducción, expendio y circulación, pues respecto de la fabricación tendrá que aplicarse la ley del país perjudicado, ya sea con relación a los países signatarios del Tratado de Montevideo, por disponerlo expresamente así en principio, ya sea con relación a las demás naciones, por ser ese el principio universalmente consagrado.

**362.** — Finaliza el capítulo primero con el art. 287, que reprime con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación absoluta por doble tiempo, al funcionario público y al director o administrador de un banco o de una compañía, que fabricare, emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda, con título o peso inferiores al de la ley, o billete de banco, o cualesquiera títulos, cédulas o acciones al portador, en cantidad superior a la autorizada.

"Las emisiones extralegales, dice el recordado informe del "proyecto de 1891. aun cuando no se hagan con propósito de "personal, constituyen un hecho gravísimo y fácil de producirse en épocas de gran actividad comercial o de especulación".

Llama la atención que se halla omitido prever la comisión de algunos de los delitos legislados en los artículos preceden-

tes, por funcionarios o empleados públicos con abuso de funciones.

**363.** — En el capítulo segundo se legisla sobre *falsificación de sellos, timbres y marcas*, materia que puede considerarse dividida en dos grupos. El primero, que comprenda la falsificación de sellos oficiales, papel sellado, sellos de correos o telégrafos, o cualquier otra clase de efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad o tenga por objeto el cobro de impuestos, en cuyo caso la ley impone de uno a seis años de reclusión o prisión (art. 288), como asimismo la de marcas, contraseñas o firmas de que se use en las oficinas públicas o por funcionarios públicos para contrastar pesas o medidas o identificar cualquier objeto, en cuyo caso se impone prisión de seis meses a tres años (art. 289 inc. 1.º); y el segundo, que comprende la falsificación de billetes de empresas, sellos, marcas o contraseñas de fábricas o establecimientos particulares, exigidas por la ley para cierta clase de trabajos o de artículos, en cuyo caso la pena es la últimamente expresada (art. 289 inc. 2.º).

Se omite en este grupo la firma, prevista en el inc. 1.º, omisión que no reviste importancia, puesto que la firma es una de tantas contraseñas.

En cuanto a la omisión de la falsificación de las firmas oficiales en el art. 288 inc. 1.º, que preveían el código derogado, la ley de 1863 y el proyecto de Tejedor, tomado del código español, se expresa el informe del proyecto diciendo: "La importancia de toda firma nace del escrito a que está aplicada; y no de todo escrito sino del que constituye un documento. La firma no es entonces sino un requisito esencial del documento... Fuera del documento, sólo bajo un aspecto puede preverse el delito de falsificación de firma de un funcionario público: cuando se le aplicare oficialmente a la identificación de un objeto cualquiera, caso en que reemplaza a cualquier otra contraseña y es el excepcionalmente referido en el artículo... (289 inc. 1.º, del proyecto de 1917)",

Los del primer grupo son efectos oficiales y los del segundo efectos particulares, pero de uso impuesto por la ley. Se



trata, en consecuencia, de efectos de carácter público destinados a hacer pública fe respecto de los objetos cuya veracidad o autenticidad tienen como fin afirmar. ✓

Como la ley no hace distinción, es entendido que ellos pueden ser tanto nacionales como provinciales o municipales.

Son *sellos oficiales*, según el informe del proyecto de 1891, "todos los usados como signo de autenticidad de los documentos públicos".

Ha sido equiparado a la falsificación (arts. 288, última parte, y 299 inc. 3º), el acto de imprimir fraudulentamente el sello verdadero, y el de aplicar marcas o contraseñas de las oficinas públicas, o los sellos, marcas o contraseñas de fábricas o establecimientos particulares, a objetos, obras o artículos distintos de aquellos a que debían ser aplicados.

Si la impresión fraudulenta del sello fuere hecha por empleado público con facultad de usarlo, Rivarola opina, con Carrara, que cabrían el delito de falsificación y el de malversación, debiendo prevalecer el más grave.

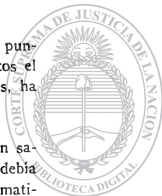
En el otro caso de equiparación, consistente en aplicar marcas, etc., a artículos distintos, se advierte la omisión, en la enumeración de la firma de que habla el inc. 1º del art. 289, omisión que carece de importancia, dado que es evidente que el inc. 3º se refiere a los casos comprendidos en los dos primeros, con la sola salvedad explicable de los billetes de empresas del inc. 2º, y en atención a que la firma es una contraseña, como ya se ha hecho notar.

Otro caso de equiparación, aunque con pena menor (pensión de quince días a un año), es el del art. 290, por el cual se reprime el acto de hacer desaparecer de cualquier sello, timbre, marca o contraseña (también aquí se omite la firma a que se refieren los arts. 288 y 298), el signo que indique haber ya servido o sido utilizado para el objeto de su expedición.

**364.** — Es indiferente el medio de que se haga uso.

La falsificación, por lo tanto, consiste en falsificar efectos, en usar fraudulenta e indebidamente los verdaderos, o en hacer desaparecer el signo indicador de su uso.





**365.** — Las condiciones materiales del delito quedan puntualizadas, y cabe repetir una vez más que en estos delitos el elemento intencional excluye la culpa. El propósito, pues, ha de ser fraudulento.

**366.** — Rivarola planteaba el problema consistente en saber si la ley de marcas de fábricas, comercio e industrias debía ser aplicada con preferencia al código, y lo resolvía afirmativamente, en razón del carácter especial de dicha ley, la de 14 de noviembre de 1900, que legislaba la materia de distinta manera y con una penalidad menor, como que tenía en mira tutelar el comercio y la industria, poniéndolo a cubierto de una concurrencia desleal, en lo tocante a la propiedad, legitimidad y autenticidad de los artículos y productos que son su objeto, más que evitar el perjuicio al adquirente.

La misma cuestión se planteaba con relación a las leyes de correos y telégrafos, en lo tocante a la falsificación de sellos para ese uso.

No obstante la especialidad de estas leyes, es de tener en cuenta que por el art. 305 se deroga toda ley que se oponga a las disposiciones del proyecto, y además que en el informe del proyecto de 1891, se expresa que “El capítulo *falsificación de sellos, timbres y marcas*, reemplaza en el proyecto (el código, de acuerdo con el de 1906, todavía lo amplía, sin dejar de incluir lo pertinente a *los delitos contra la propiedad, intelectual e industrial*, que aquel legislaba aparte) el de falsificación de sellos, *firmas* y marcas del código penal derogado, convenientemente ampliado, para que pueda substituir también las disposiciones penales de las leyes especiales”. El informe del proyecto de 1906 manifiesta otro tanto.

**367.** — En cuanto a la *consumación* del delito no es posible decir aquí en todos los casos lo que se dijo de la falsificación de monedas y sus similares, pues estos son efectos con valor en sí, y su falsificación entraña virtualmente la posibilidad de un perjuicio que puede hacerse efectivo con sólo ponerlos en movimiento, lo que no es posible decir de los efectos de que aquí se trata, a cuyo respecto el peligro de perjuicio nace en general de su aplicación a un objeto; de tal manera que



no habrá de considerarse realizada la infracción sino por el uso que se haga del efecto falsificado.

Se exceptúa aquellos que, como el papel sellado, los sellos de correos, etc., son efectos con valor de cambio, análogos a los similares de la moneda y que desempeñan una función análoga.

**368.** — Por lo que respecta a los partícipes del delito, cabe hacer presente que, aunque la ley se refiere únicamente al que falsifica, imprime fraudulentamente el sello verdadero, aplica los efectos verdaderos a objetos distintos de aquellos a que estaban destinados, hace desaparecer el signo indicador del uso del efecto, sin mencionar a los que introducen los efectos falsificados, los venden o circulan maliciosamente, como se hace con relación a la moneda y sus similares y se establece, entre otros casos, en la ley de marcas, correos y telégrafos, la cuestión tiene su solución en los principios generales relativos a la participación criminal.



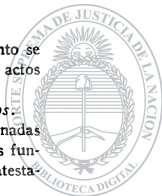


### Falsificación de documentos en general, disposiciones comunes a los delitos de falsedad

369.—Lo que debe entenderse por “documento”. Documento público y privado. El testamento ológrafo o cerrado, la letra de cambio, los títulos de crédito endosables o al portador, las boletas de empeño del Banco municipal de préstamos. Opinión de Carrara respecto del documento privado. 370. — La “falsedad”. Su concepto, clases y modos. La supresión o destrucción del documento. 371. — En lo que debe recaer la falsedad. Falsedad material e intelectual. La doctrina y la ley. 372. — La posibilidad del “perjuicio”. Ha de nacer ella directamente del documento falsificado. Inocuidad de falsedad. “Nulidad” del acto. Naturaleza de las consecuencias jurídicas del acto que el documento contiene. 373. — Concurso de falsedad y delito fin. 374. — “Momento consumativo”. El uso en el documento privado: controversia. El testamento ológrafo, etc. 375. — Cuando el culpable es un funcionario público. Abuso de sus funciones. 376. — Falso certificado médico. 377. — Penalidad. 378. — DISPOSICIONES COMUNES a los delitos de falsedad.

369.—Hay en la falsedad en documento, de la que el código se ocupa en el capítulo tercero, dos cosas que considerar: el documento y su falsificación. Sobre lo concerniente al llamado dolo especial y al perjuicio, como condiciones propias de esta especie, en las *Consideraciones generales* acerca de los delitos de falsedad se ha dicho lo suficiente.

En sentido genérico entiéndese por *documento* todo escrito que tiene por objeto probar un hecho o la celebración de un acto, o, como dice Caravantes, todo escrito en que se halle consignado algún acto. Deriva el vocablo de las palabras *docere mentem*, que significan declarar, demostrar, poner de manifiesto la intención, o también estrictamente instruir la mente. Pero en el sentido específico penal, como dice Liszt, documento es todo escrito cuyo objeto es probar un hecho de consecuencias jurídicas.



Se advierte, desde luego, que la falsedad de documento se vincula directamente con el sistema de las pruebas de los actos jurídicos (Rivarola).

Los documentos se dividen aquí en *públicos* y *privados*.

Son documentos *públicos* los redactados con determinadas solemnidades por un oficial público dentro del límite de sus funciones, o por una persona con facultades para dar una atestación pública, en los límites de su competencia.

De ellos se ocupa el código civil en los arts. 979 y siguientes, y se caracterizan porque hacen plena fe para todos: *erga omnes*.

La ley, que usa indistintamente las palabras *documento* e *instrumento*, equipara por obvias razones a los documentos públicos en el art. 297, los testamento ológrafos o cerrados, las letras de cambio y los títulos de crédito al portador o endosables.

Los testamentos tienen una importancia excepcional en el régimen de la familia y de los bienes, y las letras de cambio y los títulos de crédito endosables o al portador juegan en el comercio y en el mundo de los negocios un papel análogo al de la moneda.

La cámara de lo criminal de la capital federal, de acuerdo con la jurisprudencia italiana, ha declarado que una boleta de empeño del Banco municipal de préstamos es documento público, fundándose en lo que dispone el art. 979 inc. 9º del código civil. De todos modos es un papel al portador. Ha declarado, en cambio, que no lo es, ni aún el título de crédito a que se refiere el art. 297, el billete de lotería.

Por testamento ológrafo o cerrado se tendrá, a los efectos de esta disposición, el que reúna las condiciones exigidas por el código civil en sus arts. 3639 y 3665 y siguientes, y respecto de las letras de cambio y los títulos de crédito endosables o al portador, se estará a lo que sobre ese particular dispone el código de comercio en los títulos X, XI y XIII.

Son documentos *privados* los que, en las condiciones enunciadas, no son públicos, y se diferencian de ellos, además de las formas y la calidad de oficial público de uno de los que en éstos debe intervenir, en que no hacen fe respecto de terceros, sino una vez reconocidos.



Es por esto que Carrara impugna la inclusión de la falsedad de documento privado entre las falsedades, dado que una falsedad semejante no hiere la fe pública que todos estamos interesados en mantener incólume, y que nace precisamente de la protección que la ley presta a los documentos públicos, mediante la intervención de personas autorizadas y el empleo de formas solemnes, con el fin de asegurar su veracidad.

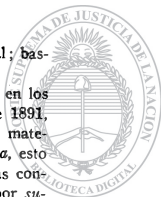
No obstante este lógico parecer, según el cual la falsificación de documento privado debiera quedar incluida como condición o circunstancia del delito fin al cual sirviera de medio, el código y la legislación en general, haciendo una excepción a la razón que se ha tenido en cuenta para erigir la falsedad en delito perfecto, siendo como es sólo un medio de cometer delitos, ha incluido entre los delitos contra la fe pública la falsedad en documento privado; si bien con menor pena, como es por cierto muy explicable.

Pero no es esta diferencia de penalidad, por razón de la distinta gravedad del acto, la única que separa un caso de otro, sino que es de doctrina que el momento consumativo es así mismo distinto, según se verá más adelante.

**370.**—Otro concepto que es menester aclarar es el de la *falsedad*. La falsedad es la mutación de la verdad, y puede ser total o parcial; y tanto una como otra pueden tener lugar en documento fraguado, o en verdadero pero adulterado (arts. 293 a 296).

La falsedad, pues, puede consistir en la creación de todo el documento o en su alteración, y hallarse comprendida en sus enunciaciones materiales (falsedad escrita, extrínseca o *física*), o en las declaraciones o aseveraciones (falsedad oral, intrínseca o *ideológica*).

Puede así mismo consistir en hechos, como la supresión o destrucción del documento, hecho igualmente previsto en la extorsión, en la defraudación y en la violación de sellos y documentos. La falsedad consiste aquí en mudar la verdad, haciendo aparecer p. e. como existente un derecho fenecido, c. v. v. Así habrá falsedad en destruir un documento de obligación o descargo, en inutilizar un testamento existiendo uno anterior que contenga otras disposiciones, etc. (art. 294).



La supresión o destrucción puede ser total o parcial; basta que sea perjudicial.

“Distribuimos la parte fundamental de esta materia en los arts. 339, 340 y 341, dice el informe del proyecto de 1891, “comprendiendo en el primero la falsedad por *creación* material del documento, en el segundo la falsedad *ideológica*, esto es, aquella en que el instrumento de formas verdaderas *consigna* declaraciones falsas; y en el último la falsedad por *supresión* en todo o en parte de un documento, forma también “de falsedad, por cuanto afecta la verdad, a cuya prueba de “existencia está destinado aquél”.

Aparte de estos puntos de vista generales relacionados con los modos de cometer la falsedad, particularmente pueden ellos consistir en variar las firmas o las fechas; en suponer la intervención de personas; en atribuir a las personas que intervienen hechos o manifestaciones falsas; en falsear la designación del lugar; en hacer intercalaciones, raspaduras o enmiendas, agregando, suprimiendo o alterando cláusulas; en dar testimonio de documento falso o inexistente, etc.

También la falsedad por el uso del documento por otro falsificado.

~ 371.—La falsedad debe recaer en algo que el documento deba probar, porque de lo contrario faltaría la posibilidad del perjuicio. No habrá, por consiguiente, falsedad punible, si ella recayere en cláusula, enunciación o particularidad cualquiera que ninguna influencia tenga sobre la prueba del acto. La ley no tutela el escrito sino su contenido jurídico.

La cámara de lo criminal de la capital federal ha resuelto que se había cometido delito de falsedad, con la supresión, en una letra de cambio, del endoso verdadero y su substitución por uno falso.

El asunto que en este número se considera, ha dado lugar a una interesante controversia sobre si la falsedad *ideológica* o intelectual es punible al igual que la *material*.

Los impugnadores de la inclusión, como Rivarola, Carrara y Bonnier, sostienen que la fe que merece el documento público se relaciona con la verdad material únicamente, la que en una escritura pública consistiría en lo consignado por el escribano como pasado ante él (la presencia de las personas y lo que

hicieron o dijeron, p. e.), y no con la verdad intelectual, la que en el mismo caso consistiría en lo que las partes dijeron (una que pagó el precio con anterioridad y la otra que lo recibió, p. e.).

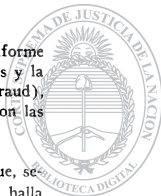
Esta impugnación armoniza en realidad con la doctrina jurídica respecto al alcance de la fe probatoria *erga omnes* del documento público, y en general con el precepto de los arts. 993, 994 y 995 del código civil.

Una declaración falsa sobre la libertad o servidumbre de un bien, sobre el pago o la tradición anterior, es en realidad una falsedad oral, y no hiere la fe pública, aunque pueda resultar perjuicio; porque lo que merece tal fe es lo que el oficial público afirma haber pasado en su presencia, visto u oído. Y merece esa fe, porque el que lo dice es un oficial público. Pero que sea o no cierto lo que una de las partes dijo ante él, nada tiene que hacer con su carácter de oficial público: ello queda librado por entero al crédito que deba acordarse al particular que hizo la manifestación.

Según la cita hecha en el n° 370 del informe del proyecto de 1891, fuente del art. 293, en éste se hallaría incluida la falsedad intelectual, en la parte en que habla de *insertar o hacer insertar declaraciones* falsas. Sin embargo, como a continuación agrega: “concernientes a un hecho que el instrumento de “ ha probar, de modo que pueda resultar perjuicio”, parecería que en realidad no quedare incluida, puesto que no teniendo por objeto el documento público probar la verdad de las manifestaciones hechas por los interesados, no resulta claro que de la falsedad de las mismas pudiera venir perjuicio para terceros, para quienes únicamente las enunciaciones materiales merecen fe.

Sin embargo, el documento privado va incluido en el delito de falsedad, y se tiene éste como perfecto por el solo uso que de aquél se haga, aunque no se obtenga el fin propuesto, y en un sistema que acepta semejante temperamento, con cuanta más razón podría considerarse herida la fe pública con una falsedad intelectual producida ante un oficial público y bajo formas solemnes. No solamente no es de presumir se falte a la verdad en tales condiciones, sino que, por lo mismo, una manifestación hecha en ocasión y forma tan solemnes, es ocasionada a causar perjuicio, dado el grado de veracidad que merece.





Es consecuencia de lo dicho, que la *simulación*, conforme a la opinión de Rivarola y Blanche, contra la de Nypels y la doctrina más generalizada en Francia (Chauveau, Garraud), quede también incluída, puesto que lo único verdadero son las enunciaciones materiales.

— 372. — Otra condición del delito es el *perjuicio*, el que, según queda dicho en las *Consideraciones generales* y se halla expresado en la ley (arts. 292, 293 y 295), basta con que sea posible. Pero es necesario que la falsedad sea capaz de producirlo. De aquí lo que ya se ha hecho ver: que el documento esté destinado a probar un acto de consecuencia jurídicas, así como que la falsedad debe afectar esa prueba. Si recae en algo que ninguna influencia tiene sobre dicha prueba, del mismo modo que si el documento fuere *radicalmente* nulo, será una falsedad moral, pero no una falsedad legal punible. Véase lo dicho sobre este punto en la extorsión y la defraudación.

“La posibilidad del perjuicio, y no sólo el perjuicio realmente producido, da lugar en este delito a su consumación; pero es indispensable y esencial que esa posibilidad exista, porque en el caso contrario se trataría de una acción que, siendo totalmente innócua, no habría por qué reprimir”. (Exposición de motivos del proyecto de 1891).

Se relaciona con este punto lo que Carrara llama la *imitación de la verdad*, que él conceptúa indispensable. Naturalmente que si la falsificación fuese tan grosera que no hubiese de engañar a nadie, faltaría el elemento perjuicio posible: se plantearía, en una palabra, la cuestión del delito imposible prevista en el art. 44.

Si por otra parte basta con la posibilidad del perjuicio, el delito, como ya se anticipó en las *Consideraciones generales*, es formal, y no requiere para su perfección jurídica el perjuicio efectivo.

Siendo suficiente el perjuicio mediato posible, el efectivo servirá a lo sumo de criterio para evaluar la pena dentro de sus márgenes.

La posibilidad del perjuicio, por lo demás, ha de nacer directamente del documento, en forma que aparezca éste obrando como instrumento directo de aquél. No habría así falsedad, aunque habría estafa, en el caso propuesto por Carrara, del



que, logrando pasar por persona responsable mediante la exhibición de un documento de crédito falsamente creado por él a su favor, obtiene de un tercero la entrega de una suma de dinero

En cuanto a la naturaleza de las consecuencias jurídicas del acto, o del perjuicio, contenido en el documento, puede ser patrimonial, de familia, etc. ,

**373.**—Dado que la falsedad es un medio, es posible que el delincuente alcance a realizar el delito fin. En cualquiera de ambos casos primará el delito más grave. Puede verse lo dicho en el nº 183.

**374.**—En la *consumación* del delito de falsedad hay que distinguir entre el documento público y el privado, según oportunamente se hizo notar.

Tratándose de documentos públicos, el delito se perfecciona con la sola falsedad una vez realizada, porque en ese mismo instante la fe pública se halla herida y nace al mismo tiempo la posibilidad del peligro, lo que no ocurre con el documento privado, cuya falsedad no hace surgir el delito sino mediante el uso que de él se haga, dado que su fuerza probatoria depende de su reconocimiento.

Como excepción puede citarse el código alemán, que requiere el uso en ambos casos.

En los casos que el delito se perfecciona por el uso, se controvierte si basta la sola presentación o es menester insistir en hacerlo valer. Los de este último parecer, del que participan Rivarola y Carrara, invocan como fundamento, que la insistencia aclara la intención, y que la falta de insistencia importa un desistimiento. En contra Zanardelli, para quien esa insistencia no es necesaria, desde que el uso se ha realizado y con él la falsedad; a lo que agrega, que un desistimiento ante una intimación para que el presentante manifieste si insiste o no en hacer valer el documento como prueba, no sería un desistimiento voluntario de la falsedad en sí, aunque pudiera serlo del delito fin.

Es cierto que en general los códigos de procedimientos civiles prescriben el trámite de requerir del que presentó el documento, siendo éste impugnado por falso, la manifestación de





si insiste o no en valerse de él. Pero esa exigencia tiene su explicación en la conveniencia de evitar una comprobación morosa e inútil, si las partes están conformes en retirar la pretensión en vista de la impugnación, o, v. v., en retirar ésta en vista de la insistencia en aquélla. Se trata, pues, de una previsión de mera prudencia y utilidad, con fines exclusivamente civiles y sin ninguna trascendencia de carácter penal. Tan es así, que los códigos de procedimientos penales no se refieren a ese requisito.

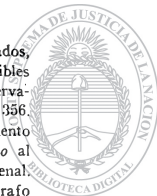
Hay aún más, y por cierto de orden fundamental y concluyente, y es que todo lo concerniente a las condiciones de realización o ejecución del delito es materia de la ley penal de fondo, cuya interpretación se halla constitucionalmente atribuída a la justicia y prohibida en cambio a las legislaturas locales, las que sólo pueden reglar la jurisdicción y los procedimientos. Quien carece de facultad para dictar la ley carece de ella para alterarla.

Es realmente inconcebible, que en un país de régimen penal unitario, constituya en una jurisdicción un acto meramente preparatorio lo que en otra constituye un acto de ejecución del delito so pretexto de que sus leyes locales establecen o no determinados trámites procesales. Leyes tales adolecerían de un vicio de insanable nulidad, por ser violatorias de la constitución nacional.

Tampoco se comprende por qué en la gestión privada de cobro de un documento falso puede haber tentativa sin insistencia, y no cuando se la hace ante la justicia, a la que regularmente se recurre por no haberlo conseguido privadamente, resultando de tal suerte absurdamente favorecida por la ley, precisamente la situación más grave, ni el por qué de esta ratificación de una voluntad puesta de manifiesto con bastante claridad por el hecho mismo de la presentación: si el que lo presenta ignora la falsedad, tendrá esto que ser demostrado.

Es esta, por otra parte, la jurisprudencia establecida por la cámara de lo criminal de la capital federal, entre otros casos en el de Casimiro Gómez.

Como se ve, el delito de falsedad en documento se comete, tanto por el que efectúa la falsificación como por el que hace uso de él (art. 296). El mal material es sin duda el mismo, pero la temibilidad del culpable parece distinta en ambos casos.



Por lo que respecta a los testamentos ológrafos o cerrados, y a las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, es menester hacer algunas observaciones, aparte de que debe tenerse presente lo dicho en el n.º 356.

El testamento ológrafo no es en realidad un documento público: es un documento privado, únicamente *equiparado* al documento público; tanto por la ley civil como por la ley penal. El código civil en su art. 3650 dice: "El testamento ológrafo *vale como* acto público y solemne". No dice que sea. El código penal dice a su turno: "Para los efectos de este capítulo quedan *equiparados*..." Puede verse además la nota del codificador al art. 3650 citado. En consecuencia, la consumación del delito se operará en el caso, no en concepto de documento público, sino de documento privado análogo al documento público: esto es, por el uso. También la doctrina francesa (Machado t. IX p. 533) y la italiana (Crivellari t. VII f. 254).

¿Puede decirse otro tanto del testamento cerrado? No: esta forma de testar se halla sometida a previsiones formales óe autenticidad, que le dan, una vez llenadas, el carácter de un verdadero acto público. (Ver arts. 3666 y siguientes del código civil). Un testamento así colocado bajo la guarda y la fe públicas, no puede ser falsificado sin que quien lo haga viole por lo menos las seguridades públicas externas puestas sobre él en resguardo de su autenticidad.

Donde la duda no cabe es en la falsedad de las letras de cambio y títulos de crédito endosables o al portador: estos son documentos privados, sólo *equiparados* a los públicos, y por lo tanto el delito no se perfecciona sino con el uso que de ellos se haga (Crivellari).

**376.**—Si el delincuente fuere un funcionario público que cometiere la falsedad con *abuso de sus funciones*, sufrirá además de la pena corporal, inhabilitación absoluta por doble tiempo. La razón de la pena complementaria es evidente: además de falsario abusó de sus funciones; su inmoralidad es indudablemente mayor.

Con abuso de *sus funciones* dice la ley, y con ello queda excluido el caso del funcionario que cometiese el delito fuera

del ejercicio de sus funciones, en actos particulares o usurpando funciones que corresponden a otro.

**376.**—El art. 295, finalmente, reprime con prisión de un mes a un año al médico que diere por escrito un certificado falso, concerniente a la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad o lesión, cuando de ello *resulte* perjuicio.

La pena se elevará de uno a cuatro años, si el falso certificado *debiera* tener por consecuencia que una persona sana fuera detenida en un manicomio, lazareto u otro hospital.

Es esta una disposición que prevé casos de *complacencia* profesional, cuyos resultados son frecuentemente perjudiciales en el primer caso y siempre en el segundo.

Es de advertir que en el primero la ley requiere el perjuicio efectivo, haciendo así una excepción al principio adoptado.

Es de advertir, así mismo, que la única falsedad que es posible establecer en caso del certificado médico, es la que se relaciona con las manifestaciones materiales de la enfermedad, o con todo aquello que pueda ser apreciado por los sentidos, como una lesión, una fractura, etc., o los síntomas de la enfermedad. No será pues posible relacionar la falsedad con la interpretación de los síntomas: el diagnóstico de una enfermedad por sus manifestaciones puede ser errado por lo equivocas, aparte de que la verdad médica es, como en la interpretación jurídica de los hechos, relativa. Y esta equivocidad y relatividad se acentúa aún más en las afecciones psíquicas.

**377.** — La penalidad, fuera de los casos del art. 295 recordado, se fija por la ley en reclusión o prisión de uno a seis años para la falsedad en documento público, y en prisión de seis meses a dos años para la de documento privado.

**378.** — En el capítulo cuarto, art. 299, se reprime con prisión de un mes a un año, la fabricación, introducción en el país o conservación en su poder, de materias o instrumentos *conocidamente destinados* a cometer algunas de las falsificaciones previstas en los capítulos precedentes del código.



Esto importa reprimir actos verdaderamente preparatorios, se relaciona más directamente con la falsificación de moneda, billetes, y demás falsificaciones previstas en los dos primeros capítulos, y admite, como es natural, la prueba de un destino distinto.







## De los fraudes al comercio y a la industria y del pago sin provisión de fondos

379.—Consideraciones generales sobre los FRAUDES AL COMERCIO Y A LA INDUSTRIA. Calificación. El perjuicio y el elemento moral. Delitos formales; la tentativa. 380. — Falsas noticias y coalición comercial. El dolo. Consumación. 381. — Oferta de fondos públicos, etc. Consumación. 382. — Balances falsos. El móvil. 383. — Actos contrarios a los estatutos, etc. El dolo y el perjuicio. Consumación. 384. — PAGO SIN PROVISION DE FONDOS. El dolo, consumación.

379. — Incluye el código en el capítulo quinto, entre los delitos contra la fe pública, los *fraudes al comercio y a la industria*.

La comisión daba como razón de la inclusión de estas disposiciones, la conveniencia de adoptarlas, dado el gran desarrollo que el comercio y la especulación han adquirido en el país, y el daño que puede venir de los hechos en ellas previstos.

La materia de este capítulo figuraba en el proyecto de 1891 entre las defraudaciones, y fué de allí separada por el de 1906, conforme a la observación de Groizard, quien, criticando la inclusión de estos actos entre los delitos contra la propiedad, recuerda el non *erat hic locus*.

En realidad, quienes tales actos realizan, no atacan sino de un modo mediato o indirecto al derecho patrimonial privado. Lo que por ellos queda herido de inmediato, es la buena fe, alma y nervio del comercio y de la industria, es la libre concurrencia que regula, según la ley de la oferta y la demanda, el precio de las cosas.

No contempla la ley, por lo tanto, el perjuicio patrimonial privado, sino el daño inmediato social que nace de la *posibilidad de ese perjuicio*, por virtud de la inseguridad y de la perturbación introducidas en las transacciones.



De lo dicho se infiere, que en general se trata de *delitos formales*, que en principio excluyen la *tentativa*, con la sola *excepción* del caso del art. 301, en el que el daño real es requerido y cabe la tentativa.

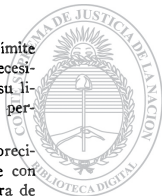
Con relación al elemento moral, es de señalar la necesidad que medie dolo, con exclusión de la *culpa*. Y este mismo *dolo*, que consistirá en realizar los actos prohibidos por la ley, debe ir informado del móvil o propósito fraudulento de obtener un lucro indebido. Exceptúase únicamente el caso previsto en el inc. 3º del art. 300, que es inculpa “cualquiera que hubiere” se sido el propósito perseguido al verificarlo”, y el del art. 301, que admite el dolo eventual.

La primera forma de esta clase de delitos, que agrupa el código en su mayor parte en el art. 300 e inculpa con prisión de seis meses a dos años, es la del inc. 1.º, tomado de los códigos italiano (293), francés (419), holandés (334) y español (556 y 557), consiste en hacer alzar o bajar el precio de las mercaderías, fondos públicos o valores, por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas, o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla, o de no venderla sino a un precio determinado.

De la circunstancia de requerirse la malicia y el propósito fraudulento, se desprende: que el que propaga la mala noticia debe conocer su falsedad; que la coalición para hacer bajar los precios no responda a un fin de beneficio público de carácter permanente, sino a un propósito transitorio dirigido a destruir industrias o comercios rivales, para luego remontar los precios y monopolizar la plaza (Wolowski); que si el propósito fuere p. e. político, no habrá delito.

Comprende esta forma dos casos: el de la alza y el de la baja por medio de falsas noticias o negociaciones fingidas, y el de la coalición comercial o industrial. En el primero el delito se perfecciona sólo cuando la propaganda ha producido la alza o la baja; en el segundo basta con la formación de la coalición. Por lo tanto, como ya se dijo y lo hace notar Crivellari, la tentativa es aún más discutible.

Y no se diga que prohibir la coalición comercial o industrial importa en principio atacar la libertad de comercio con-



sagrada por la constitución, porque la libertad tiene su límite en los derechos de los demás y en las conveniencias y necesidades sociales, y porque no puede decir que usa bien de su libertad quien la hace servir a menguados propósitos y con perjuicio para los intereses colectivos.

^ El comercio que se coaliga para tales fines, ataca precisamente la libertad del comercio sano y honrado, porque con el monopolio pone trabas a la libre concurrencia. ^ Y es fuera de duda que al herir la verdadera y bien entendida libertad de comercio e industria, ataca al mismo tiempo intereses colectivos, y se coloca fuera y en oposición a la ley, órgano de protección de esos bienes jurídicos.

**381.** — La segunda forma se halla en el inc. 2º, tomado del código holandés (335), y consiste en ofrecer fondos públicos, o acciones u obligaciones de alguna sociedad o persona jurídica, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas, o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.

Es este un delito que se perfecciona tan sólo con el hecho de hacer la oferta acompañada de indicaciones falsas, y puede cometerse de dos maneras: disimulando u ocultando lo verdadero, o afirmando o haciendo entrever lo inexistente.

1 **382.** — El inc. 3º, tomado del código holandés (336), contiene la tercera forma: "El fundador, director, administrador" o síndico de una sociedad anónima o cooperativa, o de otro "establecimiento mercantil, que publicare o autorizare un balance o cualquier otro informe falso o incompleto, cualquiera "que hubiese sido el propósito perseguido al efectuarlo".

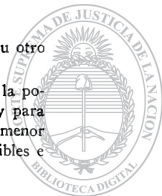
Este caso, que por error y sin el agregado final fué incluido por la ley 4189 entre las defraudaciones, motivo por el cual quedó sin represión en la práctica, toda vez que en tal sentido se requería la demostración del perjuicio, se perfecciona por la sola publicación del balance o informe.

^ El agregado final, verdadera excepción en delitos que se configuran por el propósito fraudulento, incluye en la incriminación aun los casos frecuentes de publicación de balance o informes falsos o incompletos, hechos con el objeto de facili-



tar la marcha y acrecentar la prosperidad de la sociedad u otro análogo.

En esta parte se contempla únicamente la malicia y la posibilidad del perjuicio para los tomadores de acciones, y para los ya accionistas; porque los unos toman acciones de menor o ningún valor, y los otros no pueden defenderse de posibles e inseguros malos manejos.



**383.** — Cierra el capítulo el art. 301, por el cual se reprime el acto del gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa, o de una persona jurídica de otra índole que presta su concurso o consentimiento a actos contrarios a los estatutos, leyes u ordenanzas que los rijan, a consecuencia de los cuales, la persona jurídica o la asociación quedare imposibilitada de satisfacer sus compromisos o en la necesidad de ser disuelta.

Haciendo la ley aquí una excepción a las normas adoptadas en los casos precedentes, no se requiere el fraude y le basta con el dolo eventual; en cambio exige el perjuicio efectivo, circunstancia que justifica la mayor severidad de la pena, que es elevada de dos a seis años de prisión, y da cabida a la tentativa.

**384.** — El capítulo sexto, en su único art. 302, reprime con prisión de seis meses a un año el dar en *pago* o en cualquier otro concepto, un cheque o giro, *sin tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto*, y no abonare el mismo en moneda nacional de curso legal, dentro de las 24 horas de haber sido protestado, siempre que el hecho no constituya una estafa.

Esta disposición, aunque limitada al concepto de dar en pago, fué agregada a las defraudaciones del código derogado como inc. 15º, sin advertir que la ley 4189 había dado ya al art. 203 mayor número de incisos, de lo que resultaban dos cosas: que el art. 203 tenía dos incisos quince; que los legisladores ignoraban la existencia del art. 23 de la ley 4189.

Como la disposición había sido incluída entre las defraudaciones y se limitaba al concepto de pago, la jurisprudencia interpretó, con razón, que se trataba de una verdadera estafa,

quedando frustrado el propósito del legislador, por falta de precisión de concepto y de lenguaje.

Salva este inconveniente el artículo, pues amplía la disposición a cualquier otro concepto que no sea precisamente el de pago, y excluye el caso de estafa; de tal manera que cuando el hecho se produzca con propósito fraudulento, será el art. 172 y no éste el que haya de aplicarse.

X El artículo contempla tan sólo el daño que se produce en la seguridad y rapidez de las transacciones, por descuido o mero dolo civil, y es por eso que va hasta requerir el pago en *moneda nacional de curso legal*, y concede en cambio un plazo de 24 horas después de protestado el documento.

Se trata, por lo tanto, de una infracción formal que excluye la tentativa, y que se consuma recién cuando ha vencido el plazo de 24 horas después del protesto sin pagar.





# INDICE

## TITULO PRIMERO

### DELITOS CONTRA LA VIDA, LA SALUD Y LA INTEGRIDAD PERSONAL

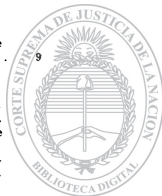
Consideraciones generales .....

Homicidio, infanticidio, aborto, lesiones y agresión o abuso de armas.

**CAPITULO I:** 1. — Definición del HOMICIDIO. elementos propios. 2. — La vida humana. Lo que debe entenderse por persona humana. En qué momento empieza la vida humana a recibir la protección penal. Abreviación de una muerte segura. El consentimiento de la víctima. 3. — Su destrucción. Modos y medios. Homicidio por omisión. Medios morales. 4. — "Concausa". Causas preexistentes y sobrevinientes, voluntarias e involuntarias, previsibles e imprevisibles; la doctrina y la ley (extensión del dolo y del tiempo transcurrido), diferencia en el caso con el de dolo preterintencional. 5. — El dolo, la culpa, el móvil, el consentimiento de la víctima. 6. — El error. "Errore persanoe", "aberratio ictus". Cuestión sobre el concurso de delitos, el dolo, la culpa y las circunstancias atenuantes y agravantes. La doctrina y la ley. 7. — El homicidio, fin, medio y ocasional. 8. — Circunstancias calificativas. El parentesco, el móvil, la forma, la naturaleza del medio empleado, la extensión del dolo. 9. — Parricidio. El parentesco natural y adulterino. El falso parentesco. La nulidad del matrimonio. El error y las circunstancias atenuantes. 10. — Otros casos de agravantes calificativas: especialmente el impulso de perversidad brutal, las sevicias, el enajenamiento (diferencia con las anteriores), la alevosía (condiciones), el veneno (criterios químico y legal). 11. — Homicidio provocado, preterintencional y por justo dolor. Doble concepto de la sorpresa. 12. — Homicidio-suicidio. Razón de la atenuación de la pena. 13. — Homicidio EN RIÑA y POR CULPA. Definición, casos posibles y condiciones. Razón de la atenuación de la pena. 14. — INFANTICIDIO. Definición y condiciones. El móvil, el tiempo, el parentesco, muerte y no viabilidad del feto, error sobre ilegitimidad, razón de la atenuación, casos de ausencia del móvil, la omisión, la culpa, diferencias con el homicidio. 15. — ABORTO. Definición y condiciones. Razón de la atenuación. El feto muerto o la falta de embarazo. Vida del feto. La culpa, la tentativa de la madre, los medios, el consentimiento y la muerte de la madre, casos de exención de responsabilidad en los médicos, etc., previsión eugenésica, dolo preterintencional, diferencias con el homicidio y el infanticidio. 16. — Las LESIONES. Definición. El consentimiento de la vícti-



ma y otros puntos de vista. Circunstancias, Criterios de gravedad. AGRESION o abuso de armas .....



### Del duelo y el abandono de personas

**CAPITULO II: DUELO.** 17. — El duelo en la antigüedad. 18. — Cuestión sobre legislación especial. 19. — Clasificación. 20. — Definición. 21. — Elementos. Carácter ofensivo de la lucha, el móvil, el dolo, las armas. 22. — El duelo consumado y el desistimiento. 23. — Circunstancias. 24. — Personas responsables. La instigación y la provocación de delitos perfectos. 25. — Penalidad de los duelistas, los instigadores de los padrinos. 26. — **ABANDONO DE PERSONAS** y negación de auxilio. Clasificación. 27. — Definición y elemento material. 28. — Elemento moral. 29. — Agravantes calificativas. 30. — Atenuantes calificativas. 31. — Negación de auxilio. 32. — Consumación.....

45

## TITULO SEGUNDO

### DELITOS CONTRA EL HONOR

**CAPITULO III.** — 33. — Objetividad jurídica. Son delitos formales. 34. — Sistemas. De la **CALUMNIA**. 35. — Definición y elementos. 36. — Elemento material. a) Imputación. Distintas maneras de hacerlo. b) Materia de la imputación. Un hecho constitutivo de delito, tentado o consumado. c) El delito debe ser de acción pública. El delito juzgado prescripto o amnistiado, etc. d) Falsedad de la imputación. Falsedad substancial y accidental, objetiva y subjetiva, "in rem o in personam". 37. — Del elemento psicológico. El "ánimus nocendi" y la falsedad subjetiva. La buena fe. De la **INJURIA**. 38. — Definición. Analogías y diferencias con la calumnia. Injuria implícita, oblicua y por omisión. 39. — Del elemento psicológico. 40. — Excepciones al "ánimus injuriandi" y casos que no lo excluyen. 41. — Injurias en juicio. **CONSIDERACIONES COMUNES**. 42. — Formas y medios. 43. — De la tentativa. 44. — De la culpa. 45. — De la complicidad. 46. — De la prueba. 47. — De las corporaciones. 48. — Del que publica o reproduce calumnia o injuria inferida a otro. 49. — Del ejercicio de la acción. 50. — De las eximentes. Del perdón, la provocación, la retractación. 51. — De la calumnia o injuria proferida por medio de la prensa. La prensa y el código penal. 52. — De la penalidad .....

53

## TITULO TERCERO

### DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

Consideraciones generales .....

77

### Adulterio

**CAPITULO IV.** — 53. — Controversia sobre su incriminación y clasificación. 54. — Definición. Elementos. Matrimonio nulo. La culpa, la ignorancia y el error. Momento consumativo. 55. — El adulterio del marido. Razones de su especificación. La prescripción. El amancebamiento no es requerido cuando la codeficiente es casada y quien acusa es su esposo, y cuando es invocado como excusa en el ho-

micidio o las lesiones. Limitación de la responsabilidad de la manceba. 56. — Comprobación del adulterio. El valor de la prueba en el adulterio como delito y en el invocado como excusa en el homicidio y las lesiones. 57. — Carácter de la acción. Requisitos. El perdón. El divorcio previo. 58. — El adulterio y los esposos divorciados. 59. — Penalidad, eximentes, agravantes, la muerte del acusador..



# La violación y el estupro

**CAPITULO V. — 60. — VIOLACION.** Definición y elementos. La violencia explícita y la implícita, física y moral. El sexo. Diferencias con el estupro, y semejanzas y diferencias con el abuso deshonesto. Honestidad de la víctima. Cuestión de la clasificación. Sodomía. Momento consumativo y prueba. El abuso del error de una mujer casada. Crítica. 61. — **ESTUPRO.** Definición y elementos. El sexo y la honestidad de la víctima. La edad y la buena fe. El consentimiento. El engaño. La seducción. La consumación. La prueba. 62. — Disposiciones comunes a la violación y el estupro . Agravantes calificativas. Crítica. 63. — Penalidad .....

87

## Corrupción, ultrajes al pudor y rapto

**CAPITULO VI. — 64. — CORRUPCION** y prostitución. Objetividad jurídica del delito. 65. — Sus condiciones. 66. — “Promover” y “facilitar”, “corrupción” y “prostitución”. Conceptos de estos términos y valor de tales hechos ante el criterio legal. 67. — El móvil. El lucro y la satisfacción de propios y ajenos deseos. 68. — El hábito. 69. — El consentimiento, el fraude, la violencia, el sexo y la edad. 70. — Momento consumativo. 71. — Penalidad. 72. — **ULTRAJES AL PUDOR.** — Sus distintas formas y su penalidad. Abuso deshonesto, diferencias con la violación y el estupro. Agravantes. Prueba. 73. — **RAPTO.** Definición. Condiciones, “Substraer o retener”, el sexo y el móvil. 74. — El consentimiento, el fraude y la violencia. La edad y la honestidad de la víctima. 75. — Ejecución de otros delitos afines. 76. — Rapto de mujer casada. 77. — Agravantes especiales. 78. — Penalidad .....

93

## Disposiciones comunes

**CAPITULO VII. — 79. — Consideraciones preliminares.** Eximente por el matrimonio. La ofendida viuda. Consentimiento de la ofendida y de sus representantes. 80. — Carácter de la acción. Desistimiento. Casos de acción pública, fiscal o popular. A quienes corresponde el ejercicio de la acción previa. Jurisprudencia. 81. — Casos de complicidad reprimidos con la pena de los autores .....

105

## TITULO CUARTO

### DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

Consideraciones generales .....

109

#### Matrimonios ilegales

**CAPITULO VIII. — En lo que consiste este delito, y sus distintas formas. 83. — Matrimonio nulo: sus condiciones. Ce-**



lebración ante el oficial público. 84. — Causas de nulidad. 85. — El parentesco. 86. — Haber sido uno de los contrayentes autor o cómplice del homicidio; la culpa. 87. — BIGAMIA; sus condiciones. a) Matrimonio anterior subsistente. b) Validez del primer matrimonio. c) Para que se considere válido el segundo matrimonio no es necesario que antes se hubiese declarado la nulidad del primero. d) Quiénes pueden oponer la nulidad del primer matrimonio. e) Cuestión relativa a la jurisdicción. f) Es indiferente que la nulidad sea absoluta o relativa. g) A quienes corresponde el ejercicio de la acción privada. 88. — MATRIMONIO SIMULADO. 89. — El dolo y la culpa. 90. — Intereses consultados por el legislador. 91. — Momento consumativo del delito. 92. — La tentativa. 93. — Personas responsables. 94. — De la prescripción. 95. — Disposiciones de la ley de matrimonio que el código deroga. 96. — Penalidad ..... 111

#### Suposición y supresión del estado civil

CAPITULO IX. — 97. — Objetividad jurídica del delito. 98. — Condiciones materiales del mismo y sus distintas formas. Formas específicas. a) Suposición de persona. Necesidad de presentar una criatura. Responsabilidad del médico y la partera en la suposición de preñez o parto. El propósito de favorecerla. b) Exposición u ocultación. Substitución de persona. c) Forma genérica. Necesidad de que el acto tenga por objeto hacer adquirir o perder ventajas inherentes al estado de familia. 99. — Necesidad de un perjuicio, cierto o posible. Lo que puede ser materia de perjuicio en este delito. 100. — El dolo, la culpa, el móvil. 101. — El delito como medio de cometer otro. 102. — Disposición de la ley y penalidad ..... 123

### TITULO QUINTO

#### DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Consideraciones generales ..... 129

#### Delitos contra la libertad individual

CAPITULO X. — 103. — "Esclavitud" o condición análoga. La constitución y las leyes anteriores. La edad y el consentimiento de la víctima, el móvil y el medio. 104. — "Privación ilegal de la libertad" individual por particulares. Condiciones: privación e ilegitimidad. Medio, forma, lugar y tiempo. El móvil. La constitución y leyes anteriores. Circunstancias agravantes calificativas. 105. — Delitos contra la libertad individual cometidos por "funcionarios públicos" en ejercicio de sus funciones. Concurso de delitos. La constitución y leyes civiles, procesales, etc. Condiciones: restricción, calidad del agente, abuso de funciones. Circunstancias agravantes calificativas. 106. — "Extrañamiento" ilegal. 107. — Substracción de menores. El móvil ..... 132

#### Violación de domicilio

CAPITULO XI. — 108. — Objetividad jurídica del delito. 109. — La inviolabilidad del domicilio y la constitución. 110. — Definición. 111. — Elementos materiales propios.



a) La entrada (formas de hacerlo). b) Lo que debe entenderse por domicilio y sus dependencias. c) Debe pertenecer a otro d) Falta de consentimiento expreso o presunto. 112. — El error, el móvil y otros casos de exención de pena. 113. — La culpa. 114. — El perjuicio. 115. — La violación de domicilio como delito fin u ocasional. 116. — Carácter del empleado en ejercicio de funciones, por parte del agente. 117. — Penalidad .....

139

#### Violación de secretos

CAPITULO XII. — 118. — Objetividad jurídica de este delito. 119. — Materia que comprende. 120. — VIOLACION DE CORRESPONDENCIA y papeles privados. 121. — Lo que debe entenderse por correspondencia. 122. — En lo que consiste la violación de correspondencia y papeles privados y distintos modos de cometerla. 123. — La simple violación y la divulgación del contenido. 124. — El culpable puede ser un particular o un empleado. 125. — La violación de correspondencia y la de secretos. 126. — Publicación de correspondencia. 127. — Casos de excepción. 128. — Carácter privado y oficial de la correspondencia. 129. — VIOLACION DE SECRETOS. 130. — Carácter del secreto, privado u oficial. 131. — Cuando el autor es un empleado o lo hace con abuso de su estado, oficio, profesión o arte. El secreto profesional y su alcance. 132. — Medios y modos de violar y divulgar secretos. 133. — Excepciones. 134. — La culpa, el móvil, la intención de dañar. 135. — El perjuicio. 136. — Penalidad .....

145

#### Delitos contra la libertad de trabajo, comercio, industria, asociación, culto, reunión, de la prensa y política

CAPITULO XIII. — 137. — Delitos contra la libertad de TRABAJO, COMERCIO, INDUSTRIA y ASOCIACION. La constitución. El sujeto activo y el pasivo, limitaciones inconvenientes. La huelga, el "sabotage", el "boycott" y el "lock-out". Casos no previstos. La clase de violencia. Lo que debe entenderse por "amenaza". Como se perfecciona el delito. El móvil. 138. — Delitos contra la libertad de CULTO y REUNION. La constitución. Condiciones. Inconvenientes de la redacción. 139. — Delitos contra la libertad de la PRENSA. La constitución. Inconvenientes de la redacción. Sujeto activo, medios y alcance de los vocablos "libro" o "periódico". 140. — Delitos contra la libertad ELECTORAL .....

155

### TITULO SEXTO

#### DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Disposiciones generales .....

167

#### Hurto

CAPITULO XIV. — 141. — Puntos de vista genérico y específico. Definición y condiciones. La clandestinidad, ardor o engaño, la violencia. Puntos de contacto con el robo y la defraudación. 142. — No se requiere la pérdida del dominio. 143. — "Apoderamiento"; su concepto, teorías. 144. — Medios de apoderamiento. 145. — Apoderamiento "ilegítimo". 146. — El consentimiento y el error. 147. — El propósito de lucro no es indispensable, como tampoco que el culpable





tome la cosa para sí. 148. — Concepto de "cosa". 149. — El gas, el vapor, el calor. 150. — La energía eléctrica. 151. — Cosa mueble. 152. — Cosa "ajena", "Res nullius", cosas perdidas y abandonadas. Naufragio, echazón, guerra o desastres semejantes. El perjudicado puede no ser la persona de cuyo poder se toma la cosa. 153. — Valor de la cosa. 154. — Hurto de uso. 155. — "Furtum possessionis". 156. — Tentativa y violación de domicilio. 157. — Hurtos calificados. El escalamiento interno. Concepto del vocablo "entrar". La violencia ejercida además del escalamiento, etc. 158. — Penalidad....

#### Robo

CAPITULO XV. — 159. — Definición y elementos. 160. — Legislación comparada. 161. — La violencia. La fuerza en las cosas, sobre lo que puede recaer. El daño causado por la fuerza en las cosas. Violencia posterior al apoderamiento. 162. — El sistema más conveniente. 163. — Puntos de contacto y diferencias con el hurto, la extorsión y la defraudación. 164. — Penalidad. 165. — Agravantes calificativas. grupo arts. 165 y 166. El homicidio. Los demás casos de lesiones calificadas. Arts. 92 y 166 in. 1.º. 166. — Grupo art. 167. a) En despoblado y con armas. Lo que debe entenderse aquí por "arma", si es menester hacerse o no uso de ella, y en el último caso si será necesario llevarla o no a la vista. b) "Efracción", su concepto. Los techos y los pisos. Efracción innecesaria, la exterior y la interior, para entrar y para salir, para asegurar el éxito y la impunidad. c) "Lugar habitado" y sus "dependencias". 167. — Agua, calor, vapor, gas y electricidad .....

183

#### Extorsión

CAPITULO XVI. — 168. — La extorsión según el código derogado, el vigente y los proyectos. Crítica. En lo que consiste este delito y como podría legislársele. 169. — Su objetividad jurídica. 170. — Semjanzas y diferencias con el hurto, el robo y la defraudación. 171. — La coacción, a) Sus distintas formas. b) La amenaza, sus formas e idoneidad. Intención de no cumplirla, su efecto sobre el intimado, la veracidad de las imputaciones y el secreto. c) El mal objeto de la amenaza. d) El sujeto pasivo y el mal. e) Ilegitimidad de la exigencia. Que la cosa no sea del culpable y que éste obre maliciosamente. 172. — a) El perjuicio y el patrimonio. b) El sujeto pasivo y el perjuicio. 173. — La nulidad del título. Opiniones de Carrara, Marciano, Crivellari, Chauveau y Nypels; y la jurisprudencia francesa y belga. 174. — Firma en blanco. Opiniones de Nypels, Merlín, Rivarola y Crivellari, y jurisprudencia francesa. 175. — Momento consumativo de los distintos casos. 176. — Penalidad. ....

193

#### Defraudación

CAPITULO XVII. — 177. — Objetividad jurídica. 178. — Semjanzas y diferencias con el hurto, el robo y la extorsión. 179. Definición, elementos y distintos tipos. 180. — El lucro y el sujeto activo. 181. — El perjuicio, sus clases y el sujeto pasivo. 182. — Ilegitimidad del hecho. 183. — El dolo. 184. — El engaño o ardid. Puede ser anterior o



posterior. Naturaleza, clases y formas. 185. — Idoneidad del engaño. El consentimiento de la víctima. Concurrencia de los delitos de falsedad y defraudación. 186. — El "abuso de confianza". Art. 173 ins. 2.º, 187. — Art. 173 ins. 3.º y 4.º. Cuando se considera consumado el delito. Opiniones de Pacheco, Groizard, Rivarola, Chauveau, Blanche Carrara y Crivellari, jurisprudencia francesa, italiana y argentina, y legislación comparada. 188. — Lo que debe entenderse por "abuso de firma en blanco". Su prueba. 189. — Nulidad del título. 190. — "Apropiación indebida". Cosa perdida. 191. — Art. 173 ins. 5.º. 192. — Destrucción, sustitución u ocultación de un documento. 193. — Seguro y préstamo a la gruesa. 194. — Arts. 174 ins. 2.º y 4.º y 175 ins. 2.º y 4.º. 195. — Penalidad. ....

209

#### De los quebrados y otros deudores punibles

CAPITULO XVIII. — 196. — Observaciones preliminares. 197. — Lo que es la quiebra punible. Elementos. 198. — No puede discutirse ante la justicia criminal el carácter de comerciante del declarado en quiebra. El juicio comercial es previo. 199. — Personas responsables en las quiebras de sociedades anónimas o cooperativas, o de personas jurídicas. 200. — Actos de dolo y culpa. 201. — El perjuicio. 202. — La fecha de cesación de pagos puede reverse en lo penal. 203. — Penalidad. 204. — Deudores punibles no comerciantes. 205. — Disposiciones comunes. Estipulación de ventajas especiales. 206. — Rehabilitación. ....

231

#### Usurpación. Daños. Disposiciones comunes

CAPITULO XIX. — A. — USURPACION. 207. — En lo que consiste este delito. — 208. — Alcance de la protección legal y concepto de inmueble. 209. — Medios. 210. — El sujeto pasivo. — 211. — La culpa. — 212. — Razón de la penalidad más benigna y criterios de evaluación. 213. — Usurpación de aguas. — 214. — El "animus nocendi". El perjuicio. — B. — DAÑO. 215. — Concepto de este delito. 216. — Elementos material y jurídico. Medios. 217. — Elemento moral. — 218. — Penalidad y circunstancias agravantes calificativas. 219. — In. 1.º del art. 184. 220. — Los templos y los cementerios. 221. — DISPOSICIONES COMUNES . . . . .

243

#### TITULO SEPTIMO

#### DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA

Consideraciones generales . . . . .

251

#### Incendios y otros estragos. Delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación

CAPITULO XX. — 222. — Concepto y condiciones de estos delitos. 223. — El móvil. 224. — Delito de incendio consumado. 225. — Agravantes calificativas. 226. — Naufragio y derrumbe de edificios. Casos análogos. 227. — La culpa. 228. — Penalidad. 229. — Diversos atentados contra los medios de comunicación por tierra y por agua. Medios directos o indirectos. Dolo eventual y determinado. Criterios de agravación. Disposición común. Penalidades. Atentado

contra las vías de comunicación telegráfica y telefónica. Penalidad. 230. — La culpa. Penalidad. 231. — Leyes que quedan derogadas. ....

#### Piratería. Delitos contra la salud pública

**CAPITULO XXI.** — 232. — En qué consiste el delito de PIRATERIA. 233. — Objeto de su incriminación. 234. — Su clasificación y sus relaciones con la jurisdicción. 235. — La piratería según la ley y su penalidad. 236. — Algunas observaciones. 237. — **DELITOS CONTRA LA SALUD PUBLICA.** Objeto de su incriminación. Son delitos formales. 238. Adulterar o envenenar aguas, alimentos o medicinas de uso público. El dolo. Vender, entregar, etc., alimentos o medicamentos peligrosos. La intención. Penalidad. 239. — Propagar una enfermedad contagiosa. La penalidad. 240. — La culpa. Penalidad. 241. — Suministrar medicamentos en otra especie, cantidad, etc. La estafa. Penalidad. 242. — Violación de cuarentenas y leyes de policía sanitaria animal. Penalidad. 243. — **DISPOSICIONES COMUNES.** 244. — **EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA.** El daño, el lucro, la estafa, el hábito. ....

262

### TITULO OCTAVO

#### DELITOS CONTRA EL ORDEN PUBLICO

**CAPITULO XXII.** — 245. — Consideraciones generales. Son delitos formales que excluyen la culpa. 246. — **INSTIGACION A COMETER DELITOS.** Se excluye la realización del delito. Su consumación. Su relación con la participación. Elementos materiales. Forma y medios de instigar. El delito como objeto. Redundancias y deficiencias de la ley. Penalidad. 247. — **ASOCIACION ILICITA.** Su relación con la codeincuencia. Su consumación. Se excluye la realización del objeto de la asociación. Número de asociados. Objeto de la asociación. Penalidad. 248. — **INTIMIDACION PUBLICA.** Elementos moral y material. Otros casos incluidos, no sin cierta impropiedad. Penalidad. 249. — **APOLOGIA DEL CRIMEN.** Su relación con la instigación a cometer delitos. Sus formas. Apología del condenado. Su consumación y penalidad. ....

269

### TITULO NOVENO

#### DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y QUE COMPROMETEN LA PAZ Y LA DIGNIDAD DE LA NACION

**CAPITULO XXIII.** — 250. — Gravedad del delito de TRAICION. 251 — La traición según la constitución. Falta de concordancia del código con la constitución. 252. — La traición según el código. Condiciones materiales y morales. Es un delito formal. 253. — Casos que se declara comprendidos. 254. — Represión de la mera conspiración. Causa especial de exención de pena. 255. — Agravantes calificativas. 256. — Penalidad. 257. — **DELITOS QUE COMPROMETEN LA PAZ Y LA DIGNIDAD DE LA NACION.** Son delitos que en principio son formales y excluyen la culpa. ....

277





## TITULO DECIMO

### DELITOS CONTRA LOS PODERES PUBLICOS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

**CAPITULO XXIV. — 258. —** En lo que consiste el delito de **REBELION**. 259. — Carácter del alzamiento en armas. El delito es colectivo y formal. La tentativa. 260. — Elemento intencional. El dolo es premeditado. La culpa. Enumeración de los fines. Diferencias con la sedición. Otros casos considerados como de rebelión. Penalidad. 261. — El delito de **SEDICION**. Diferencias con la rebelión. Consideraciones sobre ésta que le son aplicables. El cambio de las constituciones de provincia. Penalidad. Impunidad de estos delitos. 262. — **DISPOSICIONES COMUNES**. Represión de la mera conspiración. Represión de otros actos preparatorios. Intimación a disolverse. Error de la ley al referirse sólo a la autoridad nacional. Exención de pena para los meros ejecutores y penalidad de los directores o promotores. Penalidad de los funcionarios públicos, comprometidos, o que no hubieran resistido por todos los medios a su alcance. Regla aplicable al concurso de delitos..... 285

## TITULO UNDECIMO

### DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

Consideraciones generales ..... 293

#### Atentado, resistencia y desacato a la autoridad

**CAPITULO XXV. — 263. —** Consideraciones generales. Caracteres comunes. Objetividad de estos delitos. Funcionario público. Son delitos formales. La tentativa. La culpa. 264. — En lo que consiste el delito de **ATENTADO**. 265. — Examen de sus condiciones. Lo que debe entenderse por funcionario público. La amenaza justa e inidónea. Momento de plantear la exigencia. Ejecución u omisión. Acto propio de la función. 266. — **AGRAVANTES** calificativas. Omisión. 267. — **RESISTENCIA**. Condiciones. Puntos de contacto y diferencias con el atentado. Funcionario, el particular, la finalidad del acto. 268. — **DISPOSICIONES COMUNES**. Ejercicio ilegítimo de la función. 269. — Casos especiales, leyes orgánicas y reglamentos legislativos. Disposiciones constitucionales que se relacionan con esos casos. 270. — **DESACATO**. Analogías y diferencias con el atentado y la resistencia. 271. — Las leyes orgánicas y de procedimiento. 272. — Error en el proyecto de exigir como condiciones conjuntas las que deben ser alternativas. 273. — La calumnia no queda incluida. La amenaza. 274. — La prueba de la verdad o notoriedad del hecho o cualidad atribuida. Concordancia de los arts. 245 y 111. 275. — **AGRAVANTES** calificativas. .... 295

#### Usurpación de autoridad, títulos y honores, y abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios.

**CAPITULO XXVI. — 276. —** **USURPACION DE AUTORIDAD**. En lo que consiste. Carácter común de los distintos actos. 277. — Título o nombramiento expedido por autoridad incompetente. Falsificación del título o nombramiento. 278. — Suspensión o destitución ordenada por autoridad compe-



tente o sin llenar las formalidades prescriptas para el caso, o no comunicada oficialmente. 279. — La buena fe en los casos de ejercicios de funciones ajenas al cargo. 280. — USURPACION DE TITULOS U HONORES. 281. — ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACION DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS. Condiciones de este delito. 282. — Cómo estaba legislado este delito en el código anterior. 283. — Distintos órdenes de actos que comprende; por acción o por omisión. 284. — Dificultades que ofrece la materia. 285. — Requisitos que especialmente se prescriben para algunos casos. 286. — Error de incluir el caso del particular que acepta un cargo público, sin reunir los requisitos legales. ....

305

#### **Violación de sellos y documentos, y cohecho**

**CAPITULO XXVII. — 287. —** En lo que consisten los delitos de VIOLACION DE SELLOS Y DOCUMENTOS. 288. — Condiciones materiales. Objetividad jurídica de estos delitos. No es requerido el daño para la consumación. 289. — Intención criminal y culpa. Puede incurrir en ella el funcionario o particular encargado de la custodia. 290. — Los sellos han de ser los puestos por el funcionario o empleado encargado o con facultades al efecto, ya sea obligatoria o facultativamente. 291. — La custodia puede ser permanente o accidental, confiada a un funcionario público o a un particular en interés del servicio público, pero siempre ha de ser oficial. 292. — Penalidad. 293. — Queda imprevista la revelación de secretos de administración. 294. — Pueden concurrir los delitos de defraudación y de falsedad. 295. — En lo que consiste el delito de COHECHO. 296. — Sus condiciones materiales y morales. 297. — Momento consumativo para el corruptor y el funcionario público. 299. — En lo que debe consistir la dádiva y cómo puede ofrecerse y aceptarse 300. — La condición de hacer o dejar de hacer puede ser para cumplir o faltar a sus deberes. 301. — El cohecho del juez. Cuando al mismo tiempo hay prevaricato. 302. — Represión de la aceptación de dádivas en consideración al cargo. 303. — Penalidad. 304. — Quedan excluidos los árbitros y arbitradores. 305. — Delito que comete el funcionario público que exige una dádiva para cumplir u omitir cumplir sus deberes. 306. — Concurso de delitos. ....

313

#### **Malversación de caudales públicos, y negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas**

**CAPITULO XXXVIII. — 307. —** En lo que consiste el delito de MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS. 308. — Inconvenientes de agrupar dos hechos de distinta gravedad bajo una sola denominación. 309. — Cómo podría salvarse ese inconveniente. 310. — Examen de las dos formas de este delito. Formal es una de ellas. Alcance del vocablo "substracción" usado en la segunda. 311. — Elementos del delito. El dolo y la culpa. a) Calidad de funcionario público. Casos de equiparación. b) Carácter público de la propiedad de los caudales o efectos. Casos de equiparación. c) Circunstancia de haberle sido confiadas su percepción, administración o custodia por razón de su empleo, por ley ordenanza o resolución de autoridad competente. d) Apli-



cación indebida. El destino puede hallarse fijado por ley, ordenanza o resolución de autoridad competente en su caso. Aplicación a objetos públicos o fines privados. Corruptelas administrativas. Cuestión constitucional si el congreso aprueba una inversión ilegal. 312. — Dos casos más de malversación. 313. — **NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS.** 314. — Condiciones materiales y morales de la infracción. Es un delito formal. El fraude y el perjuicio no son requeridos. Casos de equiparación. ....

321

#### **Exacciones ilegales y prevaricato**

**CAPITULO XXIX.** — 315. — En lo que consiste el delito de **EXACCION ILEGAL.** Su objetividad jurídica. 316. — Elementos materiales. Calidad del funcionario público, abuso de funciones. Ventaja patrimonial, su ilegalidad. Violencia, fraude, error. 317. — Elemento moral. El móvil. 318. — Consumación y tentativa. 319. — El delito en la ley. 320. — Penalidades y criterios de agravación. 321. — El cohecho y la exacción. 322. — **PREVARICATO.** Su gravedad. 323. — En lo que consiste. 324. — Elementos materiales. Equiparación de los árbitros y amigables componedores. Dificultad sobre la ley expresa invocada por las partes. 325. — Elemento moral. La ignorancia y el error de derecho y de hecho. El móvil. El prevaricato por precio. 326. — Agravación calificativa. 327. — Prisión preventiva, improcedente o excesiva. 328. — El prevaricato de los abogados, mandatarios judiciales, asesores y fiscales. 329. — El juicio y el perjuicio. ....

329

#### **Denegación y retardo de justicia, y falso testimonio**

**CAPITULO XXX.** — 330. — **DENEGACION Y RETARDO DE JUSTICIA.** Consideración de la primera forma. 331. — Consideración de la segunda. 332. — Caso de encubrimiento. 333. — Clasificación que corresponde al delito de **FALSO TESTIMONIO:** casos de equiparación. Falsa declaración ante la autoridad competente. Falsedad total o parcial y sus modos. Falsedad substancial, accidental e inócua. El juramento. 335. — Elemento moral. 336. — Penalidad y criterios de agravación. El soborno. 337. — Es un delito formal. La retractación. ....

339

#### **Del encubrimiento y de la evasión**

**CAPITULO XXXI.** — 338. — Quiénes son encubridores. Puntos de contacto y diferencia con los cómplices. 339. — El **ENCUBRIMIENTO** como delito "per se". Su objetividad jurídica. Sistemas de legislación. 340. — Condiciones del encubrimiento. a) Existencia de un delito principal, tentado o consumado. (Delito prescripto, amnistiado, y motivos personales de exención de pena o de proceso. Auxilio para proseguir o terminar el delito). b) Actos de asistencia directa, indirecta, positiva, negativa, personal y objetiva. c) Finalidad de la asistencia. d) Asistencia posterior y falta de promesa anterior al delito o concomitante con el mismo. Encubrimiento calificado. El móvil en el encubrimiento. 342. — El encubrimiento es un delito formal. La tentativa.

343. — Actos de encubrimiento previstos por el código.  
344. — El encubrimiento y la inviolabilidad del domicilio.  
el derecho de asilo y la jurisdicción. 345. — Encubrimiento  
por razón profesional o de empleo. Casos de excepción. 346.  
Casos de exención de pena. 347. — Comunicación a los en-  
cubridores de las eximentes, atenuantes y agravantes apli-  
cables a los partícipes. 348. — Penalidad. 349. — Evasión.



## TITULO DUODECIMO

### DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA

Consideraviones generales ..... 351

**De la falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al por-  
tador y documentos de crédito, sellos, timbres y marcas.**

**CAPITULO XXXII. — 350. — Importancia de la FALSIFICA-  
CION DE MONEDA.** En lo que consiste el delito. 351. —  
Facultad de acuñar moneda y autorizar la extranjera. 352.  
— Condiciones materiales: fabricación, cercenamiento y  
alteración. 353. — Es un delito formal que sin embargo no  
admite la tentativa. 354. — Elemento intencional. 355. —  
Penalidad. Fabricar, introducir, expender, circular. 356. —  
**BILLETES DE BANCO, TITULOS AL PORTADOR Y DO-  
CUMENTOS DE CREDITO PUBLICO.** Quedan excluidos  
los privados. Razón de esta exclusión. 357. — Facultad de  
omitir billetes. 358. — Algunos títulos o créditos provincia-  
les. 359. — Modos de alteración de los títulos de crédito.  
360. — Jurisdicción y ley aplicable en el caso de fabrica-  
ción en el extranjero. — 361. — Falsificación de monedas,  
billetes, títulos y documentos de créditos extranjeros. 362.  
— Penalidad de la fabricación o omisión de moneda, bille-  
tes, etc., con menor título y peso, o en mayor cantidad que  
la autorizada, hecha por funcionarios públicos. 363. — **FAL-  
SIFICACION DE SELLOS, TIMBRES Y MARCAS.** Efectos  
oficiales y particulares de uso legal obligatorio. Casos de  
equiparación. Penalidad. Omisiones. 364. — Medios y modos.  
365. — Condiciones de la infracción. 366. — ¿El código ha  
derogado las leyes especiales? 367. — Consumación del de-  
lito. 368. — Participación. .... 365

**Falsificación de documentos en general, disposiciones comunes  
a los delitos de falsedad**

**CAPITULO XXXIII. — 369. — Lo que debe entenderse por "do-  
cumento".** Documento público y privado. El testamento  
ológrafo o cerrado, la letra de cambio, los títulos de crédito  
endosables o al portador, las boletas de empeño del Banco  
municipal de préstamos. Opinión de Carrara respecto del  
documento privado. 370. — La "falsedad". Su concepto,  
clases y modos. La supresión o destrucción del documento.  
371. — En lo que debe recaer la falsedad. Falsedad mate-  
rial e intelectual. La doctrina y la ley. 372. — La posibili-  
dad del "perjuicio". Ha de nacer ella directamente del do-  
cumento falsificado. Inocuidad de la falsedad. "Nulidad" del  
acto. Naturaleza de las consecuencias jurídicas del acto  
que el documento contiene. 373. — Concurso de falsedad y  
delito fin. 374. — "Momento consumativo". El uso en el

documento privado: controversia. El testamento ológrafo, etc. 375. — Cuando el culpable es un funcionario público. Abuso de sus funciones. 376. — Falso certificado médico. 377. — Penalidad. 378. — DISPOSICIONES COMUNES a los delitos de falsedad .....

**De los fraudes al comercio y a la industria y del pago  
sin provisión de fondos**

CAPITULO XXXIV. — 379. — Consideraciones generales sobre los FRAUDES AL COMERCIO Y A LA INDUSTRIA. Calificación. El perjuicio y el elemento moral. Delitos formales; la tentativa. 380. — Falsas noticias y coalición comercial. El dolo. Consumación. 381. — Oferta de fondos públicos, etc. Consumación. 382. — Balances falsos. El móvil. 383. — Actos contrarios a los estatutos, etc. El dolo y el perjuicio. Consumación. 384. — PAGO SIN PROVISION DE FONDOS. El dolo, consumación .....

