

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 GENERAL



TOMO II



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

1922



Las unas (las primeras de dichas causas) revisten carácter fundamental, porque se relacionan con la estructura intrínseca de la infracción, e implican la ausencia de alguno de sus elementos, los que no pueden ser sino el moral o el legal, ya que el elemento físico no puede faltar.

Importa esto decir, que estas causas, más que de exención de pena, lo son de exención de responsabilidad, o más propiamente de irresponsabilidad o de inimputabilidad, y que además del carácter de fundamentales, revisten el de morales o subjetivas y legales u objetivas.

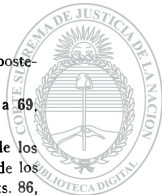
Se caracterizan también por ser personales las morales e impersonales las legales, pues siendo subjetivas las primeras, son inherentes a las personas y no se comunican a los otros partícipes, y siendo objetivas las segundas, favorecen a cuantos concurren a la realización del acto. Y así, en el homicidio ejecutado por un loco o un menor irresponsable, no se benefician los partícipes cuerdos o mayores, en tanto que el que ayuda a un agente de la autoridad a arrestar a un delincuente, o a una persona ilegítimamente agredida a defenderse, es tan irresponsable como el agente o el agredido: porque el loco y el menor no tienen ni el derecho ni el deber de matar, al paso que el agente y el agredido tienen el deber de arrestar al delincuente y el derecho de defenderse.

Otra característica consecutiva más cabe mencionar, y es que no constituyendo el hecho delito, a la irresponsabilidad penal del agente va aparejada la civil (arts. 1071 y 1076 del código civil), y por otra parte que son concomitantes con el delito.

Puede además verse los núms. 14 y 81 del t. I.

Por lo demás, la ley tiene previstas estas causas en los arts. 34 y 36, en cuanto a los elementos comunes, que en cuanto a los propios de cada infracción, hallándose ellos especificados en cada caso, bastará con examinar sobre el hecho en concreto si se encuentran o no todos reunidos.

Las otras en cambio (las segundas), propiamente llamadas causas de exención de pena, revisten carácter accidental, como que no derivan de la falta del material constructivo de la infracción, la que, por consiguiente, existe, sino que son acordadas en mira de un interés de índole particular, son tan sólo subjetivas y personales, dejan subsistentes todas las responsa-



bilidades no penales, y son anteriores, concomitantes o posteriores al delito.

Eximentes particulares son las de los arts. 43, 61 a 69, 86, 88, 111, 115 a 117, 132, 185, 217, 232 y 278.

Se fundan algunas de ellas en el perdón, como las de los arts. 61, 68 y 69, otras en el arrepentimiento, como las de los arts. 43, 217 y 232, otras en el móvil, como las de los arts. 86, 111 y 115, otras en razones de familia, como las de los arts. 88, 132, 185 y 178, y otras, en fin, en el transcurso del tiempo, como las de los arts. 62 a 67.

Hay entre ellas unas que son, a la manera de las causas de irresponsabilidad, coexistentes con la acción; como son los casos de desistimiento, la tentativa de la madre en el aborto, y cierto grado de parentesco en algunos delitos contra la propiedad. Otras hay, llamadas más comúnmente excepciones perentorias, que son posteriores a la acción, y que dependen: de circunstancias eventuales, como la prescripción; de la voluntad del agente, como la retractación en ciertos casos de delitos contra el honor; de la voluntad de la parte ofendida, como el desistimiento en los delitos de acción privada; o de ella y el agente, como en el caso del matrimonio con la ofendida, en los casos de violación, estupro o rapto de mujer soltera; o de los poderes públicos, como la amnistía.

Participa más de este carácter la impunidad del delito imposible (art. 44).

b). Se asemejan: en que, tanto unas como otras, dan como resultado la impunidad, y, además, en que son comunes o propias, según que se refieran a todos o únicamente a ciertos delitos.

Son causas comunes, de irresponsabilidad las morales y de exención de pena, entre otras, la prescripción, y son propias, las legales en las primeras y, en las segundas, entre otras la retractación.

104.—a). Ha agrupado el código en los siete incisos del art. 34 y el 36, los dos órdenes de causas excluyentes de responsabilidad recordados: falta del elemento moral; falta del elemento legal. Puede considerarse incluidos en el primero los



casos previstos en los incs. 1º y 2º y el art. 36, y en el segundo los incs. 4º al 7º. El inc. 3º participa del doble carácter.

Los del primer grupo suponen falta de voluntad (dolo o culpa), la que puede faltar por dos razones: o por falta de discernimiento, o por verse el agente impelido a obrar violentado por coacción física o moral (falta de libertad).

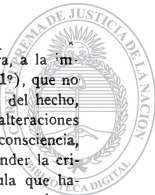
Falta el discernimiento en los casos previstos por el inc. 1º y el art. 36, y hay coacción física o moral en los previstos por los incs. 2º y 3º.

Los del segundo grupo suponen una acción mandada o autorizada por la ley, o intrínsecamente justa: o porque se la ejecuta en cumplimiento de un deber legal o en legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo (incs. 4º y 5º), o en defensa legítima de derechos injustamente agredidos (incisos 6º y 7º).

Los de los incs. 2º y 3º suponen en cierto modo falta de libertad, y a la vez una solución conforme a un precepto racional de justicia absoluta, en orden a la condición humana en trance de reglar su conducta en ausencia de la acción de la autoridad y ante un conflicto de intereses propios y extraños, o de más importancia unos que otros.

Como en el proyecto italiano se suprime la culpa moral como condición de la responsabilidad, las causas de irresponsabilidad se limitan, en general, a las justificaciones (ejercicio del derecho, cumplimiento del deber, ignorancia y error de derecho insuperables en delitos no graves, ignorancia y error de hecho no imputables, legítima defensa, necesidad, sugestión patológica, fuerza irresistible). Y digo que en general, porque incluye no pocas causas morales, como la ignorancia, el error y las dos últimas.

b). Entre el defectuoso sistema del código derogado de enumeración incompleta (a título de meros ejemplos, puesto que finalizaba con la regla) de los casos de irresponsabilidad por causas de falta de discernimiento de origen patológico o anormal (art. 81 inc. 1º), y el de la enunciación genérica de los códigos italiano, holandés y noruego y de los proyectos suizo y ruso (que han servido de antecedente), que "proporciona "a los jueces elementos lo suficientemente flexibles para que "individualicen las soluciones..." el código ha optado por el



último. Es así como, en vez de referirse a la locura, a la imbecilidad, a la ebriedad, etc., dispone (art. 34 inc. 1º), que no es punible: "El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones", fórmula que habría sido más correcta y precisa, si se la hubiese expresado en los siguientes términos: "El que, por insuficiencia o alteración de sus facultades, por su estado de inconsciencia, o por error o ignorancia de hecho no imputable, no haya podido, en el momento del acto, comprender su naturaleza y criminalidad o dirigir sus acciones".

Pero el cambio de forma parecería haber sido acompañado de un cambio en la doctrina, y es cabalmente lo interesante.

En esta tan debatida cuestión de las causas de irresponsabilidad de origen psíquico, cabe, sin esfuerzo, reconocerse desde luego que pueden ellas ser agrupadas en tres series: las mentales o meramente intelectivas, las volitivas y las efectivas o relacionadas con los sentimientos. Pueden ellas consistir en anormalidades o perturbaciones, y ser congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, totales o parciales.

Los que se dedican a los estudios psico-patológicos no están sin embargo de acuerdo siempre en aquella separación, pues para algunos todas las afecciones psíquicas quedan comprendidas en el primer grupo, lo que indudablemente tiene un doble inconveniente: la falta de claridad, y su disconformidad con el común sentir, muy de tenerse en cuenta para una ley penal, que debe ser comprendida por los necios tanto como por los sabios.

Esta disconformidad se traslada luego al campo jurídico, cuando se trata de determinar si todas las anormalidades o afecciones psíquicas, o solamente algunas, han de ser causa de irresponsabilidad criminal. Mientras los psicólogos tienden a generalizar la solución favorable, los juristas la circunscriben a las causas mentales.

Ante los tribunales ordinarios de la capital federal, entre los muchos casos por cierto interesantísimos, uno logró destacarse en la atención y el comentario: el del precoz y extraño

José Santos Godino. Mientras la mayor parte de los médicos legistas concluían en la irresponsabilidad, los jueces resolvieron la responsabilidad, en orden a la doctrina del código derogado, que la limitaba a los casos netamente mentales.

Y es esa misma la doctrina que aún informa casi toda la legislación: la otra, la que quiere extender los casos de irresponsabilidad a las afecciones volitivas, va muy lentamente prosperando en la opinión de los cultores de la ciencia criminal, en tanto que las causas afectivas quedan resueltamente excluidas.

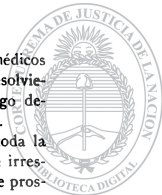
Todo esto se explica perfectamente. Si el fundamento de la responsabilidad, según se demuestra en el n° 81 del t. I, radica en la voluntad, y entra ésta por lo tanto como uno de los elementos de la infracción, no pueden haber ni delito ni responsabilidad, cuando falta uno de sus elementos, como es el de índole moral de que se trata (n° 103 y el 14 del t. I).

El delincuente es en tal sistema aquel que ejecuta el acto voluntariamente; pero con una voluntad consciente y libre, y no se admite más trabas que la de la falta de discernimiento y la coacción irresistible.

Los estudios psico-patológicos no habían descubierto todavía las nuevas fuentes de ciertas determinaciones necesarias; las afecciones volitivas y afectivas. No se concebía que un sujeto, no coaccionado en el exterior y consciente del acto y su criminalidad, lo ejecutara sin querer, sin que su voluntad se decidiese libremente y sin traba alguna. La traba oculta del impulso mórbido era desconocida.

Por otra parte, el peligro del demente se conjuraba en parte por las precauciones tomadas por sus parientes, de reclusión en un manicomio, en tanto que la impunidad del impulsivo dejaba subsistente el peligro y sería a la vez repugnante a la opinión que miraba en él, no a un desgraciado e irresponsable, como el loco, sino a un perverso perfectamente responsable.

Pero hizo su aparición la escuela positiva de derecho criminal, y su formidable arremetida contra el fundamento moral de la escuela clásica hizo pensar muy seriamente en la poca solidez de esta base, y más que nada en la necesidad de adoptar una política criminal abiertamente defensista. Sin aban-





donar dicho fundamento, aunque con el decidido propósito de tutelar la existencia social contra el peligro de los autores de hechos nocivos, fuesen o no moralmente responsables, la escuela intermedia tomó la calle del medio, estatuyendo la medida llamada pena para los primeros y la medida llamada de seguridad para los segundos.

Ahora bien: ¿en qué sentido y con qué alcance ha innovado el código en esta materia

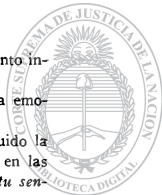
El código derogado limitaba las causas de irresponsabilidad de carácter psíquico, a las de orden netamente mental: era únicamente el inconsciente, el que no se daba cuenta del hecho y su criminalidad, el irresponsable. Las demás causas volitivas y afectivas quedaban excluidas. Lo decía claramente el art. 81 inc. 1º, lo corroboraban sus antecedentes y la doctrina corriente, y lo confirmó una jurisprudencia constante y uniforme.

Parecería que el código vigente, en cambio, hubiese extendido las causas de irresponsabilidad a las afecciones volitivas, y únicamente excluido las afecciones afectivas que no revisten formas mentales clínicas.

Esta inclusión de las afecciones volitivas, sin formas mentales, resultaría desde luego del texto de la ley: “El que por “insuficiencia o alteraciones morbosas de sus facultades... no “haya podido comprender... o *dirigir sus acciones*”. Bastaría, pues, que no hubiese podido gobernar el impulso, aunque hubiese comprendido la naturaleza del acto y su criminalidad.

Resultaría así mismo de la exposición de motivos de la comisión de diputados, a la que se remite la del senado (ps. 64 y 51, respectivamente), la que, luego de pasar en revista el sistema imperante, el de los distintos proyectos nuestros, y el de varios códigos y proyectos extranjeros, manifiesta que se decide por el que aconseja J. Herrera, quien lo hace sobre la base del proyecto ruso y es explícito al respecto. Puede consultarse su obra en las ps. 346 y siguientes.

La tendencia contemporánea, pues, el texto de la ley, la fuente de la opinión de Herrera invocada expresamente por los reformadores, y la afirmación categórica de éste de que quedan incluidas las formas volitivas, despejarían cualquier duda en contrario que pudiera ofrecer el informe de la comisión, no muy preciso por cierto, en el curso de su exposición.



Además de las formas mentales, quedarían por lo tanto incluídas todas las enfermedades de la voluntad.

Quedarían únicamente excluídas la locura moral y la emoción violenta, según se demuestra más adelante.

Ateniéndonos a la opinión de Herrera, que ha seguido la comisión, tendríamos (p. 420 de su obra ya citada) que en las formas mentales quedan comprendidas la demencia *strictu sensu*, la imbecilidad y la sordomudez (en su caso), las distintas formas de enajenación mental, la epilepsia el hipnotismo, el sonambulismo y la embriaguez. Hace también mención de otras anormalidades o afecciones psíquicas, como la histeria, el morfínismo, el cocainismo, y ciertos estados fisiológicos producidos por la edad o el sexo, como en la mujer la época de la menstruación; el embarazo, el parto, el puerperio y la lactancia.

c). El código, luego de concretar en el inc. 1º del art. 34 la fórmula de la irresponsabilidad de carácter moral, andando por el camino abierto por la nueva política criminal, de índole eminentemente defensorista, sin perjuicio de la declaración de irresponsabilidad, comprendiendo que tales sujetos son *peligrosos*, adopta contra ellos medidas de seguridad, disponiendo que "En caso de anajenación podrá ordenar el tribunal la reclusión del agente en un manicomio del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En todos los demás casos — agrega — en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso".

Munidos los jueces de la facultad de recluir a los alienados peligrosos, desaparece la dificultad, que existía en el sistema caduco, de extender el concepto de enajenación a los casos no mentales, lo que obligaba a poner en libertad a sujetos asaz peligrosos.

Hállanse estas disposiciones concebidas en términos facultativos para el tribunal, porque es indudable que imponiéndose la reclusión, no obstante la absolución, como simple medida de seguridad social y de tutela al absuelto, y en conside-



ración al peligro que su afección representa, cuando este peligro no existe, por tratarse de una perturbación transitoria o en virtud de una razón análoga, aquella medida resulta innecesaria.

La disposición pone en manos de la justicia la resolución relativa a la apreciación de la desaparición del estado peligroso del sujeto, no obstante requerir informes periciales, en virtud de que, como observa Prins, puede no coincidir la conclusión facultativa con la opinión de la justicia, dado que ésta representa un interés distinto al del profesional.

Se requiere también la intervención del ministerio público y no la de la parte agraviada, aunque el delito sea de acción privada, porque la absolución ha dado por resultado eliminar la acción penal, y porque la reclusión impuesta a título de simple medida de seguridad, consulta exclusivamente el interés social y el del recluso, en orden, no al hecho porque fué procesado, sino al peligro que representa en lo futuro.

Por lo demás, cabe reproducir lo que en el informe se expresa, refiriéndose a la reclusión de los no alienados. "El sujeto dice, puede haber actuado sin conciencia del acto sin ser un alienado, como ocurre en ciertos casos de ebriedad, vale decir, en aquellos en que ha sido absoluta e independiente de la voluntad del acusado".

Con los asilos especiales para el tratamiento de los bebedores y las casas de trabajo para los vagos, previstas en los proyectos italiano, suizo, alemán y austriaco, se aconseja tratar a los locos criminales y a los criminales locos en establecimientos distintos de los de los locos no criminales, llamados manicomios criminales, tal como se practica en Irlanda, Inglaterra, Italia y Estados Unidos de Norte América, o en secciones especiales de las cárceles, como se hace en Alemania, Francia y Escocia.

d). El punto precedente y el de someter a todo procesado a un estudio psiquiátrico, fué materia de larga y animada discusión en el "Congreso nacional penitenciario" reunido en la capital federal en mayo de 1914, en el que predominó el parecer de la conveniencia de aquella separación, más por razones de índole moral que de régimen, como así mismo el de la



conveniencia, en cuanto al segundo, de adoptar en los códigos de procedimiento una medida de carácter general al respecto.

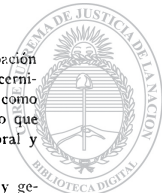
Rivarola en la página 402 de su "Derecho penal argentino" insiste en la necesidad de que se verifique en cada proceso el estado mental del reo, citando numerosos casos de locos condenados, como delincuentes por falta de examen oportuno de sus estados mentales.

La comisión del senado, teniendo en cuenta estos antecedentes, incorporó al final del art. 41 una disposición menos radical, puesto que ordenaba el examen previo mental del procesado por un médico especialista, sólo cuando se le acusase de haber cometido un delito castigado con prisión o reclusión mayor de diez años, enmienda que se rechazó en diputados, pues se planteaba una nueva cuestión constitucional, análoga a la del resarcimiento del daño, a que se hace referencia en el n° 73, t. I, aparte de que se ordenaba el examen por un médico y se lo limitaba a los casos de penas graves.

105.—La irresponsabilidad moral tiene por base la falta de discernimiento, lo que puede obedecer a una anormalidad, como la imbecilidad, o a una causa patológica, como la demencia (tales las previstas en el inc. 1°), o bien a una razón fisiológica, como la edad, a que se refiere el art. 36.

Puede así mismo ser congénita o adquirida, permanente o transitoria, absoluta o relativa. Falta por completo el discernimiento en los casos del inc. 1°, y tan solo de modo relativo en el del art. 36.

No están de acuerdo los autores sobre lo que deba entenderse por *discernimiento*. Parece empero indudable que no basta el conocimiento elemental del bien y del mal bajo el punto de vista moral, porque en este sentido sería responsable el menor de nueve años respecto de algunos delitos, y no lo sería en cambio el mayor de catorce respecto de otros, sino que es necesario algo más. Algo más que no puede ser otra cosa que el conocimiento del bien y del mal del punto de vista legal, o sea el de la trascendencia del mal con relación a los intereses de orden social protegidos por la ley, puesto que la penalidad implica la protección jurídica de las condiciones de existencia social.



En unos casos, como los de imbecilidad o perturbación mental, será más fácil constatar la falta absoluta de discernimiento, que en los casos derivados de causas fisiológicas, como la menor edad, en los que el discernimiento existe, y lo que debe establecerse es su relación con la trascendencia moral y jurídica de la acción (art. 36).

No solamente los peritos, por el examen particular y general de orden técnico de las aptitudes psíquicas del agente, sino también los jueces, por el examen de las circunstancias particulares de la causa y condiciones personales y antecedentes de aquél, con relación a nociones generales o de orden práctico, son los que determinarán en cada caso la existencia o ausencia de discernimiento.

Más como puede faltar el discernimiento en la ejecución sin que sin embargo falte en la resolución, lo que puede ocurrir con la ebriedad y el hipnotismo, a los efectos de la irresponsabilidad se requiere que esos estados sean involuntarios, que el estado de inconsciencia exista tanto en la ejecución como en la resolución del hecho; porque, como ya se adelantó en el n° 85, t. I, basta que la causalidad moral haya impulsado o movido la causalidad física, aunque se encuentre ausente en el momento de la realización del hecho, para que la responsabilidad quede establecida. Es en este sentido que corresponde interpretar los términos "en el momento del hecho" del art. 34 inc. 1°.

106.—Una de las causas más comunes de irresponsabilidad es la que proviene de la edad del agente; ya sea porque aún no ha alcanzado la que la ley toma como punto de partida del discernimiento suficiente, o porque siendo muy avanzada éste ha desaparecido. Como es este un caso que queda comprendido en las enajenaciones (locura o incapacidad senil), se va a tratar únicamente del que resulta de la primera de las situaciones enunciadas. Es lo que se hace en el cap. XV.

107.—La *sordomudez*, no obstante ser, como dice Garraud, por una parte un signo de degeneración y por otra un motivo de retardo del desenvolvimiento de las facultades psíquicas, no



es, en principio, una causa de irresponsabilidad, porque no es en sí misma excluyente del discernimiento.

Nuestras leyes penales, siguiendo esta doctrina, que es la de los demás códigos, no reconoce en la sordomudez un motivo de irresponsabilidad. El mismo código civil sólo declara la incapacidad de los sordomudos cuando no saben darse a entender por escrito, y eso por razones de fácil percepción. Es por eso que las leyes procesales no excluyen de proceso al sordomudo, y se limitan a proveerle de intérprete en el acto de la declaración indagatoria, si no sabe ni leer ni escribir.

Tejedor había adoptado otro sistema. Reconocía la irresponsabilidad en caso de que el sordomudo no hubiese recibido la educación conveniente para conocer la criminalidad de sus actos, ni sido instruido de las penas impuestas por la ley positiva, lo que concordaba con la irresponsabilidad que admitía en caso de ignorancia insuperable. Pero tanto por este fin, cuanto porque a renglón seguido disponía que *sin embargo* podía ser castigado como el menor de diez y ocho años, es decir con atenuación calificada, se vendrá en cuenta que la declaración de irresponsabilidad estaba de más, y que lo único que debió expresar es que el sordomudo declarado irresponsable, debía, como los locos y los menores en igual situación, ser sometido a un tratamiento especial, y que, de ser declarado responsable, lo sería como el menor, en forma atenuada; temperamento más o menos adoptado por los códigos italiano, alemán, húngaro y belga.

Y digo que el caso no se halla previsto entre los de irresponsabilidad, porque, no obstante tener la sordomudez sus complicaciones con el idiotismo, no sólo no es esto lo regular, sino que únicamente podría considerárselo comprendido en el inc. 1º cuando revistiese una forma de alteración o anormalidad psíquica. Los demás casos tienen que resolverse conforme a la disposición del art. 36.

Pero en este mismo caso, lo justo y lógico sería extender, como lo hace el código italiano, algunos años más sobre catorce la edad de irresponsabilidad penal, debiendo probarse, en ese período intermedio o de transición, el discernimiento suficiente del sordomudo, a la manera, igualmente, del citado código. Porque es indudable que media, entre el menor que oye



y habla y el que carece de esos medios de ponerse en contacto con el mundo exterior, una importante diferencia, que se traduce, por lo regular, en un retardo en el desenvolvimiento y progreso de las facultades mentales; al menos en orden a las condiciones requeridas para apreciar las relaciones y normas de convivencia social.

En todo caso no se trataría de una cuestión de discernimiento, sino de ignorancia de la ley, en los términos propuestos en el n° 155.

108.—La *imbecilidad* es otra causa de irresponsabilidad, porque, a semejanza de la locura, es también un estado mental. Se diferencia sin embargo de ella, en que la locura es más bien un desorden, un trastorno, una alteración, una perturbación de la inteligencia, en tanto que la imbecilidad es una insuficiencia o falta congénita de esa misma facultad. Podrá el loco curar, pero el imbecil no; el loco es un enajenado o alienado (el que ha dejado, transitoria o permanentemente, de ser el mismo), en tanto que el imbecil ha permanecido y permanecerá siempre el mismo. Tampoco da la locura al sujeto la exterioridad que en el imbecil tanto mueve a la compasión, y si la primera es un desarreglo o enfermedad mental, la segunda es una anomalía intelectual.

La imbecilidad como causa de irresponsabilidad no es la simple debilidad mental, sino la de grado *absoluto*, o, lo que es lo mismo, la idiotez o cretinismo. El simple imbecil no carece del todo de razón; es sólo un débil de espíritu; el imbecil absoluto, en cambio, el cretino o idiota, es el que carece por completo de razón. Esa exigencia resulta clara de los términos de la ley, y en eso no ha sido modificado el concepto del art. 81 inc. 1° del código derogado. Este inciso había sido tomado de Tejedor, que decía: “Los imbeciles *incapaces absolutamente* de apreciar las consecuencias de sus acciones o de “comprender su criminalidad”. Luego lo anotaba con una cita de Chauveau Adolphe, que requiere, para que la imbecilidad excluya toda responsabilidad, que sea tal que anule necesariamente la voluntad.

La degeneración, no excluye por sí sola la responsabilidad, si es que no se resuelve en imbecilidad o en locura.



109.—Es el *sonambulismo* — de *somnus* (sueño) y *ambulare* (andar) —, otra forma de anomalía psíquica. El sonámbulo discurre, pero por una sucesión mecánica de ideas y representaciones: sin dirección intelectual que le permita relacionarlas con sus antecedentes y consecuencias; sin la percepción de sensaciones actuales, por estar sus sentidos cerrados bajo la acción del sueño; sin conciencia, en una palabra, del impulso, de la acción y sus proyecciones. La mente está sana y despierta, pero duerme en entera inhibición la facultad psíquica de correlacionar las representaciones mentales y las realidades a que corresponden.

Si la locura y la imbecilidad son ocasionadas a simulaciones, el sonambulismo, aunque muy raramente, no escapa a este ardid, afortunadamente de éxito casi siempre negativo.

Pero si el sonámbulo es irresponsable de los actos en semejante estado cometidos, punto a cuyo respecto no hay dificultad alguna (véase Herrera y el informe de la comisión de diputados), cuando este padecimiento le es conocido y reviste carácter peligroso, lo será por culpa, si no tomó las precauciones consiguientes.

Junto al problema del sonambulismo natural o espontáneo, se plantea el del sonambulismo artificial, provocado o magnético, o *hipnotismo*. ¿Tienen el mismo valor?

Desde luego conviene establecer que el hipnotismo no forma sino una parte del complicado problema de la *sugestión*, a cuyo estudio se hallan estrechamente vinculados el ocultismo y la telepatía, para no mencionar más que las derivaciones más conocidas y familiares; fenómenos cuyo estudio ha dado márgen a la formación de numerosas asociaciones de investigación psico-fisiológica, entre las que cabe citar como la más antigua a la *Society for psychical Research* de Londres.

El hipnotismo, que fué el primero en dar nacimiento a la *psicología experimental*, es el sueño obtenido por magnetismo animal mediante maniobras artificiales, y constituye, según Charcot, una verdadera neurósis experimental.

Puede ser o no completo. En el incompleto la personalidad del sujeto sólo se disminuye o debilita, pero no se anula: lo que vale decir que un estado tal sólo puede dar lugar a una atenuación de la responsabilidad. En el completo, el gran hip-



notismo, la personalidad se anula, según los que tal conclusión sostienen, y regularmente el proceso consta de tres estados sucesivos: el cataléptico, el letárgico y el sonambúlico.

Obtenido este resultado, el hipnotizador sugiere al hipnotizado (de aquí el nombre de *sugestión hipnótica*) una acción a ejecutar, la inexecución de una debida, la convicción de la existencia de un hecho no pasado, o el olvido de hechos ocurridos. Puede así convertirlo en victimario o en víctima.

Puede también ordenarse cumplir lo sugerido durante el sueño (*sugestión intrahipnótica*), o después de haberse despertado (*sugestión posthipnótica*).

No hay sin embargo conformidad respecto de la seguridad de conseguir esos resultados: mientras la escuela de Nancy la admite ampliamente, la de París sólo la acepta en ciertas y determinadas condiciones. Para ésta el hipnotizador ha de poseer la técnica de la experiencia, el hipnotizado ha de ser un sujeto predispuesto (neuropata), y lo sugerido será irresistible únicamente a condición de no ser repugnante a lo que constituye el fondo moral del sujeto.

Del punto de vista jurídico se ha producido un gran movimiento cultural, desde que Liegeois demostró la posibilidad de sugerir al hipnotizado la comisión de un delito o el declararse culpable de uno no cometido; pero nada se ha hecho que haya pasado de proyecto. Puede citarse en materia penal el rarísimo ejemplo del proyecto de 1891, que incluía la sugestión hipnótica entre las causas de irresponsabilidad.

El informe de la comisión decía sobre el particular lo siguiente: "Sin discutir la cuestión debatida por las escuelas "existentes sobre el hipnotismo, a saber: si las sugestiones "hipnóticas y posthipnóticas son fatalmente irresistibles, como "sostienen algunos, o si el sujeto sólo obedece y cumple las "sugestiones que le son agradables o indiferentes, hechas por "un individuo agradable también (Brouardel); o si el sujeto "es capaz de resistir las sugestiones que le repugnan o se hallan en oposición con un sentimiento profundo (Faré); o si "el hipnotizado permanece siempre alguien y puede manifestar "su voluntad resistiendo las sugestiones (Giles De La Tourrette); o si el hipnotizado sabe que se le ordena representar una comedia (Delboeuf);..."



El valor eximente, o atenuante en su caso, de la sugestión hipnótica, se encuentra comprendido en la generalidad de la fórmula contenida en el inc. 1º, según puede verse en el informe de la comisión de diputados (ps. 66 y 68), y en Herrera (p. 362), citado por la misma. Puede verse además, los arts. 78, 119 inc. 2º y 208 inc. 1º

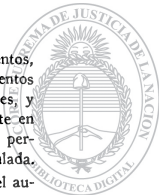
El proyecto italiano, como ya se dijo, incluye entre las causas de irresponsabilidad la sugestión patológica.

Es fuerza reconocer con todo, que su comprobación en cada caso concreto se hace poco menos que imposible, lado por el cual la excusa resultará, dentro de lo excepcional de semejante ocurrencia, ordinariamente inadmisibile.

El código emplea en el art. 34 inc. 1º los términos "en el momento del hecho", con lo que parecería que concurriendo ese requisito, procederá la declaración de irresponsabilidad, aunque el estado de inconsciencia hubiese sido, como en el hipnotismo, procurado con anticipación. No es así, sin embargo, toda vez que, como se ha demostrado en el nº 85 t. I, la causalidad moral puede no concurrir en el instante de la realización del hecho, sin que por eso desaparezca la responsabilidad, si movió la causalidad física. Puede verse, además, lo anticipado en el nº 105 *in fine* del presente capítulo. El requisito se explica perfectamente, y de ninguna manera implica incluir el caso en que la resolución haya precedido al estado de inconsciencia, procurándolo de propósito o aceptándolo imprudentemente. De suerte, pues, que los expresados términos no excluyen el hipnotismo.

El otro aspecto de la *sugestión* es el de la que se produce *en estado de vigilia*; ya sea la ajena o la propia (autosugestión). Wundt define la sugestión como "la asociación acompañada de una concentración de la conciencia sobre las representaciones "engendradas por la asociación".

Estos casos son indudablemente más frecuentes, pero ciertamente menos peligrosos que la sugestión hipnótica, pues es en realidad por demás difícil que alguien se decida a cometer un delito por simple consejo o persuasión, si es que no tiene algún interés en él. Por mucho que sea el ascendiente de un espíritu regularmente fuerte sobre uno particularmente débil, fenómeno de subordinación cuya realidad es atestiguada por observaciones diarias en esa gran masa de personas que infor-



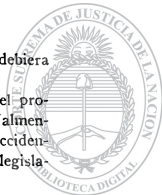
man sus gustos, sus maneras, sus ideas y hasta sus sentimientos, en las formas de conducirse y en las ideas y los sentimientos del mayor número o de aquellos que tienen por superiores, y que de una manera más elocuente y acentuada se advierte en los hechos colectivos y los delitos de la muchedumbre, la personalidad podrá ser disminuída pero muy difícilmente anulada.

Naturalmente que no se trata de la responsabilidad del autor de la sugestión, la que corresponderá a la de autor o de cómplice si fuere intencional, o en concepto de culpa, si, siendo voluntaria, pudo preverse la posibilidad del delictuoso resultado. De lo que se trata es de la responsabilidad del sujeto pasivo de la sugestión. Admitida la influencia decisiva e inenovable de la sugestión, la responsabilidad desaparece si el sujeto fué víctima involuntaria de ella. Mas si se dejó hipnotizar voluntariamente, viene al caso distinguir si lo hizo con la intención de servir o no de instrumento inconsciente de una acción delictuosa. En el primer supuesto su responsabilidad es plena, por la razón dada en la ebriedad (número siguiente); en el segundo, en cambio, podría o no haber lugar a responsabilidad por culpa, según que haya podido prever o no la posibilidad del evento criminoso.

110.—La embriaguez es otra causa de irresponsabilidad (trastorno psíquico transitorio de origen tóxico), pero a condición de que sea *completa e involuntaria*, tal como se expresaba el código derogado.

No es menester volver sobre lo dicho para significar lo que debe entenderse por ebriedad completa: será la que priva al agente en absoluto de la conciencia de sus actos, estado que Groizard niega por falta de comprobación.

Por involuntaria se entiende la ebriedad no procurada y además la no culpable. Si el agente es un ebrio habitual, o si bebió sin continencia pudiendo prever que podía embriagarse, no podrá decir que su ebriedad es involuntaria, que *no le es imputable*. Si pudo prever la posibilidad de su ebriedad cargará con sus consecuencias. ¿Con qué criterio y justicia, como dice Rivarola, se podría equiparar el ebrio por hábito o imprudencia con el que se embriaga bebiendo por prescripción fa-



cultativa en dosis insospechables, si por involuntaria debiera entenderse tan sólo la ebriedad no procurada?

Es esta, por otra parte, la doctrina corriente que el proyecto de 1891 consagra expresamente en un inciso especialmente dedicado a la ebriedad, al exigir sea involuntaria, accidental, no culpable, siguiendo en ello el ejemplo de otras legislaciones.

En la página 64 del informe de dicho proyecto, se hace ver por qué la ebriedad habitual es siempre imputable, y cómo, sobre este punto, se encuentran de acuerdo, los que sin embargo desacuerdan sobre la influencia de la embriaguez como causa inhibitoria.

Basta, como dice Alimena, que la ebriedad sea voluntaria en la causa aunque no lo sea en el efecto, que es precisamente el caso del que se embriaga imprudentemente, sin continencia, pudiendo prever la ebriedad como resultado; aunque otra cosa aparenten decir los términos "en el momento del hecho" que emplea el art. 34 inc. 1º del código. Véase los núms. 105 *in fine* y 109.

Ya se ha dicho en otro lugar (nº 95 del t. I), que siendo la ebriedad completa, si es voluntaria dará lugar a responsabilidad por culpa; a menos que el agente se haya embriagado a designio para cometer el delito. No hay, pues, otro caso de atenuación por ebriedad que el proveniente de una ebriedad parcial e involuntaria.

El mal es indudablemente grave: tanto por la degeneración, de la que es un factor, cuanto porque es un factor de gran consideración en la criminalidad. Es por eso que la legislación de todos los países, las difundidas sociedades de templanza y la constante propaganda anti'alcohólica buscan con todo empeño disminuir, sino extirpar, un mal de tan lamentables consecuencias.

Por lo demás, en la legislación extranjera se va en la ebriedad desde la irresponsabilidad hasta la agravación.

La lucha contra la ebriedad es de dos clases: la que contempla el hecho como transitorio y la que la contempla como permanente (el hábito, el alcoholismo).

Se ha luchado y se lucha por medio de medidas directas o indirectas: fiscales (impuestos, monopolios, etc.); de poli-

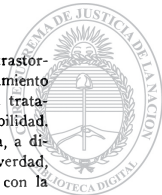


cia (prohibición de tabernas o su explotación por sociedades de templanza); de propaganda; terapéuticas; represivas, etc. Esto es sin embargo insuficiente. Hay que tomar medidas con el alcoholista criminal, sea o no responsable el imputado. Es lo que hace, entre otros, el proyecto de código penal suizo con el bebedor habitual: condenado o absuelto, podrá ser sometido a un tratamiento curativo en asilos especiales, y a períodos de prueba con prohibición de beber una vez libre. Es también lo que hace el código en el art. 34 inc. 1º, al imponer la reclusión de los que, habiendo cometido un hecho en estado de inconsciencia por tal causa, representan un peligro social. “Esta medida, dice el informe en la p. 69, es salvadora sobre todo para los alcoholistas y demás sujetos acostumbrados a “ingerir venenos”. Puede verse, además, el art. 13 inc. 2º

Es digna de mención la *Conferencia prohibicionista* mundial abierta el 8 de Junio de 1919 en Wáshington, para la prohibición de la elaboración, la introducción y el expendio de bebidas alcohólicas, la que fué por fin oficialmente resuelta y adoptada en casi todos los estados de Norte América.

Cabe recordar, así mismo, el proyecto, mandado por el P. E. al congreso en julio de dicho año, de represión del alcoholismo y de creación de *Reformatorios de alcohólicos*, como igualmente el análogo al prohibicionismo norteamericano, presentado en la cámara de diputados en junio de 1920.

111.—Entre las formas mentales se destaca en primer término *la locura* propiamente tal; la locura de aquel que ha perdido por completo el uso de su inteligencia, que no discierne, que no razona, que ignora lo que hace. Vienen luego las distintas formas de alienación o enajenación mental, entre las que figuran los estados llamados maníacos. Pero todo esto es vano e inconducente: lo único interesante es averiguar si el sujeto obró en estado de normalidad y salud mental que le permitiera hacer conciencia de lo que hizo, o si, por el contrario, se encontraba afectado de una enfermedad o perturbación mental, de tal manera que pueda considerársele un otro yo, uno que ha dejado de ser lo que era; un alienado o enajenado, en una palabra.



Que se trate de una demencia incurable o de un trastorno transitorio, que afecte la integridad del funcionamiento mental o solamente parte, etc., asunto es que interesa al tratamiento y no al fallo de responsabilidad o de irresponsabilidad.

No es propicia, por lo demás, la índole de esta obra, a disertaciones de carácter psiquiátrico. La psiquiatría, en verdad, cuyas relaciones con la delincuencia y por consiguiente con la criminología, se establecieron en un principio por la vía patológica (locura), luego ampliadas por la de la degeneración y últimamente más extendidas aún por la de la anormalidad (morfológica, psíquica y social), constituye una especialización de impropia e imposible involucración en la enseñanza del derecho penal.

Se exceptúa únicamente (p. 68 del informe de la comisión de diputados), en lo que se separa de los proyectos de 1891 y 1906 (ps. 55 y XLI de los respectivos informes), la *locura moral*. Véase J. Herrera, p. 420, citado por dicha comisión.

Lejos de reconocer en esa afección un motivo de irresponsabilidad, se encuentra más bien una causa de agravación, como puede verse en el art. 80 inc 2º, en la parte que se refiere al *impulso de perversidad brutal*, en el que tendrá que verse un caso de locura moral.

Es esta la interpretación que también ha dado la jurisprudencia, siendo de recordar los fallos de los procesos de Carmen G. de Livingston y de José Santos Godino.

En cuanto a las afecciones volitivas puede verse lo dicho en el n° 104 letra b).

La declaración judicial de irresponsabilidad a causa de una anormalidad o afección psíquica, se encontrará regularmente supeditada a las conclusiones periciales pertinentes. Casos hay, sin embargo, en que aquella se aparta de éstas; como, entre otros, ocurrió con Godino, declarado responsable por la justicia, no obstante las conclusiones de irresponsabilidad a que arribaban ilustrados y muy meritorios informes facultativos. La razón de esto está en que la responsabilidad no tiene, en el concepto de los alienistas, el mismo fundamento que en el de la ley. Mientras aquellos la fundan del punto de vista del interés individual, la ley la funda a la vez del de los intereses de orden social. Y para que los peritos puedan decir con acier-



to que el autor de un delito es irresponsable, es menester que tenga en cuenta el concepto que la irresponsabilidad tiene, no en las conclusiones científicas sino en la ley.

Aun cuando por mucho tiempo creyóse en la existencia de la línea divisoria entre la salud mental y la locura, hoy convienen los hombres de ciencia en que el *loco o cuerdo* de la vieja doctrina no es una verdad actual, o, según el decir de Griesinger, no tiene sentido común; porque las experiencias, numerosas y repetidas, han puesto de manifiesto que, como en la gama de los colores, los tipos fundamentales se encuentran separados por regiones bastante extensas, cuyos límites no se precisan definitivamente.

De aquí la denominación de fronterizos, que son aquellos tipos regularmente cuerdos, pero que en ciertas y determinadas circunstancias caen en la enajenación, bajo la influencia de la causa provocadora y en razón de cierta aptitud congénita.

Dice Cullere en las "Fronteras de la locura": "Por esto lo que hemos convenido en llamar *la salud* es una cosa entera-mente relativa. Ni desde el punto de vista mental, ni desde el punto de vista físico, existe ninguna fórmula absoluta de ese estado, y un tipo normal del espíritu humano no pasará de una abstracción ideal... Así como en patología ordinaria existe todo un orden de hechos contrarios al exacto equilibrio de todas las funciones orgánicas, y no caracterizan, sin embargo, ninguna enfermedad determinada, del propio modo en psicología existe un número considerable de estados mentales que constituyen una zona intermedia entre la exacta ponderación de todas las facultades y las verdaderas enfermedades mentales".

Y más adelante agrega: "Estos diversos estados anormales de la inteligencia no constituyen seguramente la locura confirmada, pero tienden a ella de muchas maneras; ya por su exageración hasta el delirio propiamente dicho, y también, como es frecuente, porque sirven de avanzada a verdaderos accesos de enajenación mental".

Pero si bien se reconoce la responsabilidad de estos semi-locos, se discute acerca del motivo de atenuación derivado de tal estado, y que no se considera resuelto por el sistema ordi-



nario de las atenuantes, pues se entiende que el fronterizo no debe ser sometido al mismo régimen que el delincuente de tipo corriente, aparte de lo absurdo que, del punto de vista del interés de la defensa social, que fundamenta el derecho de represión, resulta en tales casos el principio de la responsabilidad atenuada, aplicado a individuos más peligrosos que los notmales. (Ver nº 130).

Por lo demás, siendo la locura en el momento de la acción, la única que da lugar a una razón de irresponsabilidad, no hay por qué ocuparse de la locura anterior ni de la posterior, sino es para derivar de esas circunstancias la posibilidad de que el hecho realizado en condiciones de aparente lucidez, o en los llamados intervalos lúcidos, admitidos por el código civil en el art. 1070, pero muy dudoso en el estado actual de la ciencia, haya sido en realidad el resultado de una perturbación de la inteligencia.

Otras cuestiones halláanse íntimamente ligadas a la locura. Puede ocurrir que el autor del hecho delictuoso se encuentre bajo una declaración civil de demencia, circunstancia que no obstaría a una solución contraria en lo penal, a base de una demostración pericial, pues no reviste igual importancia una declaración de insanía hecha a los efectos de salvaguardar intereses privados y de familia, que la hecha en mira de intereses sociales y de seguridad pública.

Puede también ocurrir que la locura sobrevenga durante el proceso o mientras el individuo cumple la pena, casos que, más que con la cuestión de la responsabilidad, se vinculan a las leyes procesales y el cumplimiento de la pena. Disponen ellas respecto de lo primero, que el proceso se suspenda en plenario, y respecto de lo segundo el código penal (art. 25), que se descuenta de la pena el tiempo que haya durado la locura; lo que si es humano no es útil ni científico, en el sentido de la función reformadora de la pena.

112.—Habla Chauveau: “Asemejando *las pasiones* con la “enajenación mental se justificaría la inmoralidad, colocándola en la misma línea que la desgracia; y se la estimularía “ofreciendo la impunidad como pena de sus desbordes. El “afortunado cuya inteligencia ha conmovido la enfermedad,

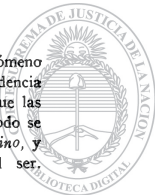


“obedece como máquina a una fuerza motriz, cuyo poder no puede combatir. El hombre que obra bajo el imperio de una pasión, comienza por dejar corromper su voluntad, y es su voluntad la que arrebatada por la pasión se precipita en el crimen. El primero sufre un poder irresistible, el otro ha podido resistir y no ha querido. En el paroxismo mismo de la pasión más delirante, el hombre no deja de tener la percepción del bien y del mal y de conocer la naturaleza de los actos a que se entrega. El amor, los celos y la venganza pueden subyugarle, puede ceder al empuje de sus deseos; pero si quisiera, encontraría en su seno la fuerza bastante para combatirlas. Las pasiones violentas embrutece el juicio, pero no lo destruyen: arrebatan el espíritu a resoluciones extremas, pero no lo ofuscan con alucinaciones ni quimeras: excitan momentáneamente sentimientos de crueldad, pero no producen esa perversión moral, que lleva al enajenado a inmolar sin motivo los seres que más quiere. En una palabra, no hay suspensión temporal de las facultades de la inteligencia: el hombre obra bajo el imperio de un sentimiento inперioso que lo domina, pero esta dominación él la ha aceptado y obra voluntariamente”.

Tomo este otro interesante fragmento de un estudio médico-legal de los doctores Nicéforo Castellano y Martín Ramón Arana del cuerpo médico de los tribunales de la capital federal.

“La pasión, en general, — dice Ribot, — es el resultado de una obsesión en provecho particular de la energía total del ser”. (Ensayo sobre las pasiones. Trad. esp. 1907, p. 145), “y más adelante (p. 197): “Toda pasión aún corta, es una ruptura de la vida normal. Conocemos sus signos distintivos: formación de un carácter parcial, asociaciones y disociaciones regidas por una sola idea, en una dirección única, paralización de la conciencia. Es un estado *anormal* sino *patológico*, una escrescencia, un parásito”.

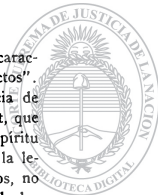
“De la Vessiere, citando siempre autoridades modernas, de la *pasión* dice: *trastorna la distribución de la energía del ser y absorbe en provecho propio actividades que normalmente deben tener otro ejercicio*. (Elementos de psicología experimental. Trad. esp. 1917, p. 272)”.



"La pasión, dice Malapert, es esencialmente un fenómeno "de conciencia, y consiste en el hecho de que una tendencia "no solamente se ha desarrollado más poderosamente que las "otras; y con detrimento de ellas, más aún, en cierto modo se "las ha asimilado a todas, las hace entrar en su *torbellino*, y "concentra en un mismo punto todas las energías del ser, "(Psicología, p. 145)".

"La vida y conducta de R., lo presenta como dominado "por una pasión amorosa intensa, pasión altruista, la última "en despertar en la evolución individual, nacida de un ins- "tinto: el sexual, de bajos centros medulares, por eso se le de- "nomina el genio lúbrico de la especie. Esta pasión engendra un "estado emotivo estable, casi obsedante; es por carácter, por "origen y por finalidad (procreación), altruista, expansiva, "abnegada y tan compleja en su psicología, que Herbert Spen- "cer cree encontrar todos estos elementos sentimentales que "llama confluentes: belleza, afección, admiración, amor de "aprobación, estima de sí mismo, sentimiento de posesión, li- "bertad de acción y exaltación de la simpatía; y el centro a "donde concurren estos elementos y a donde se dirige la *idea* "única de Ribot, la *absorción de las energías* de la Vessiere, el "*torbellino asimilador* de Malapert, con dominio de todo el "campo de la conciencia, es la persona amada, el deseo de su "bienestar, de su felicidad y sobre todo de su correspondencia".

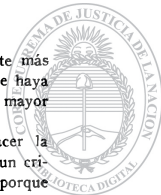
"Por eso, y dentro de la normalidad mental, el amoroso "no es homicida por sólo su pasión y menos en la persona de "su amada. R. no agredió a su novia por sólo el amor que "le profesaba. Su vida se deslizo apasible sacrificándose por "ella hasta que de improviso nació en él otra pasión depri- "mente, egoísta; una *psiquialgia en donde el amor propio do- "mina al amor pasión* (C. Feré. El instinto sexual. Su evo- "lución y disgregación, p. 126): los celos. Este nuevo estado, "también emotivo, también obsedante y también complejo en "sus elementos sentimentales afectados, como el desprecio del "afecto por parte de la persona amada, el concepto de despo- "jo de un derecho de posesión ya adquirido sobre la misma, "parangón de inferioridad ante el rival, etc. Esta pasión guar- "da relación directa de intensidad con la del amor de donde "nace, con las causales directas que la despiertan y con las



“modalidades individuales del apasionado, y tiene por características el anular más que otras el contralor de los actos”.

Y más adelante agregan: “No obstante la existencia de este estado anormal sin ser patológico, al decir de Ribot, que lleva la imputabilidad a límites ínfimos, dentro del espíritu restrictivo de la legislación universal, como dentro de la letra de la nuestra y dentro de los conceptos psicológicos, no la extingue por completo. Son tempestades del alma de las que, con intensidad diversa, pocos se libran en el curso de la vida y en las que sólo se justifica el naufragio de los incompletos o descentrados, pues cuando se posee un psiquismo en función equilibrada, hay resortes de frenación eficientes para impulsar la voluntad sin perder los rumbos, y la buena orientación se facilita con la pericia, vale decir, con el entrenamiento que despiertan la educación y la cultura moral e intelectual, desarrollando y ejercitando las vías de frenación destinadas a inhibir tendencias que impulsan a actos repro- bables; impulsiones que en tesis general y en el *sub judice* no pueden dárseles científicamente el carácter de irresistibles”.

Alimena distingue *los afectos* de *las emociones* y éstas de *las pasiones*, y luego de apartar los afectos, porque no causan perturbación alguna en la vida psíquica, distingue las emociones de las pasiones, diciendo que las primeras son el producto del predominio imprevisto y fugaz que, en un momento de desequilibrio de representaciones, adquiere en la conciencia un grupo sobre los demás, durante cuyo estado éstos permanecen de tal manera absorbidos e inertes, que las cosas se ven a través del color de la representación o del grupo de representaciones dominantes, en tanto que las pasiones, que son el desarreglo de la vida psíquica, y por lo tanto más raras que las emociones, que, con las ideas y los afectos forman el tejido de la vida psíquica cotidiana, son ese mismo fenómeno, aunque formado por una invasión y predominio lento, continuo y duradero, de tal manera que en vez de ser un episodio, se convierten en una condición de la conciencia. Esto no importa, naturalmente, desconocer los estados pasionales violentos, como la ira, consecutivos a estados emotivos de transformación súbitos, como el dolor.



Así como son más raras, son también regularmente más violentas las pasiones; lo que sin embargo no quita que haya emociones cuyo valor psicológico y jurídico sea igual o mayor que el de las pasiones.

Refutando a Carrara, sostiene que no hay que hacer la evaluación jurídica de las emociones y las pasiones con un criterio derivado de su intensidad o cantidad psicológica, porque de ese punto de vista son iguales, sino con el de su cantidad o contenido ético y jurídico, o sea en relación con los fines sociales, según que con ellos sean concordantes o no.

Y aún cuando sostiene que en principio, y con arreglo a la doctrina del código italiano, las emociones y las pasiones no pueden dar lugar a una exclusión de responsabilidad, reconoce que ésta procede cuando han provocado un estado de enajenación mental, y que hay casos extremos en que, aún sin él la emoción o la pasión es tan generosa, que la absolución parece más ejemplar que la condena.

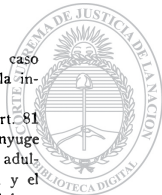
Pero admite esto como excepción, puesto que, no obstante haber ciertas emociones y pasiones que, por no ser del todo repugnantes a la conciencia social y a sus fines, no son del todo injustas, una absolución traería al ánimo de las personas malos consejos y peligrosas esperanzas; a parte de que en realidad se trata de individuos peligrosos, siempre que se encuentren en idénticas condiciones.

En cuanto a las emociones cabe hacer un *distingo*, según que sean *esténicas* o *asténicas* (clasificación kantiana), o, lo que es lo mismo, según que exalten o aviven la energía vital, o, al contrario, la debiliten, depriman o enerven. Así el placer y el dolor, la alegría y la tristeza.

Los casos emotivos excusantes más frecuentes se producen con *el miedo* y *el dolor*, como los pasionales son *el terror* y *la ira*, estados en que aquellas emociones asténicas se transforman a menudo.

Para los que la pasión engendrada por el amor o el honor es motivo excusante frecuente, es para los jurados.

Se tiene, pues, en conclusión, que la emoción y la pasión no excusan, si no producen una perturbación mental completa no imputable al agente. No está demás agregar que si el fenómeno de enajenación se produce, no hay que buscar la causa



imputable más allá de donde se la buscaría para otro caso cualquiera de locura, porque sería injusto y porque en la investigación de la causa se iría demasiado lejos.

Era éste el espíritu que informaba el inc. 12º del art. 81 del código derogado, que eximía de responsabilidad al cónyuge que, sorprendiendo a su consorte en flagrante delito de adulterio, hiriese o matase a los culpables o a uno de ellos, y el 13º que también eximía de responsabilidad al padre o al hermano que hiriese o matase al que encontrara yaciendo con su hija o hermana menor de quince años.

El primero de estos incisos fué tomado del proyecto de Villegas, Ugarriza y García, en el que había sido incluido como causa de irresponsabilidad. Aun cuando los redactores del proyecto se limitaron, en la exposición de motivos, a manifestar que lo hacían siguiendo el ejemplo de otros códigos, el doctor García expresó el espíritu de la disposición en un fallo de la cámara de lo criminal de la capital federal, en los siguientes términos: "La autoridad marital menospreciada, el vínculo matrimonial ofendido, la deshonra del esposo engañado, eran los fundamentos que acordaban al marido derechos excepcionales sobre la adúltera y su cómplice. La moderna legislación argentina ha tomado otra base de criterio. El código Tejero al establecer pena menor en estos casos no habla ya del marido, sino del *cónyuge* que sorprendía en adulterio a su *consorte*. La comisión revisora de este código, de la que tuve el honor de formar parte, proyectó la exención de pena en estos casos tanto para el marido como para la esposa, y esta doctrina ha sido adoptada por el código vigente. Es que ya no se toma como base de la disposición legal la ofensa a la autoridad marital, sino el *justo dolor* que debe sentir el cónyuge al tener la prueba evidente de la infidelidad de su consorte; dolor tan violento *causa perturbación en la inteligencia, debiendo aplicarse la sentencia "dolore per motus, non est in plenitudibus intellectus"*.

Habiéndose legislado estos casos como distintos de los previstos en el inc. 1º, aparentemente la ley no requería la perturbación total de las facultades mentales, y por consiguiente era otro su fundamento. Pero no solamente esta particularidad carecía de importancia decisiva, si se reparaba que también los



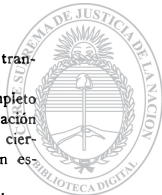
incs. 11º y 14º debieron quedar incluidos en el 8º, y el 15º en el 7º, sin que por esto cambiase su fundamento, sino que el antecedente recordado tenía toda la autoridad de una interpretación auténtica, y ésta decía que el fundamento era el de la perturbación mental producido por el justo e intenso dolor sufrido por el agente. Esto demuestra la inconsistencia de la crítica que se hace, diciendo que la ley consagraba el derecho de matar.

Se observa que habrá casos en que el agente obre por odio, o en venganza, o en virtud de una perturbación mental no completa, lo que daría lugar a absoluciones injustas. La crítica no es del todo infundada. Mas es lo cierto que el hecho corriente es otro y el de la hipótesis es de excepción; por lo que es forzoso reconocer que el legislador había creado una presunción fundada en la realidad regular de las cosas, sin dar a los casos de excepción más importancia que la que realmente tienen.

El legislador había supuesto lo que es natural y lógico, y es que el cónyuge, padre o hermano, que hiere o mata en esas condiciones, ha obrado bajo la influencia de la ira engendrada por un dolor tan intenso, que sus facultades deben haberse encontrado naturalmente alteradas. Y si bien es cierto que es posible lo contrario, ante la imposibilidad de constatar *a posteriori* un estado mental transitorio, había preferido la impunidad para unos pocos culpables a la responsabilidad del mayor número realmente irresponsables; lo que, por lo demás, es propio de la justicia humana, eternamente relativa.

El inconveniente se reducía, sin embargo, a su menor expresión, dando a la *sorpres*a en ilegítimo concubito un alcance más subjetivo que objetivo. No sólo se requería la sorpresa material, *in fraganti*, sino también la sorpresa moral, que implica la ignorancia en que el agente se encontraba. El examen de circunstancias particulares era pues de regla, y esto, hecho con inteligencia y atención, evitaba considerablemente esa infiltración indebida.

Si el agente conocía los hechos y preparó una oportunidad, o si, habiendo sorprendido al culpable, dejaba transcurrir un tiempo suficiente para que el estado de irreflexión hubiese cedido, la eximente no tenía lugar, porque ella se fundaba en el



estado mental consecutivo a una emoción imprevista y transitoria.

Reduciendo en cada caso, por el análisis atento y completo de esos antecedentes, condiciones y circunstancias, la situación de sorpresa a un verdadero estado de espíritu, difícil era ciertamente que no quedara al mismo tiempo establecido un estado de verdadera perturbación mental.

Pero el código ha cambiado los términos del problema. Abandonando la doctrina del derogado y de los proyectos, la comisión del senado adoptó la de la responsabilidad, al reformar el inc. 1º del art. 81, según puede verse en la p. 81 de su informe, donde terminantemente manifiesta que la emoción no exime de responsabilidad, dando lugar únicamente, y a condición de *ser violenta y excusable* por las circunstancias, a una atenuación de la pena. Lo que por cierto no impide que en el inc. 2º oficie de eximente, asociada al móvil.

No considero acertada la enmienda, pues no es posible dejar de reconocer, que el sentimiento de ira provocado por una emoción intensa, puede, como ocurre en la mayor parte de los casos en que están comprometidos el honor o el afecto, causar un trastorno mental. Y es fuera de duda que declarar en tal hipótesis la irresponsabilidad, no importa en manera alguna el derecho de matar, sino, y únicamente, ajustar la solución al principio consagrado por el art. 34 en su inc. 1º. Todo dependería que la emoción fuese justa y no imputable al agente.

113.—Otra causa moral de exclusión de responsabilidad es la de haber obrado el agente violentado por una *fuerza irresistible* física o moral (inc. 2º).

Quien obra bajo el impulso de una violencia física irresistible, obra en realidad sin voluntad. El agente, en situación semejante, es un mero instrumento. La responsabilidad, pues, incumbe al autor de la violencia.

La coacción física puede venir tanto del hombre, que es el caso que propiamente contempla la ley, como de una bestia o los elementos de la naturaleza, casos que quedan incluidos por concurrir la misma razón. En todos los casos el sujeto pasivo de la fuerza es irresponsable del mismo modo y por



idéntico motivo. Es tan irresponsable de adulterio la esposa violada, como de daño el que lo causa con un coche cuyo caballo se ha desbocado, o el que, arrastrado en las aguas por una tempestad imprevista, viola el destierro. Queda comprendido el ejercicio ilegal de la medicina, etc., en caso de necesidad y urgencia.

Claro está que ha de tratarse de una fuerza invencible; demostración que exigirá en cada caso el examen de la edad, el sexo y demás condiciones personales de los sujetos activo y pasivo de la coacción, así como ciertas circunstancias de lugar, tiempo, modo y las demás que sean del caso. Claro está también que la situación creada ha de responder a causas no imputables al agente: es ello de doctrina, y además lo expresa el inc. 3º

Quedan comprendidos tanto los hechos de acción como los de omisión, entre los que es de citar a título de ejemplo; no enrolarse, no votar o no practicar cualquier otro acto análogo, sea porque se lo ha impedido una tempestad, una inundación, un descarrilamiento, o a causa de un proceso fisiológico o patológico, como el sueño invencible o una enfermedad, etc.

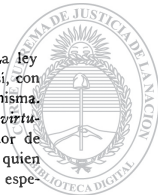
En cuanto a la fuerza moral, hay que distinguir dos situaciones: la fuerza moral que no plantea un conflicto de derechos y la que lo plantea, caso éste llamado de necesidad.

El primer caso es el del impulso interno mórbido: el de la pasión o la emoción, ya examinado en el número precedente, o el de la locura moral, examinado en el 111.

Aquí se trata del segundo, en el que el agente sufre la acción de una fuerza exterior extraña, que obra sobre él en forma de amenaza de sufrir un grave e inminente mal.

Tejedor, del cual fué tomado el inciso, emplea el vocablo *amenazas* en vez de fuerza moral; y el proyecto de Villegas, Ugarriza y García usa los términos *miedo insuperable*.

Tejedor en su nota dice: "Algunos publicistas habían negado, dice Chauveau Adolphe, que pudiera invocarse como hecho justificativo esta fuerza. Es cierto que las amenazas no deben bastar para determinar a cometer un crimen. Lo es también que nadie tiene el derecho de dañar a otro por evitar un mal cualquiera para sí mismo. ¿Pero puede la ley exigir de todos los individuos la firmeza de carácter neces-



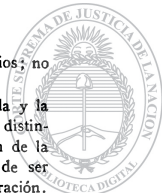
“ría para hacerse superior al terror de las amenazas? La ley
 “se limita a exigir las formas, se contenta, por decirlo así, con
 “la sombra de la virtud, más bien que con la virtud misma.
 “*Conatum magis et quasi aluibrationem virtutis quam virtu-*
 “*tem ipsam.* El hombre que obra subyugado por el temor de
 “una amenaza no es más que un instrumento en manos de quien
 “lo impele. En vano querrá buscarse en su acción una espe-
 “cie de voluntad. Su voluntad está encadenada por el terror,
 “y sólo es movido por el instinto natural de evitar el mal de
 “que está amenazado. Si pudiese quedar libre de este pensa-
 “miento, los pasos que lo precipitan al crimen se detendrían
 “inmediatamente. No sería, pues, su voluntad lo que se cas-
 “tigaría sino su pusilanimidad: no sería el crimen, sino el ins-
 “trumento que habría servido para cometerlo”.

“Pero no basta cualesquiera amenazas, sino que es neces-
 “rio que vayan acompañadas de un peligro de muerte actual e
 “inevitable... Las amenazas que se refieren a los bienes exi-
 “gen menos el sacrificio de los deberes y de la conciencia...
 “Si la ley no puede suponer en el acusado una heroica firmeza,
 “no debe tampoco condescender con debilidades culpables...
 “Es además necesario para esta justificación que sea inminen-
 “te el peligro... Es preciso en efecto que el acusado, que pre-
 “tende haber sucumbido a amenazas, pruebe que éstas eran de
 “naturaleza capaz de intimidar por la posibilidad de una eje-
 “cución inmediata...”

El concepto de una constricción de origen externo, es, fi-
 nalmente, el que también tiene la fuerza moral en los proyec-
 tos, en la legislación extranjera, en la doctrina de los autores,
 y el que tenía en el art. 21 inc. 3º del código derogado, cu-
 ya concordancia con el inc. 5º no era posible desconocer. (p.
 72 del informe del proyecto de 1891 y XLIII del de 1906).

El código, tomando como modelo los proyectos anterior-
 res y la legislación de otros países, se refiere (inc. 2º) a
amenazas de sufrir un mal grave e inminente.

Las condiciones, por lo tanto, de esta causa de irresponsa-
 bilidad, son las siguientes: situación de opción por parte del
 agente entre el mal que debe sufrir y el que ha de causar; la
 opción le ha de ser planteada por una coacción externa; la
 amenaza ha de ser seria; el mal que debe sufrir ha de ser gra-



ve e inminente; no ha de poder evitarse por otros medios; no debe serle imputable la situación creada.

Los intereses en conflicto pueden ser tanto la vida y la salud, como el honor, la libertad, etc.: la ley no hace distinciones, y la doctrina se inclina del lado de la extensión de la excusa (Liszt); pero el mal con que se amenaza ha de ser grave: no bastará el peligro de un perjuicio sin consideración. Si así no fuese, la coacción moral no podrá ser considerada irresistible, tal como se expresa en el inc. 2º

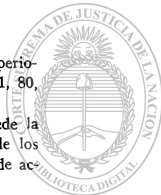
El peligro ha de ser inminente, y no ha de mediar la posibilidad de evitarlo recurriendo a otros medios inofensivos o menos nocivos. De lo contrario no sería un caso de necesidad, ni podría encontrarse la razón psicológica de la excusa, consistente en la situación de ánimo creada al agente por la amenaza de un mal inevitable.

La amenaza ha de ser seria. Mas, claro está que, como en los casos de fuerza física irresistible, ha de aquilatarse las condiciones personales de los protagonistas y las circunstancias particulares del caso, para venir por ellas en conocimiento, de si efectivamente la amenaza se presentó al espíritu del agente con todos los caracteres de una verdadera coacción, en cuyo caso la excusa procederá, aunque la realidad objetiva no responda a la subjetiva, o sea a la situación psicológica creada por el agente.

La situación creada no debe serle imputable, o lo que es lo mismo, la coacción debe ser injusta (proyecto italiano). Es así como el delincuente no puede excusarse en sus violencias contra el agente de la autoridad que lo arresta.

No es indispensable que quien sufre la coacción sea quien haya de sufrir el mal objeto de la amenaza, ya sea en su persona ya en sus derechos; puede ser un miembro de su familia, y aún un amigo íntimo (Von Buri), y aquel cuyos intereses ha de sacrificar puede ser un extraño o un pariente.

La comunidad de intereses establecidos por el vínculo de familia, sobre la base del afecto recíproco, es motivo suficiente para que el mal del hijo represente para los padres, y v. v., tanto o mayor valor que el propio; pudiendo decirse otro tanto de los esposos, y aún de los hermanos y amigos íntimos.



Esta vinculación de familia, que impone deberes superiores, se halla contemplada por el legislador en los arts. 41, 80, 81, 92, 122, 127, 142 y 185.

Como en el caso de fuerza física irresistible, puede la coacción moral provenir del hombre, de una bestia o de los elementos de la naturaleza, y el acto consistir en hechos de acción o de omisión.

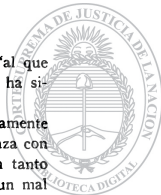
Ejemplos son: el del que viola un domicilio ante el peligro de un ciclón o de ser maltratado por una bestia; el de la esposa que se deja violar ante la amenaza de matársele el hijo; el del que no concurre a enrolarse, a votar o a cumplir un deber análogo, por el peligro que le amenaza de que en su ausencia se mate a la madre, de ser muerto por una fiera o perecer ahogado en una inundación.

Muchos son los fundamentos que se asigna a esta causa de irresponsabilidad: relacionados unos con la ausencia del elemento moral (falta de voluntad libre); otros con la ausencia de ilegalidad (justicia en la elección de su interés en situación no amparada por la autoridad); otros derivados de una consideración exclusivamente utilitaria (falta de interés en reprimir a un sujeto en quien la pena ninguna función tiene que llenar); etc. Subjetivos aquellos y objetivos éstos. Puede verse Alimena t. I n. 2º p. 173.

Cabe hacer notar, además, que, aunque parecida, esta excusa se diferencia de la legítima defensa: en que en ésta se sufre un peligro actual (en la otra sólo es inminente); en que el interés que el agredido hiere pertenece al agresor (en la otra a un tercero inocente); en que el bien que el agredido lesiona se haya fuera de la órbita de protección jurídica (en la otra lo contrario); en que el peligro proviene de la acción del hombre (en la otra igualmente de un animal o de los elementos de la naturaleza); en que el agredido obra por acción (en la otra puede de igual modo obrar por omisión); etc.

Es de advertir, finalmente, que queda incluido el hipnotismo, del que se trata en el n.º 109.

Análogas consideraciones corresponde hacer respecto a otro caso de coacción psicológica, también llamado de necesidad, en el que, como en el que acaba de examinarse, se plantea al agente la elección igualmente entre dos intereses en con-



flicto, que es el que contempla el inc. 3º, refiriéndose “al que
“ causa un mal por evitar otro mayor inminente al que ha si-
do extraño”.

La diferencia consiste en que el caso que propiamente
contempla el inc. 2º, es el del sujeto a quien se le amenaza con
hacerlo víctima, sino se presta a cometer un delito, en tanto
que el inc. 3º prevé el del sujeto que en presencia de un mal
grave que amenaza a otra u otras personas, opta, para conju-
rarlo, por causar uno menor a un tercero: en el primero es
actor y en segundo espectador. La distinción, sin embargo, no
es constante, pues casos hay, según se verá en seguida, que
pueden quedar incluidos indistintamente en uno u otro grupo.

Como ejemplos, el del capitán que por evitar un naufra-
gio arroja la carga al mar, el del médico que mata el feto pa-
ra salvar la vida de la madre (art. 86), el de un daño causa-
do en la propiedad ajena a fin de conjurar un estrago, el de
la violación de un domicilio para evitar un homicidio, el ejer-
cicio ilegal de la medicina en casos de urgencia, etc.

Puede verse lo que sobre el exceso en los límites de la
necesidad dispone el art. 35, cuyo fundamento se enuncia al
tratar el punto en la legítima defensa (nº 116), y como con-
cordantes con ambos incisos los arts. 86 y 152.

Pero hay una situación intermedia aún que considerar, y
es la de la miseria o cualquier otra necesidad apremiante. Con
la opinión de Santo Tomás de Aquino, Grotius, Puffendorf y
Perrier, y “Las Partidas” y el derecho canónico, los códigos
cantonales de Friburgo y Neufchatel y la jurisprudencia belga
admiten esa excusa en particulares circunstancias. Los proyec-
tos de Tejedor y de 1891 la prevén como atenuante, aunque
agregan que ello será así, cuando no constituya una causa de
exclusión de responsabilidad. Es lo cierto que a esta causa, que
participa del doble carácter de excusa de orden moral y de
justificación de índole jurídica, pues hay en ella algo de per-
turbación, algo de falta de voluntad y algo del ejercicio del
derecho a la vida, no es posible, en determinadas aunque ex-
cepcionales condiciones, negarle la fuerza excusante que, por
otros motivos bien distintos, se niega a la pasión y a la suges-
tión, cuando no responden a un estado de inconsciencia no im-
putable.



Este caso de coacción moral interna no pasional, tanto puede encuadrarse en el inc. 2º como en el 3º, si bien guarda más analogía con el primero, por aparecer el agente amenazado de ser víctima.

El código, por iniciativa de la comisión del senado, ha incluído entre los motivos de atenuación, “la miseria o la difícil cultad para ganarse el sustento propio necesario o el de los “suyos”.

Queda, pues, excluída como causa eximente y limitada a un motivo de atenuación, a la manera que legislan el caso los proyectos suizo y sueco (véase la p. 53 del informe respectivo).

114.—No comete delito el que, ejecutando un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero *accidente*.

La ley no necesita decir que no hay delito donde no hay voluntad ni culpa imputable, por tratarse de un acto lícito cuyas consecuencias ni se quiso ni fué posible prever. Lo decía sin embargo el código derogado en el art. 81 inc. 6º

La debida diligencia ha de ser considerada con relación, como se ha dicho al tratar de la culpa, a las condiciones personales del agente y a las circunstancias particulares del caso. Lo que puede ser una debida diligencia para un profano puede no serlo para un profesional.

115.—La *buena fe*, por *ignorancia* o *error*, puede constituir también un motivo de irresponsabilidad por falta de elemento moral, aunque el código no lo diga expresamente.

La ignorancia es la falta de conocimiento o noción, y el error un conocimiento impropio o falsa noción.

La ignorancia y el error pueden ser de hecho y de derecho.

La *ignorancia* y el *error de hecho* excusan, porque implican ausencia de voluntad con relación al resultado. Quien se casa con su hermana ignorando el vínculo que los une no comete delito de matrimonio ilegal, no es responsable: porque ninguna relación o vínculo existe entre el resultado y su voluntad, porque en consecuencia falta la causalidad psicológica. Si tengo justos motivos para creer que una cosa es mía, no



cometo delito al disponer de ella, aún cuando resulte no pertenecerme. Lo mismo si me he defendido tomando con razón por un ataque criminal lo que resultó ser una broma imprudente, o si doy estricnina por azúcar o a beber vino ignorando que se ha vertido en él veneno.

Claro está que responderé por culpa si en mi ignorancia o error se me pudiese imputar negligencia o ligereza (códigos alemán y húngaro).

La ignorancia y el error de hecho pueden ser *esenciales* o *accidentales*, según que recaigan sobre la naturaleza o cualidades del objeto de la acción, o, lo que es lo mismo, sobre las condiciones o las circunstancias del hecho considerado como delito. En el primer caso la excusa será completa, y en el segundo sólo con relación a la particularidad sobre que haya recaído. Es decir que la ignorancia y el error excusan en todo cuanto con ellos se relaciona, de tal suerte que si el hijo mata al padre, confundiéndolo con su enemigo, no solamente no se le computará la agravante del parentesco, sino que aprovechará de la atenuante de las injurias graves inferidas, p. e., por la persona contra quien se dirigía el atentado.

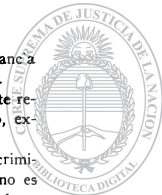
Puede verse lo que se dice en el homicidio sobre el error de persona.

El proyecto de Tejedor excusaba el error y la ignorancia de hecho, y en la página 51 del informe del proyecto de 1891 se da la razón en cuya virtud no se prevé el principio que se deja sentado, no obstante ser de observar: "queda comprendido, dice el informe, en la presunción de voluntad criminal y "sus salvedades, previstas en el art. 58".

Los demás proyectos, y el código derogado guardan silencio, en lo que siguen el ejemplo de los códigos francés, belga, español, holandés, rumano y finlandés, y se diferencian de las leyes austriaca, húngara, alemana, griega, noruega, búlgara, rusa y los proyectos suizo e italiano.

En cuanto a la *ignorancia* y el *error de derecho*, las opiniones, como en tantas otras cuestiones, se dispersan y diversifican.

Sostienen unos la imposibilidad de mantener el *nemo jus ignorare censetur*, y se fundan en que es una presunción fal-



sa, puesto que hay mucha gente que ignora la ley, ignorancia que por lo tanto se resuelve en una ignorancia de hecho.

No hay para qué demostrar cosa tan a la vista, y baste recordar que ya las partidas, siguiendo al derecho romano, excusaban a los menores, las mujeres y los rústicos.

Pero se objeta que las leyes penales rigen actos de criminalidad intrínseca y de inmoralidad universal, lo que no es verdad, dado que hay delitos de mera creación política e infracciones de carácter exclusivamente local, que nada tienen que hacer, ni con los mentados principios de derecho natural ni con los dictados de la moral.

Se observa aun más, y es que siempre se trataría de una ignorancia vencible y por lo tanto imputable, lo que tampoco es exacto.

En consecuencia, si en general la presunción es justa, casos hay en que es injusta, toda vez que en ellos estaría ausente un elemento, el elemento moral.

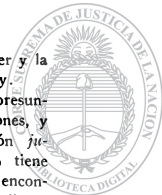
Comparten este parecer, en más o en menos. Carrara, Carmignani, Ambrosoli, Pessina, Luzzatto, Haus, Le Sellyer y Garraud.

Es común, por lo demás, que se admita la no aplicación del principio *nemo jus ignorare censetur* al extranjero, tratándose de infracciones no reprimidas en su país, y que, por lo tanto, revisten el carácter de infracciones o faltas locales.

El código español, el francés, el rumano, el sueco, el holandés y el del cantón de Zurich, nada dicen al respecto, a diferencia de otros como el austriaco, el húngaro, el italiano y el de Caracas, que preven el caso como no excusante, o como el de Bosnia y Herzegovina, el de India, el de Islandia, el del Ticino, el dinamarqués y el búlgaro, que lo preven como excusante (Alimena).

Tampoco han previsto el caso los cuatro últimos proyectos.

Los otros, entre los que figuran Rossi, Villey, Travaglia y Crivellari, sin desconocer algunos de ellos el fondo de razón que hay en la manera de discurrir de los primeros, sostienen que el carácter obligatorio de la ley, sin excusas para nadie, se basa en una necesidad de índole política, que prima sobre tal o cual interés particular. La estabilidad social sería para



ellos de otro modo imposible, porque la eficacia del poder y la seguridad pública dependen de la observancia de la ley.

Lo que parece indudable, aún aceptándose que la presunción del conocimiento de la ley penal admita excepciones, y que, por lo tanto, revista el carácter de presunción *juris tantum* únicamente, es que en esta materia no tiene cabida la responsabilidad por culpa: o el sujeto se ha encontrado en la posibilidad de conocerla, y en tal caso su negligencia en no conocerla pone la responsabilidad a su cargo a título de acción intencional, o la imposibilidad, debido a una circunstancia que no le es imputable, ha existido, y entonces procede la excusa completa. En contra el proyecto alemán.

Tejedor admitía, según queda dicho, la excusa en caso de ignorancia insuperable, imbecilidad, estupidez grosera y otros vicios de la inteligencia, aunque por otra parte disponía que el extranjero no podía alegar la ignorancia de la ley. Y Guisot, citado por él, decía que la ficción del conocimiento de la ley no debe entenderse en derecho penal con el mismo rigor que en materia civil, y le daba cabida como atenuante.

El proyecto alemán de 1909 ha señalado sobre el particular una evolución digna de hacerse notar. Distingue el error de derecho respecto de las reglas jurídicas no penales, del que recae sobre la ley penal: en el primer caso establece la irresponsabilidad, a menos que mediare negligencia imputable, la que se reprimirá como tal, y en el segundo autoriza a imponer la pena de la tentativa, haciéndola servir, por consiguiente, como también lo hace el proyecto suizo, de atenuante. Solución parecida da el anteproyecto sueco.

Como caso de ignorancia de ley no penal cita Alimena el del que circula moneda prohibida, por ignorar la ley que dejó sin efecto su circulación.

Puede verse también a Dorado en "Problemas de derecho penal", p. 396.

El proyecto italiano incluye entre las excusas la ignorancia y el error de derecho insuperables en los delitos no muy graves.

Cabe hacer notar que se da la misma solución, tanto para la ignorancia como para el error, así de hecho como de derecho, por lo que es común referirse únicamente al error, com-



prendiendo la ignorancia, según lo hace ver Savigny y lo hace el proyecto alemán.

El código civil, que desconoce en principio la admisibilidad de la excusa fundada en la ignorancia y el error de derecho, se refiere a este punto, y al concerniente a la ignorancia y el error de hecho, en los arts. 20, 233, 784, 858, 923 a 930, 3320, 3428, 4007.

El código penal vigente resuelve el punto, puesto que al prever como causa de irresponsabilidad únicamente el error y la ignorancia de hecho no imputable, agregado que por mi indicación hizo la comisión del senado, consecuentemente quedan excluidos el error y la ignorancia de derecho.

Como atenuante, puede verse lo que en el infanticidio se dice sobre el error de derecho propuesto por Liszt.

116.—Examinadas las causas de irresponsabilidad derivadas de la ausencia del elemento moral, corresponde considerar las provenientes del *elemento legal*, de las que el art. 34 se ocupa en sus incs. 4º a 7º

Si el delito implica una violación injusta de la ley, no lo cometerá quien se limite a ejercer un derecho o a defenderlo, a poner en ejercicio facultades inherentes a la autoridad o cargo que desempeñe, o a cumplir con un deber, por la clara razón de que quien tal hace, obra de acuerdo con la ley, autorizado o mandado por ella. Por lo tanto, no encontrándose fuera de la ley ni en oposición con la misma, en la acción realizada no habría ni injusticia ni ilegalidad. Puede citarse como concordante el art. 152.

En el *ejercicio del derecho*, situación que se contempla en el inc. 4º, se requiere la condición de *legitimidad*; con lo que se quiere significar que no podrá invocarse esa causa como de irresponsabilidad, si el ejercicio hubiese sido abusivo. La legitimidad del ejercicio dependerá de las características que presente el caso en concreto, y tanto puede constituir una cuestión de derecho como una de hecho.

La *defensa de los derechos* a que se refieren los incs. 6º y 7º, importa el ejercicio de un derecho, calificado por la circunstancia de mediar un atentado por parte del agresor, que es quien en definitiva resultará culpable de una infracción.



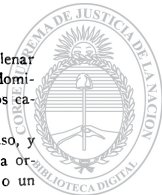
Si no hay injusticia en ejercer un derecho dentro de los límites legales, menos la habrá en defenderlo cuando es ilegítimamente atacado. Si la autoridad, resorte por cuyo intermedio hace efectiva la sociedad la garantía de los derechos, se hubiese encontrado presente, habría impedido el atentado; estando en cambio ausente, el agredido se substituye a la autoridad, en razón de la necesidad que nace de esa falta de protección social en ese momento.

Los derechos a que se refiere la legítima defensa no son únicamente la vida, la salud y la integridad corporal, aunque en la práctica sean esos los que resulten ordinariamente atacados; lo mismo pueden ser su objeto los demás derechos o bienes jurídicos legalmente tutelados, como son la libertad, el honor, los bienes, la inviolabilidad del domicilio, etc. Lo dicen expresamente los incs. 6º y 7º al referirse a la *defensa propia de la persona o de los derechos*.

Tres son las condiciones que exige el inc. 6º para la legitimidad de la defensa de los derecho, a saber: *agresión ilegítima; racionalidad del medio empleado para impedir la o repelerla, y falta de provocación suficiente*. Es decir que la procedencia de la excusa queda sometida a la concurrencia conjunta de esas tres condiciones, de las cuales la primera es de derecho y las dos restantes de hecho.

Ilegítima ha de ser la agresión, porque no hay derecho contra derecho. No habrá así lugar a la excusa, en el caso de un infractor que hiere al agente que procura arrestarlo. Pero estos casos de resistencia a los actos de autoridad no son siempre claros, pues si es verdad que en principio no cabe tomar los últimos como una agresión, aún cuando resulten ilegales o abusivos, porque la presunción de legalidad los acompaña y las reparaciones se han de hacer por la vía legal, casos hay en que la ilegalidad puede resultar evidente y el perjuicio irremediable. En situaciones tales el acto de autoridad revestiría el carácter de una verdadera agresión ilegítima, y cabría admitir la excusa, si al mismo tiempo concurriesen las otras dos condiciones.

Rivarola, conforme con la opinión de Groizard, sostiene que, aunque excepcionalmente, cabrá reconocer en un acto de un funcionario, ajeno a su competencia, una agresión ilegítima, y legítima por lo mismo la resistencia del agredido. Debe agre-



garse el caso en que la autoridad intentase proceder sin llenar las formas prescriptas por la ley, como sería allanar un domicilio sin orden escrita de juez, no tratándose de uno de los casos de excepción previstos.

Garraud llega a la misma conclusión en el mismo caso, y también en el del funcionario que pretendiese ejecutar una orden que asegurase llevar consigo, negándose a enseñarla, o un acto prohibido expresamente por la ley.

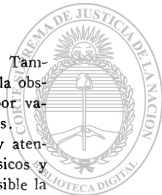
Todo depende, en definitiva, que el acto de la autoridad sea manifiestamente ilegítimo y que la defensa opuesta revista los caracteres de medio racional.

No es menester, por otra parte, que la agresión se haya producido, porque tal vez la defensa sería tardía o imposible; basta que el ofensor produzca actos que pongan de manifiesto su intención de realizarla de inmediato. Es por esto que la ley habla tanto de repelerla como de *impedirla*. Y así, cuando mi enemigo se adelanta hacia mí amenazándome y hace ademán de hacer uso del arma que trae consigo, yo estoy autorizado desde ya a defenderme.

Debe, finalmente, ser actual, de tal manera que el peligro subsista. Pasado el peligro o no siendo inminente, la defensa sería o inmotivada o excesiva.

Pero si la legitimidad de la defensa se justifica por la ilegitimidad de la agresión, también y principalmente se justifica por la necesidad que nace de la falta de protección social del derecho agregido en ese momento, necesidad que tiene su límite, como es natural. Este límite resultará de las circunstancias particulares del caso, conforme a la sana razón. De aquí que la ley exija como segunda condición la *necesidad racional* del medio empleado, lo que importa obligar a los jueces a tomar en cuenta las condiciones personales de los contrincantes, la importancia de la agresión, y las circunstancias de lugar, tiempo, modo, medios más adecuados disponibles, etc. Tendrán los jueces que examinar el caso como si hubiesen sido ellos mismos, en las condiciones personales del agredido, los que hubiesen tenido que proceder.

El uso de un arma de fuego podrá ser excesivo en un hombre agredido por otro armado de un palo, si él dispone de otro y es perito en su manejo; pero en caso contrario, en un



niño o una mujer, será casi siempre un medio racional. Tampoco es lo mismo encontrarse agredido de improviso, en la obscuridad de la noche, en medio a la soledad del campo o por varios, que serlo en condiciones o circunstancias favorables.

Habrá entonces que considerar y pesar cuidadosa y atentamente todos estos y otros valores circunstanciales, físicos y morales, a fin de establecer lo más aproximadamente posible la verdad de la situación subjetiva, más que la objetiva, en que se encontró el agente. De lo que se infiere que el concepto de racionalidad del medio empleado, ha de ponerse en relación preferentemente con la primera. A este concepto responde el art. 66 del proyecto alemán de 1909, cuando declara exento de pena al que obrare por una ofuscación o una consternación excusables..

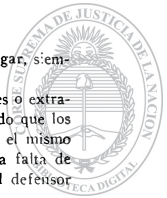
La entidad del daño o la inminencia del peligro puede, en realidad, ser menor de lo que el agredido se ha imaginado, y proceder, sin embargo, la excusa. Bastará en tal caso que las condiciones personales y las circunstancias particulares expliquen satisfactoriamente el error sobre la verdad objetiva.

La necesidad del medio empleado, por lo tanto, no debe ser absoluta, como lo pretendía Tejedor con la vieja doctrina, sino *relativa*. Debe ser una *necesidad* que resulte ser tal, en *razón* de la naturaleza, importancia y oportunidad de la agresión, y demás consideraciones que quedan apuntadas.

Debe, finalmente, no haber precedido provocación *suficiente* de parte del agredido; con lo que se deja sentado que una provocación sin importancia, que razonablemente no debía producir una reacción, en orden a consideraciones provenientes de la calidad de las personas y a las circunstancias de lugar, modo, tiempo, etc., colocará al provocado fuera de la órbita protectora de la ley.

Cuestión esta, como la anterior, absolutamente de hecho.

Respecto de la inviolabilidad del domicilio, la ley especifica las condiciones diciendo: “Se entenderá que concurren estas circunstancias (las de la legítima defensa genérica) respecto de aquel que *durante la noche* rechazare el *escalamiento* o *fractura* de los cercados, paredes o entradas de su *casa* o *departamento habitado* o de sus *dependencias*, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de



“aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre *pre que haya resistencia*”.

Tratándose de la defensa de los demás (parientes o extraños, pues, apartándose del sistema del código derogado que los separaba exigiendo condiciones distintas, los coloca en el mismo plano), exige las mismas condiciones, menos la de la falta de provocación por parte del defendido, siempre que el defensor no haya participado en ella.

El código resuelve la dificultad relacionada con la penalidad del exceso en la defensa, ordinariamente reprimido con demasía a causa de los altos mínimos penales, y lo hace con un criterio transaccional, disponiendo en el art. 35. que “El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la “autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”. El proyecto alemán de 1909 resuelve el mismo caso de la defensa excesiva, con la aplicación de la penalidad establecida para la tentativa.

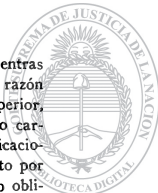
En el término *necesidad* usado en el artículo, quedan incluidos, tanto los casos propiamente tales, como son los previstos en los incs. 2º y 3º, como los de los incs. 6º y 7º. que genéricamente son considerados de necesidad.

Aún cuando en el informe no se expresa la razón jurídica de la adopción de semejante temperamento, resulta conformarse él, mejor que el adoptado por el proyecto alemán, con la sana doctrina, pues el exceso es excusable a título de culpa y no de dolo, dado que si fuese intencional sería imputable (Aliena).

Es con este criterio que legislaba el código derogado en el art. 17 inc. 4º el exceso de celo en el cumplimiento de deberes oficiales.

117.—Toca finalmente su turno a las excusas derivadas del *legítimo ejercicio de la autoridad o del cargo*, del *cumplimiento del deber* y de la *obediencia debida*, previstas por los incs. 4º y 5º

En realidad la obediencia debida queda incluida en el cumplimiento del deber y éste a su vez en el legítimo ejercicio de la autoridad o el cargo, y no constituyen otra cosa que especificaciones los dos primeros del grupo genérico constituido por



el último, y el primero a su vez del segundo. Y así, mientras la obediencia debida es un caso de deber calificado por razón de la dependencia, y supone por lo tanto una orden superior, el deber es a su vez un ejercicio obligado de autoridad o cargo. Si pues la ley ha tratado por separado estas especificaciones, el legítimo ejercicio de la autoridad o cargo, previsto por el inc. 4º, tiene lógicamente que referirse a los actos, no obligatorios sino facultativos. Es decir que este caso queda para lo que la ley autoriza y aquellos para lo que la ley ordena.

Si el que se limita a ejercitar su derecho o a defenderlo sin excederse, no delinque porque no ofende a la ley, cuyo fin es la protección de los derechos, tampoco delinque, por análoga razón, quien se limita a ejercer la autoridad o cargo de que está investido, y menos aún si obra en cumplimiento de un deber o de una obediencia debida.

Debe tenerse presente que estas previsiones se refieren tanto a las funciones oficiales, civiles o militares, cuanto a las de índole privada, como las provenientes de la patria potestad, del matrimonio, la tutela, el deber profesional, etc.

Donde la dificultad se presenta con relativa frecuencia es en la obediencia debida. En general no se admite la excusa fundada en la obediencia ciega, y se reduce la solución a una cuestión de intención. Y así, dice Garraud, la orden superior será excusante, siempre que el subordinado haya podido creer razonablemente en su legitimidad, a cuyo efecto le bastará que el acto ordenado corresponda a las funciones de su superior, y que revista las formas legales. En una palabra: orden superior, propia del cargo y dada en forma (legalidad extrínseca); subordinación y buena fe del ejecutor.

Así como la irresponsabilidad del ejecutor no cubre la responsabilidad del autor de la orden, la responsabilidad de éste no excluye la responsabilidad de aquél.

Chauveau, citado por Tejedor, dice: "La orden de cometer un crimen, puede darse por un comandante militar a sus inferiores, por un funcionario a sus subordinados, por un padre a sus hijos, por un marido a su mujer, por un patrón a su sirviente".

Luego agrega en cuanto a los militares: "El hombre nunca puede ser reducido a un rol puramente material. La res-



“ponsabilidad moral es esencial a su existencia. Nadie puede imponerle el sacrificio de su conciencia. La obediencia jerárquica es uno de los principios fundamentales del orden social, pero esta obediencia no debe ser ni ciega ni pasiva. Ella supone la legitimidad de la orden, y esta presunción cubre en general los actos de los agentes que la han ejecutado. ¿Pero la presunción no debe cesar cuando la orden es abiertamente criminal?...”

“De aquí se sigue que la obediencia jerárquica es un deber, que la presunción de legitimidad acompaña la orden del superior, que los agentes que la ejecuten están justificados en general por ella; pero que esta causa de justificación no es absoluta, que ella cesa cuando la criminalidad de la orden es evidente, cuando el agente no ha podido creerla legítima. La responsabilidad pesa entonces sobre su cabeza. El no puede invocar la impulsión de una fuerza irresistible, puesto que la orden no puede tener semejante efecto sino en tanto que la ejecución entra en los deberes ordinarios del agente. La coacción moral no existe tratándose de ejecutar un acto abiertamente criminal, porque su deber en tal caso no le hace una ley de la obediencia”.

En cuanto a los civiles dice: “Cuando la orden, sin embargo, no es ejecutiva sino después de llenar ciertas formalidades, su ejecución sin ella sería un hecho imputable... Los inferiores, además, no están dispensados de toda verificación: su deber no es, dada la orden, cerrar los ojos y proceder sin examen a la ejecución. Esta orden no los obliga sino en tanto que aquel de quien emana ejerce sobre ellos una autoridad directa, y que la orden se refiere a sus funciones legales, y hace parte de su ejecución”.

Y termina respecto de los hijos, etc.: “El temor reverencial de los *hijos* para con sus padres, no puede constituir la coacción moral suficiente para una justificación. La orden del padre puede ser un motivo de atenuación de la pena, pero no justifica completamente al agente. En vano se alegraría en tal caso la excusa de una fuerza irresistible. La sumisión filial tiene límites, que la razón como la moral reconocen... Esto mismo debe decirse, y con más razón, en el caso de la *mujer* con el marido, y del sirviente con el patrón”.

El art. 35, al que se ha hecho referencia en el n° 116, comprende el exceso en los límites impuestos por la ley o por la autoridad, y apareja la represión del acto con arreglo a las disposiciones relativas a la culpa.

118.—Garraud examina dos casos, que tanto pueden relacionarse con el elemento moral como con el legal, y son los siguientes: el consentimiento de la víctima y la justicia por mano propia.

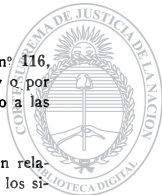
Piensa que el *consentimiento de la víctima* excusa en los delitos que requieren como elemento propio la falta de consentimiento del damnificado, como es el hurto, ciertos robos, algunos atentados contra el pudor, etc.; pero que no excusa cuando se trata de hechos en los que más que el interés particular están comprometidos los intereses sociales, como son el homicidio y las lesiones.

Carrara sostiene que el consentimiento de la víctima no excusa en las lesiones, si tienen por objeto violar la ley, como en el caso del soldado que se hace mutilar para librarse del servicio militar, y v. v.

En el hurto y algunos robos, atentados contra la honestidad y aún contra la libertad, la inviolabilidad del domicilio y algunos más, es indudable que el consentimiento (expreso o tácito) de la víctima excusa. Lo es también que no excusa en el homicidio, y de ello se tiene una prueba en la disposición de los arts. 83 y 85 que reprimen el auxilio en el suicidio y el aborto, en cuyos casos todo lo que la ley concede es una causa de atenuación calificada.

El proyecto de Tejedor disponía: “Las acciones que la ley prohíbe con sanción penal, no están exentas de pena, ni serán castigadas menos severamente por razón del consentimiento expreso o tácito dado a las acciones por la parte perjudicada”.

“Exceptuáanse las acciones que tienen por único fin la destrucción de la propiedad de otro, sin peligro alguno para la cosa pública; las cuales no estarán sujetas a pena, cuando se ejecuten con el consentimiento de la parte ofendida”. Y en la nota citaba lo pertinente al comentario oficial del código de Babiera. “El consentimiento de la parte perjudicada no podría





“quitar al acto su carácter criminal, sino en tanto que dicha parte tuviese el derecho de disponer libremente de la cosa; y “la vida, el honor, o la salud no son cosas de que puede disponer arbitrariamente”.

El anteproyecto sueco da una solución contraria, combatida por Jiménez de Azúa. Exceptúa los casos con previsión expresa contraria, cuando no se presta el consentimiento por convenio legítimo, o bien cuando el culpable se apercibe del error en que estaba el que lo dió.

Respecto de la *justicia por mano propia*, tratada también por Haus (t. I. núms. 646 y 647) y por Prins (núms. 334 y 335), opina el mismo Garraud, que las violencias personales acarrear responsabilidad lo mismo que las no autorizadas en las cosas. El deseo de hacerse justicia por sí mismo, agrega, es un motivo de la acción y por consiguiente no excusa. En realidad se trata en general del móvil, y éste no excusa sino cuando es concordante con los intereses sociales. Con todo, el art. 169 parece autorizarla implícitamente y a *contrario sensu*.

El consentimiento de la víctima, por lo tanto, lo mismo que la justicia por mano propia, únicamente excusan cuando su presencia en el acto importa la ausencia de un elemento del mismo como delito, en cuyo caso constituye, no una causa de exención de pena, sino una propia o especial de irresponsabilidad, con arreglo a los conceptos desarrollados en el n° 103.





De los menores

119. — Los menores ante la ley derogada. El proyecto de Tejedar. 120. — La cuestión en los proyectos de 1891 y 1906. 121. — El asunto requería ser tratado con mayor atención. Su importancia. Causas del aumento de la delincuencia juvenil. Movimiento de reforma en el extranjero. Puntos capitales de la nueva orientación. La ley penal, la jurisdicción, los procedimientos, los establecimientos para menores, la tutela o patronato del estado. 122. — El proyecto suizo. 123. — El código. 124. — La ley de septiembre 28 de 1919 y su reglamentación. 125. — Otras iniciativas. Establecimientos especiales.

119.—El código derogado equiparaba en el art. 81 inc. 2º, a los efectos de la irresponsabilidad, los menores de 15 años con los que obran en estado de inconsciencia, a menos que los mayores de 10 lo hubiesen hecho con discernimiento. La diferencia era y es sin embargo saliente. En los casos de inconsciencia por locura, p. e., el agente no discierne, carece de razón, en tanto que en el caso de los menores la razón y el discernimiento pueden no faltar y ser sólo insuficientes. De aquí que se haya estimado que la razón, aquí más eximente que excluyente, es más de orden utilitario. Más que la inconsciencia del menor, la eximente consulta la inconveniencia de echar sobre él el estigma de la delincuencia a tan temprana edad, sin provecho alguno para él, la familia y la sociedad, puesto que en vez de la afrenta de la pena, que más bien lo pervierte que lo regenera, puede y debe procurarse su readaptación, recurriendo a medidas puramente protectoras y educativas. En este sentido se expresan los redactores de los proyectos de 1891 y 1906 en los informes respectivos.

El inciso había sido tomado del proyecto intermedio, el que a su vez tomó la disposición de los códigos de Chile, Bélgica, España, Parma, Venezuela. Austria, Dinamarca y el Sardo.



Tejedor imponía una breve pena de prisión al mayor de diez y menor de catorce que hubiese obrado con discernimiento, y cambiaba la clase de pena del delito por otra inferior, cuando el menor era mayor de catorce años pero menor de diez y ocho. De suerte que la menor edad entre diez y diez y ocho años constituía una causa de atenuación calificativa. También disponía que no serían condenados por culpa sino a correcciones domésticas y a vigilancia de la autoridad si fuere necesario, y mandaba que cumpliesen sus condenas separados de los demás delincuentes, con régimen de trabajo adecuado y educación religiosa y moral.

Una vez más se advierte la superioridad de este proyecto, sobre el que tuvo por objeto revisarlo y sobre el mismo código derogado, pues en éste el menor no merecía otras consideraciones, que la de requerirse la prueba de su discernimiento cuando era mayor de 10 y menor de 11, la de computársele su menor edad de 18 como atenuante ordinaria, la de no imponérsele la pena de muerte y la de hacérsele cumplir la pena de presidio en penitenciaría.

Esta desgraciada situación del menor fué agravada aún por la ley 7029, que autorizó a imponer la pena de muerte a los mayores de 18 años.

120.—Tampoco mejoró mucho en los proyectos de 1891 y 1906, reproducción literal, en lo pertinente, el segundo del primero. En ellos se extendió a los 14 años la irresponsabilidad absoluta, y se autorizó a los jueces a colocar a los menores de esa edad delincuentes, en un establecimiento destinado a corrección, hasta los 18 años, si por razones personales del menor, o de sus padres o guardadores, resultase peligroso dejarlo al cuidado de los mismos.

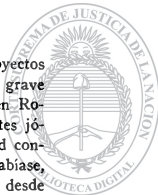
Era algo, sin embargo; aunque siempre poco, si se tiene en cuenta el viejo pero sabio proyecto de Tejedor, así como la profesión de fe que hacen al respecto ambas comisiones en sus respectivas exposiciones de motivos.

“Extendemos la irresponsabilidad del menor, sin limitación alguna, hasta los catorce años, dice el informe del proyecto de 1891, no porque, a nuestro juicio, el discernimiento no empieza antes de esa edad, sino por razones de otra índole.



“Estamos persuadidos de que el discernimiento, la apreciación de la moralidad o inmoralidad de los actos, de ciertos actos sobre todo, como los delitos, comienzan generalmente antes de los diez años. Empero, un menor de catorce años, en virtud de sus cualidades personales diversas, de su desarrollo incompleto, de su escasa fuerza para resistir a las tentaciones, de los cambios que en él se han de operar necesariamente y de la serie de datos positivos que lo diferencian de los mayores de esa edad, aunque comprenda la criminalidad de un hecho y lo ejecute a designio, no podrá ser equiparado a un adulto para responsabilizarlo de igual manera y someterlo a la misma penalidad. La aplicación a los impúberes, en algunos casos, cualesquiera que sean, de los medios represivos calculados y establecidos para los adultos, importa prescindir del primer elemento, de las condiciones personales del agente, y que debe tenerse en cuenta para fijar la represión; y dará siempre resultados negativos y perjudiciales a los impúberes y a la sociedad: a los primeros, porque quedarán inscriptos en el grupo de los criminales, y así habrán salvado uno de los mayores obstáculos que podía preservarlos del delito, el temor de ser confundidos con los bribones y el deseo de mantener en los demás la creencia en su honestidad; a la sociedad, porque habrá gastado simplemente su dinero, cuando no lo haya hecho para alimentar un reincidente futuro. Los menores de catorce años, declarados absolutamente incapaces por el código civil, no pueden ni deben estar sujetos a las penas establecidas para los adultos”.

Y agrega el de 1906: “No creemos que la sociedad tenga interés ni necesidad de castigar a niños menores de 14 años; creemos, al contrario, que la sociedad y el delincuente de esa edad, ganan con que no se aplique pena alguna. El menor que ha sufrido una pena, se siente ya diferente y extraño al resto de la sociedad, se considera un perseguido de las leyes y de las autoridades, de quienes se declara enemigo; pierde todo rubor, y es arrastrado fatalmente por esa situación de espíritu, a la caída definitiva. Esto, sin hablar de lo que se aprende en las prisiones, al lado de otros menores también, pero ya veteranos del crimen”.

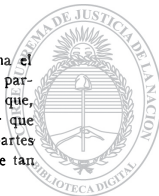


121.—Es indudable que los redactores de esos proyectos comprendían la trascendencia sociológica y jurídica del grave problema, ya vislumbrada por Clemente XI al fundar en Roma, en 1704, el Hospicio de San Miguel para delincuentes jóvenes, por la ley francesa de 1850 que adoptó la libertad condicional para los menores y por Tejedor en 1865. Habíase, además, sistematizado en casi todos los países civilizados desde fines del pasado siglo, principalmente en Estados Unidos de Norte América (cuna del sistema, hijo legítimo a su vez del penitenciario, también fecundo en su seno proficuo) e Inglaterra. Mas por desgracia no acertaron a poner por obra su pensamiento, ignoro por qué motivos.

El asunto requería, ciertamente, ser tratado con mayor atención. Para nadie es una novedad el incremento siempre creciente de la delincuencia juvenil.

Entre las causas del fenómeno puede apuntarse las siguientes: la degeneración, el industrialismo, el urbanismo, la carestía de la vida, la prostitución, la novela periodístico-criminal, el feminismo, el cinematógrafo.

El alcoholismo, la sífilis, la tuberculosis y la miseria de los padres dan a la sociedad hijos tarados. La vida abigarrada de la ciudad obliga a vivir en la perniciosa y antihigiénica promiscuidad del conventillo sin sol, sin aire y escandaloso, y los menores hallanse constantemente expuestos al mal ejemplo. La fábrica y el taller retienen al padre, cuando no también a la madre, casi todo el día fuera del hogar, y los hijos que, por muchos motivos no van a la escuela, quedan en el más deplorable abandono. La carestía de la vida impide en muchos casos que las más elementales necesidades de la vida sean satisfechas por el producto del trabajo de los padres, cuando pueden trabajar, y entonces los hijos son lanzados a la calle a vender diarios o a lustrar botines, cuando no a mendigar. Y así, y de mil otros modos, se desenvuelve este lento, pero seguro, doloroso y progresivo proceso, agravado singularmente por el cinematógrafo, la crónica del delito y las ideas anárquicas que han hecho tan formidable irrupción. Todo, naturalmente, sin hablar de las mismas condiciones biológicas y psicológicas propias de la edad.



Puede considerarse que la infancia abandonada forma el enorme vivero destinado a poblar uno de los más grandes parques a cuya sombra germina la delincuencia. Es por eso que, lo mismo que con el alcoholismo, acontece que, a la par que las sociedades particulares, el estado se esfuerza en todas partes en prestar la mayor y más eficaz atención a la solución de tan graves problemas.

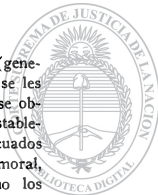
Y como el mal es grave y sus causas son complejas y profundas, hay que montar un sistema orgánico que provea a todas las necesidades y conveniencias de la defensa.

Así lo han entendido y hecho en el extranjero. Se ha partido de la tutela social, y se ha seguido con su vinculación a la jurídica, tanto civil como criminal, atendiéndose en ésta lo mismo lo atañadero a la parte represiva (léase educativa y correccional) o simplemente precaucional, que la concerniente a la jurisdicción y a los procedimientos.

Se parte de la base de la situación del menor en el hogar: si éste le es perjudicial o no le resulta conveniente, o porque los padres, tutores o guardadores no se encuentran en condiciones de gobernarlos, dirigirlos o atenderlos, o porque les dan malos ejemplos o consejos, o porque los abandonan física o moralmente, el estado, por medio de la autoridad judicial y pupilar, asume la tutela del menor, y provee a sus necesidades y conveniencias materiales y morales.

Si el menor está todavía en la edad de la irresponsabilidad, se toma a su respecto las medidas más convenientes; o se los deja en poder de sus padres, tutores o guardadores (no habiendo en ello inconveniente), o se los coloca en establecimientos especiales o con familias aparentes, bajo vigilancia especial y hasta un tiempo próximo a la mayor edad. Esta medida puede cesar en cualquier momento que se demuestre, o por parte del menor o de sus padres, tutores o guardadores, la desaparición de la causa que la motivó o el peligro para el futuro.

La autoridad puede también, en ciertos casos, adoptar, a causa del abandono o mal trato de los menores, medidas represivas contra los padres, tutores o guardadores, las que éstos pueden hacer revocar dentro de un término dado, dando pruebas y seguridades de corrección. Se incorpora de tal suerte un nuevo delito al catálogo de la ley penal.



Si los menores resultan criminalmente responsables (generalmente entre 14 y 18 años — edad de transición —), se les somete a juicio ante tribunales especiales para menores, se observa procedimientos especiales, cumplen la condena en establecimientos también especiales sometidos a regímenes adecuados de educación y corrección, tanto en lo físico como en lo moral, sin perjuicio de la tutela a que quedan sometidos, como los irresponsables, una vez en libertad definitiva o condicional.

Los jueces para menores deben ser hombres buenos, de experiencia, paternos y singularmente aptos para el trato de los mismos. En 1920 ha sido nombrada una mujer, Catalina Sellers, para la corte juvenil de Columbia (E. U. de N. A.). Aún tratándose de las simples faltas quedan sometidos a la justicia, y substraídos, por lo tanto, a la policía.

Esta no puede adoptar contra ellos ninguna medida, si se exceptúa la detención en caso de flagrante delito grave, para someterlo inmediatamente a la autoridad judicial. En los demás casos debe limitarse a dar cuenta del hecho inmediatamente a dicha autoridad. ,

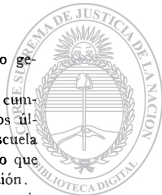
La prisión preventiva se decreta por excepción, y se la hace efectiva en lugares y condiciones especiales, evitando el contacto con los adultos. Y al ser conducidos detenidos, se procura que el público no se aperciba.

El procedimiento no es secreto para las partes, pero lo es en absoluto para los demás. El menor es interrogado únicamente por el juez, lo que se hace en presencia de los representantes del mismo.

La querrela particular se admite tan solo en los delitos privados.

El juez debe averiguar todo lo que se relaciona con los antecedentes, conducta, modo de vivir, etc., tanto del menor como de los padres, tutores o guardadores, a fin de tomar las providencias antes expresadas.

No se reprime la culpa ni el menor condenado es reincidente. Tampoco se le deporta, y no se considera ciertas agravantes como la nocturnidad, el concurso de otras personas, el abuso de confianza, el escalamiento, etc. En cambio la edad constituye un motivo de atenuación calificativa.



Todo esto, eso sí, tratándose de menores, por punto general de 18 años.

Los edificios destinados al tribunal, la detención y el cumplimiento de la pena deben ser especiales. Sobre todo los últimos, cuyo tipo de preferencia debe ser la colonia o escuela agrícola, a base de gobierno propio republicano en todo lo que no importa la dirección y gobierno superior de la institución.

Corresponde el mérito de los primeros tribunales juveniles a Estados Unidos de Norte América. Fundado el primero en Chicago en 1899, bien pronto siguieron el ejemplo New York en 1902, Boston en 1906, etc. Más de las dos terceras partes los tienen en la actualidad.

Siguen el ejemplo sucesivamente Inglaterra, Alemania, Bélgica, Austria-Hungría, Suiza, España, Italia, Japón, etc.

En cuanto a los establecimientos, que son numerosos en Estados Unidos e Inglaterra, cabe observar que obedecen al tipo escuela o colonia industrial. Sobre todo en Inglaterra se prefiere la designación de *escuela*.

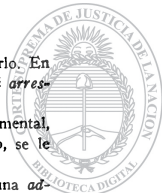
Cabe hacer notar finalmente, que en Estados Unidos e Inglaterra se prefiere el régimen del instituto para la corrección, y el de familia en Francia, Bélgica, Holanda, Suiza y Alemania.

122.—Entre las muchas leyes y proyectos sobre delincuencia infantil, debe recordarse con preferencia la parte pertinente del proyecto del código penal suizo de 1915, en mérito a que ha servido de antecedente al código.

Separa a los menores en tres grupos: menores de catorce años (infancia); mayores de catorce y menores de diez y ocho (adolescencia), y los mayores de diez y ocho y menores de veinte (*edad de transición*).

Los *menores de seis años* no pueden ser objeto de procedimiento alguno; los mayores de seis y *menores de catorce* no pueden ser objeto de *ninguna persecución penal*, pero a su respecto puede constatarse los hechos, así como su educación y estado físico y mental, a fin de someterlos a ciertas medidas.

Estas consisten en dejarlo en el seno de la familia, donde su educación será vigilada, o en entregarlo a una familia de confianza, también bajo vigilancia, o a un *establecimiento de educación*; todo esto si el menor se encontrare moralmente



abandonado, moralmente pervertido o en peligro de serlo. En caso contrario, se le *dirigirá una reprimenda o infligirá arrestos escolares*, si se le juzgase *en falta*.

Si el menor estuviere atacado de una enfermedad mental, o fuese débil de espíritu, ciego, sordomudo o epiléptico, se le someterá a un *tratamiento apropiado*.

La autoridad *puede* también *dirigir* a los padres una *advertencia*, como *puede* igualmente *renunciar* a toda medida si han pasado seis meses.

Respecto de los *adolescentes* que hayan *cometido un acto reprimido como delito*, se procede del mismo modo que con los mayores de seis y menores de catorce, con las siguientes diferencias:

En el primer caso puede ser entregado a una familia de confianza o a una *casa de educación disciplinaria*, en los que permanecerá desde un año hasta cumplir los veinte de edad. Si el caso lo exige, podrá ser entregado a una *casa de corrección*, donde permanecerá de tres a doce años. En ambos casos procederá la libertad condicional, a partir de un año de *retención*.

En el segundo caso los arrestos escolares se truecan en detención con aislamiento de tres días a dos meses, si se le juzgare *culpable*, en casa no destinada a *prisión*, o por un período de prueba de seis meses a un año. La detención no comenzada se prescribe a los tres años, y los términos de la prescripción se reducen a la mitad.

En ambos casos podrá imponerse al *criminal adolescente* la pena ordinaria, con la atenuante de la edad, si parece peligroso o el delito es muy grave.

Para los en *edad de transición* se dispone que la edad será un motivo de atenuación de la pena, la que se cambiará por otra de menor grado si además concurren otras atenuantes. Los términos de la prescripción se reducen a la mitad, como para los adolescentes, y mientras sean menores permanecen separados de los mayores.

En forma más o menos parecida tratan el asunto los proyectos sueco, alemán e italiano, que fijan respectivamente en quince, catorce y doce años el mínimo de edad. Sobre todo el último, que, según puede verse en el capítulo preliminar del



t. I, clasifica los segundos en edad de transición (doce a diez y ocho años), en no pervertidos y pervertidos, y los primeros en no abandonados y abandonados, ajustando el régimen en relación.

123.—El código, dando al grave problema toda la importancia que reviste, y teniendo en cuenta el código noruego, los proyectos alemán y suizo, las conclusiones votadas por el *Congreso nacional penitenciario* reunido en Buenos Aires en mayo de 1914, y las contestaciones dadas a la encuesta promovida por la comisión, ha abordado la impostergable solución, haciendo la siguiente salvedad: “Se ha tenido en cuenta al articular el proyecto un criterio práctico. No podíamos adoptar “lisa y llanamente sustituciones como las que se proyectan para Suiza, porque carecemos de la diversidad de establecimientos enunciados en aquella legislación, y no tenemos por ahora “los medios para levantarlos. En esta, como en las demás materias, hemos tenido un punto de vista nacional, habiendo “tratado de hacer no sólo obra eficaz, sino obra práctica”.

Separa a los menores en dos grupos: el de los *incapaces*, formado por los menores de catorce años, y el de los *capaces*, formado por los mayores de esa edad.

Los del primer grupo no pueden ser condenados a pena alguna; pero los tribunales, “teniendo en cuenta que el delito “cometido por un niño, dice el informe, es la manifestación “de una anormalidad”, quedan autorizados por el art. 36 a tomar medidas que convengan al desenvolvimiento moral e intelectual del menor, y que pueden consistir en entregarlos a una familia responsable, o colocarlo en una casa de corrección de menores, siempre que de las circunstancias particulares de la causa y condiciones personales del menor, o de sus representantes o guardadores, resultare peligroso dejarlo a cargo de éstos, a cuyo efecto debe practicar una investigación amplia.

Al mismo efecto el art. 39 los autoriza a privar a los padres de la patria potestad y a los tutores de la tutela, disponiendo el cambio de guardadores, para lo que tendrán en cuenta, como queda dicho, lo que resulte de la investigación sobre las situaciones respectivas del menor y sus representantes y guardadores.



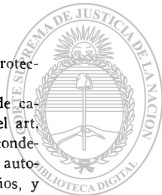
Esas medidas durarán hasta que el menor cumpla diez y ocho años, si la conducta del menor no diese lugar a suponer que se trata de un *perverso* o *peligroso*, en cuyo caso el tribunal podrá disponer que la duración de la medida adoptada se prolongue hasta que el menor cumpla veintiún años.

Podrá en cambio el tribunal acordar la entrega del menor antes de cumplir diez y ocho años, si se justificare la buena conducta del mismo y de sus padres o guardadores.

“Desde luego (dice el informe) establece el proyecto, de acuerdo con sus antecedentes, los proyectos de 1891 y 1906, que no es punible el menor de catorce años de edad. Pero, teniendo en cuenta que el delito cometido por un niño es una manifestación de anormalidad, la sociedad debe tomar sus precauciones ante la presencia del síntoma morboso. El juez debe así averiguar cuál es la situación del menor, cuál el ambiente en que se desenvuelve, cuál su educación, cuál la situación de los padres, tutores o guardadores, sino se tratare de un ser abandonado. Reunidas las comprobaciones del caso, estará autorizado para tomar medidas relacionadas con la educación y la corrección del niño. Las medidas consistirán en la colocación en un establecimiento destinado a la corrección de menores, siempre que el tribunal creyese peligroso dejarlo en poder de los padres, tutores, guardadores u otras personas.

“De manera que las facultades de los jueces son amplias: si ellos creen que el menor debe ser dejado donde está, pueden hacerlo; si creen que basta sacarlo del poder de los padres, para entregarlo a una familia responsable, también lo pueden hacer; si entienden que basta el cambio de tutores o guardadores, también; y si creen indispensable la retención en un establecimiento, están en condiciones de decretarla. La ley no aparece así como un instrumento rígido o automático, igual para todos los casos, sino que encierra la flexibilidad necesaria para que el magistrado la adapte a cada caso, individualizando el pronunciamiento”.

A los del segundo grupo, o sea el de los responsables, separa en dos categorías: los menores de diez y ocho años y los mayores de esa edad. Respecto de los de esta última categoría únicamente se podrá hacer valer su menor edad en calidad de



atenuante ordinaria, pero ya no se adopta las medidas protectoras y educativas autorizadas para los demás.

Respecto de los de la primera categoría (mayores de catorce y menores de diez y ocho, o *edad de transición*), el art. 37 distingue si el delito es o no de los que autorizan la condena condicional: en el primer caso los tribunales quedan autorizados a proceder como con los menores de catorce años, y en el segundo a reducir la pena en la forma determinada para la tentativa.

El menor que no ha cumplido diez y ocho años, agrega el art. 38, no puede ser declarado reincidente; y concluye el 39 estableciendo: "En todos los casos de delito cometido por un menor, el tribunal *puede* privar a los padres de la patria potestad y a los tutores de la tutela. *Podrá* también disponer el cambio de guardadores. Para tomar esas medidas se tendrán en cuenta las situaciones respectiva del menor, sus padres, tutores o guardadores, y lo que convenga al desenvolvimiento moral y educacional del primero".

La comisión explica estas previsiones en los siguientes términos:

"Si el menor ha cumplido catorce años de edad, no se le juzga, según el proyecto, como mayor. La ley no puede tener esas transiciones bruscas y considerar como adulto para juzgarlo en las condiciones ordinarias al que tiene catorce años y un día y como irresponsable en absoluto al que tiene catorce años menos un día, cuando realizó el hecho calificado de delito".

"Cuando el menor tiene más de catorce años y menos de diez y ocho, la ley se coloca en dos hipótesis para definir su criterio, según que la pena correspondiente al sujeto permita, dado el hecho cometido, la condena condicional, o no lo permita. Cuando se trata de adultos, la comisión de un delito castigado con menos de dos años de prisión o con multa permite, da lugar, según el proyecto, a la suspensión de la ejecución de la pena, la que se pronuncia condicionalmente. El condenado en esas condiciones, no tiene más deber que el de la buena conducta, en el sentido de no delinquir más. Se supone que la amenaza es un freno para el hombre responsable, el que le impedirá cometer nuevas infracciones. Pero para el



“menor no puede regir ese criterio con la misma amplitud, por-
“que éste no tiene siempre suficiente desarrollo para darse
“cuenta de su situación de condenado condicionalmente y de su
“responsabilidad. Es necesario entonces autorizar al juez pa-
“ra tomar medidas especiales a su respecto, reteniéndolo en
“una casa de corrección cuando fuese preciso”.

“La regla no es rígida; el juez toma o no la medida si lo
“cree oportuno, y puede, si lo estima más conveniente, limi-
“tarse a dejarlo donde está o entregarlo a diferentes custodias”.

“El segundo punto que considera el proyecto es el relati-
“vo a los menores de más de catorce años y menos de diez y
“ocho, que cometieren un delito cuya pena no permita la con-
“denación condicional”.

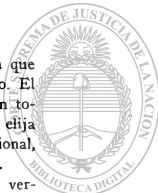
“En esos casos se autoriza para reducir la pena en la for-
“ma determinada para la tentativa, es decir, se autoriza una
“mayor benignidad que en los casos ordinarios. Los menores
“condenados deberán en todos los casos cumplir la penalidad
“impuesta en establecimientos especiales, o por lo menos se-
“parados de los delincuentes comunes”.

“Teniendo en cuenta que la reincidencia caracteriza al in-
“dividuo peligroso contra el cual debe tomarse precauciones
“especiales que lo presentan siempre como sujeto a sospecha,
“la comisión ha establecido que los menores de diez y ocho
“años no pueden ser declarados en tal situación”.

“Los hechos de la infancia y de la adolescencia no pueden
“pasar sobre la vida del hombre en la misma forma que los
“actos del adulto. El menor se corrige con mayor facilidad.
“Los actos que realiza son generalmente el resultado de la ma-
“la educación y del ambiente viciado. La conciencia del niño
“no es la misma que la del hombre, y sería absurdo ponerle
“un sello desde la infancia, por hechos que deben olvidarse”.

“El menor es peligroso cuando se le abandona, de mane-
“ra que la tendencia humana debe ser la de corregirlo y no la
“de ultimarle con la impresión perpetua de un antecedente des-
“favorable”.

“La comisión entiende también, que la delincuencia infan-
“til se debe en gran parte a las personas que cuidan o deben
“cuidar a los niños. Muchas veces, los padres, tutores y guar-
“dadores son los que impulsan al niño al delito. Con nuestra



“legislación anticuada, el negocio de tener menores para que cometan delitos o mendiguen es conveniente y lucrativo. El instrumento no puede ser penado y sobre él no pueden tomarse medidas de precaución. De manera que basta se elija un menor o varios menores por el delincuente profesional, para que las armas de la ley se estrellen ante el hecho”.

“Nuestra mendicidad infantil callejera, verdadera vergüenza de nuestras ciudades y hasta de nuestras campañas, se debe en gran parte a la ausencia de disposiciones legales previsoras”.

“La comisión autoriza por eso a los tribunales, en todos los casos de delitos cometidos por menores, a tomar medidas sobre los padres, tutores o guardadores, y arrancarles todo derecho sobre las personas de los menores, explotados, mal educados o inconvenientemente dirigidos”.

“Entiende la misma comisión que con estas medidas se dará un gran paso social y legal, contribuyéndose a resolver problemas que todos palpan, pero que hasta hoy no se habían afrontado”.

“Este será el primer impulso, y marcará una dirección que no debe abandonarse para el bien del país y de sus instituciones”.

Lo que no es satisfactorio es que la justicia pueda hacer uso de medidas precaucionales hasta los veintiún años, respecto del menor que ha delinquido a los diez y siete, y no pueda hacerlo, sino limitadas a la patria potestad, la tutela, la guarda (art. 39), respecto del menor que ha delinquido a los diez y ocho, aunque se trate de un caso de condena condicional.

Consecuencia lógica de que el menor de diez y ocho años no pueda ser declarado reincidente (art. 38), es que la reclusión de los arts. 51 y 52 (medida de seguridad) no le sea aplicable (lo que ya tenía resuelto la cámara de lo criminal de la capital federal con relación a la deportación de la ley derogada y a la caduca ley 3335) hasta la edad de veintiún años (art. 51), según modificación introducida en el senado.

Adopta el código, en el art. 36, el sistema de colocación en establecimientos correccionales, y dispone en el art. 8 que cumplirán las penas en establecimientos especiales. No queda



sin embargo excluida la colación familiar, según se manifiesta en el informe y se ve en el art. 37.

Nada ha dicho sobre la jurisdicción y los procedimientos, porque es esta materia de legislación local, con arreglo a lo que disponen los arts. 67 inc. 11°, 104 y 105 de la constitución.

Tampoco ha previsto, pudiendo y debiendo haberlo hecho, lo relativo a la penalidad de los padres, tutores o guardadores en caso de malos tratos, corrupción, negligencia grave, etc., que no importe delito más grave. La sanción del art. 39 no es suficiente.

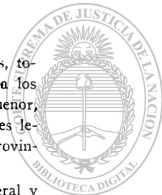
Sin embargo la ley sancionada en septiembre 27 de 1919 sobre protección a la infancia abandonada, a cuyo estudio se dedica el número siguiente, ha salvado la omisión en el art 18, aunque con carácter local.

La misma ley, ha dispuesto lo concerniente a la jurisdicción y los procedimientos en la capital y territorios federales.

Cumpliendo la misión que el gobierno de Corrientes me confiara por decreto de 11 de septiembre de 1919, en octubre 11 siguiente presenté, juntamente con los proyectos de mejora y régimen carcelario, y creación del patronato de liberados y la oficina de indentificación judicial, registro de reincidentes, y estadística criminal, el de legislación de menores. El P. E., entre tanto, por el ministerio a cargo del doctor J. Honorio Silgueira, a quien corresponde los honores de esa iniciativa, ha tomado todas las providencias concernientes.

124.—Con anterioridad a la sanción del código, fué sancionada el 27 de septiembre de 1919 la ley 10903 de patronato de menores, ley que importa reformar el código civil en cuanto a la representación, y las leyes de jurisdicción y procedimientos de la capital y territorios federales.

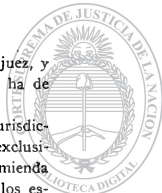
En la parte civil, luego de ocuparse de las causas por las cuales se acaba, se pierde o se suspende la patria potestad, entre las que figuran los delitos cometidos por los padres contra sus hijos menores, la reincidencia profesional o peligrosa, la exposición, el abandono, los malos consejos, la ebriedad consuetudinaria, los malos tratos, la inconducta notoria y la colocación dolosa de los mismos en peligro material o moral, así



como de las de la remoción de los tutores y guardadores, tomando una serie de medidas previsoras y autorizando a los jueces a proveer inmediatamente a la protección del menor, establece que los menores separados de sus representantes legales quedan bajo el patronato del estado nacional o provincial.

En lo criminal dispone: que en la jurisdicción federal y ordinaria de la capital y territorios nacionales, los jueces correccionales conocerán en única instancia en los juicios sobre faltas de los menores de 18 años; que los mismos jueces y los del crimen podrán disponer, preventivamente durante los procesos y definitivamente al resolverlos, de dichos menores procesados o que hayan sido víctimas del delito y hasta los 21 años, si se hallaren abandonados moral o materialmente o en peligro moral, quedando bajo su vigilancia exclusiva y necesaria; que podrán imponer multa hasta doscientos pesos o arresto hasta un mes, o ambas cosas a la vez, a los padres; tutores o guardadores culpables de malos tratos o negligencia culpable o continuada que no importen delitos, pudiendo suspender la condena, la que se prescribirá a los dos años no habiendo reincidencia, si el condenado diere seguridades de reforma; que los padres, tutores o guardadores podrán en todos los casos precedentes pedir revocatoria dentro de cinco días, con sustanciación verbal y recepción de la prueba que el juez estime conveniente, o apelar en relación de la denegatoria; que el menor podrá ser entregado a un reformatorio público de menores, a un establecimiento público o privado de beneficencia, a una persona honesta, pariente o no, o dejarlo a cargo de los padres, tutores o guardadores.

— Entiende la ley por abandono o peligro moral del menor: la incitación a ejecutar actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad, la vagancia o la frecuencia con ladrones o gente de mal vivir o a sitios inmorales o de juego; la venta de diarios, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza, en las calles o locales públicos y sin la vigilancia de sus padres o guardadores; la ocupación en oficios y empleos perjudiciales a la salud o la moral del menor.



La prisión preventiva no procede sino a juicio del juez, y en tal caso él determinará el lugar y el modo cómo se ha de cumplir.

Autoriza a los tribunales superiores de la misma jurisdicción a designar uno o más jueces para que entiendan exclusivamente en procesos de menores de 18 años, y les encomienda reglamentar la forma de cooperación de la policía, de los establecimientos y los particulares, como así mismo la de la vigilancia que corresponde a los jueces, lo que hizo en octubre de ese mismo año la cámara de la capital federal.

Luego de adoptar otras provisiones sobre denuncia de transgresiones a la ley y de disponer lo necesario sobre admisión de menores en las escuelas, hospicios y establecimientos privados subvencionados por el estado, prescribe que el poder ejecutivo presentará un plan general de construcción, en la capital y territorios nacionales y en las provincias, de escuelas especiales para menores expuestos o abandonados y para la detención preventiva de los delinquentes o de mala conducta, así como la de reformatorios para los últimos (delinquentes o de mala conducta). Prescribe también que el tipo preferido será la colonia con trabajo de taller o agrícola.

La ley, con ser buena, ha incurrido en el error de unir dos cosas que ha debido separar: la parte civil y la penal; la de carácter general o de fondo, y la local o jurisdiccional y procesal. Así han debido destinarse los arts. 1 al 13 al código civil, y el 18 al código penal con carácter general, y ha debido formar por separado una ley especial de carácter local con el artículo 14 y siguientes.

La ley crea, según se ve en el art. 18, la infracción de abandono del menor, con carácter de infracción local. En verdad ha debido incorporarse al art. 39 del código como una infracción del derecho común.

Siendo esta ley de carácter local en la parte criminal, sus disposiciones deben armonizar con las del código en la siguiente forma: los arts. 14 y 15 de la primera y el 39 del código, se aplicarán sin perjuicio de lo que dispone el 18 de aquella. Lo referente al menor víctima del delito, se rige por dicha ley, y otro tanto lo relativo a la disposición preventiva del menor. En



la disposición definitiva con absolución o sobreseimiento, se tendrá en cuenta lo que disponen el art. 15 de la ley y el 36 del código, y en el caso de condena el 37 del último.

El código se ocupa de los menores, como agentes del delito, en los arts. 8, 36 a 38 y 51, y como víctimas, en los arts. 108, 119 a 123, 125, 127, 131, 137, 146 a 149 y 174.

La cámara de apelaciones en lo criminal y correccional a su vez, en octubre 24 de 1919, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20 de la misma y para la aplicación de los arts. 14 al 21, dictó la siguiente reglamentación:

"1.º — Recordar a los funcionarios encargados de su aplicación y a los particulares o instituciones colaboradores de aquellos, que esta ley es de educación y no de castigo; que debe considerarse ante todo la salud física y moral de los menores que se hallen en la situación prevista por la misma; que deben evitarse, todos los actos que depriman moralmente al menor, sobre todo, aquellos realizados en público; que las autoridades judiciales y policiales deben tender a inspirar confianza y no temor, tanto a los menores como a su familia, y que los procedimientos de estímulo dentro de una severa disciplina son superiores a los represivos.

"2.º — Los funcionarios de policía, cuando instruyan sumarios contra un menor de diez y ocho años acusado de un delito o contravención, o en los casos en que un menor de esa edad aparezca víctima de un delito, procederán sin demora a levantar una información respecto a la situación del menor y su familia, que remitirán al juez de la causa. Este informe podrá ser reemplazado por el de los inspectores que se designen.

"3.º — La información importará una relación sintética pero completa del medio familiar en que se desarrolla la vida del menor, de sus antecedentes y conducta; de los antecedentes y conducta de sus padres, tutores o guardadores, y el juicio del informante sobre la situación del menor, en relación con la educación que recibe, debiendo servir como guía, a efecto de los hechos a averiguar, la circular que este tribunal remitió con fecha 18 de abril de 1918.

"4.º — Siempre que fuera posible, la Jefatura de policía designará determinados funcionarios para que se ocupen de la averiguación de los hechos previstos en la expresada ley.

"5.º — A los efectos del art. 21, en su última parte, recomiendase a la jefatura de policía la conveniencia de la formación de un registro de menores que ejercen oficios en la vía pública, registro que a la vez que se utilizaría para ir reuniendo todos los elementos de juicio que fuera posible para ser remitidos en momento oportuno al



señor juez en lo correccional, tendría por objeto proveer a aquellos de una credencial con la que justificarían en un caso dado que están dentro de las condiciones de la ley.

"6." — Salvo el caso en que fuere estrictamente necesario, por la gravedad del delito, por la temibilidad del menor, por la imposibilidad de averiguar de otra manera el domicilio del menor y de su familia, o por no existir otro medio de obtener la comparecencia del menor y de sus padres, tutor o guardador al tribunal, podrá ser el menor detenido para ser puesto inmediatamente a la disposición del juez. Aún en esos casos la detención durará el tiempo estrictamente necesario. Cuando los agentes de policía deban intervenir en la vía pública, se tratará de evitar al menor la publicidad del hecho y los actos que lo depriman, sea durante la averiguación de los hechos y la conducción del mismo al lugar de detención o reclusión o a su casa y durante la reclusión. En los otros casos, y como regla general, la autoridad policial se limitará a citar al padre, tutor o guardador, para que se presente con el menor al día siguiente a más tardar ante el juez competente, de acuerdo con las horas de audiencia que la cámara o los jueces comuniquen a la jefatura.

"7." — La detención se hará efectiva, siempre que fuere posible, en el instituto tutelar de menores, y la policía habilitará a la mayor brevedad una alcaidía especial, separada de todo otro lugar de reclusión, para aquellos que puedan ser reclusos en dicho instituto.

"8." — Los funcionarios policiales deberán prestar ayuda, cada vez que le sea solicitada, a los inspectores cuya lista se comunicará periódicamente a la jefatura por este tribunal y a los efectos de la cooperación que a estos corresponda en las informaciones.

"9." — En los casos de faltas o contravenciones, hallándose reemplazada la jurisdicción del jefe de policía y las autoridades municipales, como jueces de primera instancia, por la de los tribunales correccionales, la intervención policial de las autoridades, policiales o municipales, será de prevención, debiendo sujetarse a lo dispuesto en los artículos anteriores y remitir las actuaciones al juez dentro de las 24 horas. Los señores jueces correccionales aplicarán las disposiciones de los artículos 587 y 588 del código de procedimientos y las demás del mismo que correspondan según el caso.

"10." — A las audiencias ante los jueces del crimen y correccionales en que figuren menores de 18 años como acusados, que serán secretas, sólo podrán, de acuerdo con el artículo 479 del C. de P., concurrir, fuera de las partes y sus defensores, las personas que el juez indique, o los funcionarios judiciales o administrativos que deseen coadyuvar a los propósitos de la ley.

"11." — Si el juez encontrare a la terminación del proceso, que es del caso aplicar las disposiciones de la ley, desglosará del expe-



diente las actuaciones que se refieren a la conducta y antecedentes del menor, y de sus padres, tutores o guardadores, dejando las constancias necesarias en la causa, y aquellas servirán de cabeza del nuevo expediente. Estas actuaciones serán secretas, y salvo con respecto a la aplicación de las disposiciones de esta ley, no podrán ser invocadas en otro proceso.

"12. — La libertad vigilada a que se refiere el artículo 14 en su última parte, será aplicada por los jueces por intermedio de los inspectores ad honorem que este tribunal inscriba, o por inspectores oficiales que pudieran nombrarse más adelante, o los funcionarios policiales que la policía pudiera dedicar a este objeto, o en ausencia de ellos por los medios que el juez juzgare conveniente.

"13. — Las funciones de los inspectores consistirán en observar la conducta del menor e informar al juez tanto en esos casos como en los que se refiere el artículo 2.º de esta acordada. En los casos en que los menores se hallen internados estas informaciones serán suministradas periódicamente al juez por la dirección de los establecimientos.

"14. — Sin perjuicio de la resolución que corresponde al P. E., de acuerdo con el art. 23, el señor presidente del tribunal solicitará sin demora de todos los establecimientos públicos destinados a menores, de las sociedades de beneficencia y escuelas o asilos, que reciban subsidios del estado y alojen menores, y de otras sociedades de beneficencia que reciban menores, se sirvan comunicar al tribunal el número de menores a disposición de los jueces del crimen, de instrucción o correccionales en virtud de esta ley, que estén dispuestos a recibir en sus establecimientos, a cuyo efecto se formará una lista en el tribunal, que será comunicada periódicamente a los jueces.

"15. — También solicitará de las sociedades de beneficencia la designación de aquellos de sus miembros, varones o mujeres, que deseen coadyuvar en la reeducación de los menores, desempeñando las funciones de inspectores, a efecto de averiguar la situación de los mismos dentro de sus familias, y de vigilar la conducta de aquellos de que dispongan los jueces, y también la de toda persona honesta que se avenga a desempeñar esas funciones.

"16. — Solicitará igualmente el concurso de los médicos que con el mismo alto propósito deseen prestar su ayuda científica, concurriendo a las audiencias y examinando la salud de los menores en situación de ser reeducados.

"17. — Solicitará así mismo la colaboración del Consejo Nacional de Educación, de los directores de escuela y de los maestros, a efectos de la educación de los retardados y de la cooperación en



la vigilancia de los menores cuya concurrencia a la escuela sea ordenada por los jueces.

"18. — Solicitará de igual modo la inscripción de aquellas personas honestas que se hallen dispuestas a tomar a su cargo bajo la vigilancia del juez a los menores de que el mismo disponga.

"19. — Las disposiciones complementarias respecto a la cooperación de instituciones o particulares, de acuerdo con lo expuesto en los artículos anteriores, quedará a cargo del presidente de la cámara.

"20. — En todos los casos en que los menores se hallaren en edad escolar, o cuando no tuvieran suficiente instrucción y no fueran remitidos a un establecimiento, el juez exigirá la concurrencia regular del menor a la escuela.

"21. — Los jueces podrán convocar periódicamente a todos los menores que se hallen bajo su vigilancia y no se encuentren en un establecimiento, a una reunión a la que podrán invitar a sus padres, tutores o guardadores y a los inspectores que deseen, a efecto de las indicaciones convenientes a la dirección y educación de los menores.

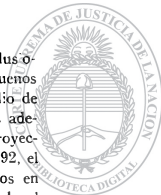
"La cámara, teniendo en cuenta que el número de menores de que deberán disponer los jueces será considerable, que son insuficientes los establecimientos públicos y privados para alojar menores que deban ser reclusos, que por las condiciones de nuestro ambiente la libertad vigilada no podrá aplicarse con la extensión con que lo ha sido en otros países, y que por consiguiente la obra eficaz de reeducación y de regeneración sólo podrá hacerse por medio de escuelas industriales y agrícolas y de reformatorios dedicados exclusivamente a menores, a disposición de los jueces; llama la atención de los poderes públicos sobre la necesidad de arbitrar recursos para la construcción inmediata de los establecimientos que prevé el artículo 22, y exhorta a las personas y a las instituciones en situación de coadyuvar al progreso social y de ejercer eficazmente y con alta finalidad la beneficencia pública, a la fundación de esos establecimientos dentro y fuera de la capital de la república, y a prestar en otra forma su ayuda pecuniaria, por intermedio de los jueces respectivos o a solicitud de éstos. Y siendo una de las bases del éxito futuro de los reeducados el secreto absoluto sobre todo procedimiento de que hayan sido objeto durante su infancia, solicítase de la prensa de la capital, la supresión, en las noticias sobre hechos cometidos por menores, de los nombres de los mismos y de toda indicación que tienda a individualizarlos."

Además, no permitiéndole las leyes orgánicas unificar la jurisdicción en asuntos de menores, como es lo indicado, ha hecho lo que le está permitido, designando a tal fin un juez de instrucción, uno del crimen y uno correccional.

125.—Además de las leyes recordadas y de las conclusiones del *Congreso nacional penitenciario* reunido en Buenos Aires en mayo de 1914 y del reunido en Tucumán en julio de 1916, concordantes en términos generales con los últimos adelantados, ha habido una que otra iniciativa, como ha sido el proyecto del Dr. E. R. Coni presentado a la municipalidad en 1892, el del doctor Obligado presentado a la cámara de diputados en 1904, y el de los doctores Cané y L. Avellaneda presentado al senado en 1906.

En cuanto a instituciones y establecimientos oficiales, no puede recordarse más que el Reformatorio de Marcos Paz y el Instituto tutelar, de todo punto insuficientes; las restantes son particulares o están en proyecto.

En septiembre de 1919 el ministerio de justicia dictó un decreto designando a una comisión con el encargo de proyectar la reforma de la defensoría de menores, con sujeción al propósito de organizarla en condiciones de responder a las nuevas orientaciones y exigencias del derecho juvenil.





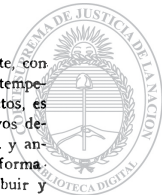


De las circunstancias atenuantes y agravantes

126. — Función que desempeñan en la apreciación de la personalidad del delincuente. Caracteres y enunciación genérica. 127. — Sistemas de legislación. 128. — Régimen de su consideración e influencia en la medida de la pena. 129. — Valor de las mismas en la individualización de la pena. 130. — De las circunstancias atenuantes en particular. a) Eximentes incompletas. Causas morales: responsabilidad atenuada, ebriedad, la emoción y la pasión (el dolor, la ira, la provocación, la ofensa), la miseria, la instigación, la sugestión, el error. Causas jurídicas: el exceso en la defensa de los derechos, el caso de necesidad, el cumplimiento del deber y el ejercicio del derecho, la autoridad o el cargo. b) La edad, el sexo, el error, la ignorancia, el arrepentimiento, la reparación del daño, la sugestión tumultuaria, la prescripción incompleta. 131. — De las agravantes en particular. Calidad y cantidad de los partícipes; calidad y condiciones personales de la víctima; vínculos de parentesco, amistad, respeto y dependencia; modo, medio empleado, tiempo, lugar. 132. — De las circunstancias de doble carácter. Parentesco, grado de participación, ocasión, índole de los motivos, intensidad del dolo o de la culpa, extensión del daño, entidad del peligro, conducta y antecedentes del culpable.

126.—Dado que la pena es, en términos generales, o un motivo preventivo de abstención o inhibición opuesto al delito, que obra por medio del temor que infunde (coacción moral), o bien un instrumento de readaptación o seguridad social en su ejecución, y dado que, por razones de conocidas diferencias de temperamento y carácter, no todos los hombres reaccionan de la misma manera, se procura, como es natural, adaptarla en calidad y cantidad, a la personalidad del sujeto, de tal suerte, y tan aproximadamente como sea posible, que resulte ser la más adecuada a la consecución del fin buscado.

Es lo que se conoce con el nombre de individualización de la pena, que es obra coordinada y progresiva de los tres poderes del estado (el legislador, el judicial y el administrador), punto del que se trata en el n° 189.



Ahora bien, desde que la personalidad del delincuente, con sus méritos y sus fallas, sus virtudes y sus vicios, su temperamento y su carácter, se revela de ordinario por sus actos, es indudable que es en el delito, según su naturaleza, motivos determinantes y particulares modalidades, y en la conducta y antecedentes del sujeto, que se ha de buscar la fuente de información conducente. Es lo que hace el legislador al distribuir y proporcionar la penalidad, con arreglo principalmente a la calificación que de los delitos hace, en orden a la importancia y variedad de los intereses afectados, y con relación, tanto a su cantidad política cuanto a su cantidad natural, como así mismo a determinadas circunstancias que, sin cambiar la calificación, los agravan o aminoran, y también al grado de la participación del agente, del dolo o de la culpa y de la realización del delito.

Según se advierte, los referidos datos se relacionan con el elemento psicológico unas veces, y otras con el material y el jurídico. Mas en todos los casos, excepción hecha de la tentativa, dado su valor absolutamente objetivo y material, lo que ellos traducen es la personalidad del delincuente, constituida por sus condiciones de índole moral.

Así como la tentativa se relaciona con el elemento material, se relacionan con el elemento moral el móvil y el discernimiento y la libertad incompletas, y con el elemento jurídico el exceso en la defensa legítima, el cumplimiento del deber, etc. La acción, aunque ordenada o autorizada por la ley o la justicia absoluta, puede haber resultado excesiva. La atenuante, en tal caso, se funda en que el agente tuvo cierta razón de obrar; en que la contradicción del acto con la ley no es completa. Si en las relacionadas directamente con el elemento moral éste estuvo alterado o disminuido, y esta circunstancia favoreció el delito, en las últimas hubo una fuerza de impulsión que lo movió hacia él. Allí la atenuante representa una fuerza negativa y aquí una activa.

Pero todos estos datos son consultados por el legislador en abstracto, sobre acontecimientos y subjetividades convencionales e hipotéticas, sujetas, naturalmente, a rectificaciones concretas. De ello se infiere la menor importancia, en orden a la verdad de los hechos básicos y a la eficacia de la medida de-



fensiva, que reviste la individualización legislativa con relación a la judicial; la que es a su vez menos importante en los casos de penas de cárcel con relación a la administrativa, por cuanto ésta se efectúa en ellos a base de la realidad demostrada por los resultados prácticos de la medida, actuando directa y realmente sobre el sujeto, en su proceso de ejecución y experimentación.

Esa dificultad con que tropieza la individualización legislativa, le impone el deber de dejar a la judicial el mayor margen posible, y algo también al poder administrador. De aquí las penas divisibles, con máximos altos y mínimos bajos o sin mínimos; las penas alternativas y conjuntas; la condena condicional; las normas relativas a las atenuantes y agravantes en el orden judicial, y la pena de duración indeterminada y la gracia en el orden administrativo o mixto.

Claro está que, habiendo ya adoptado la individualización legislativa determinados criterios, el campo de acción se reduce bastante para la judicial y más aún para la administrativa.

Y bien: aquellos datos por los cuales se revela la personalidad del delincuente, exclusión hecha de los que se relacionan con los elementos del delito, son los conocidos con la denominación de circunstancias del delito, de las que ya en el n° 15, t. I, se ha anticipado una noción elemental.

Estas circunstancias o accidentes del delito, que, sin integrar su material constructivo, sin embargo lo rodean o acompañan, contribuyen a darle aspectos particulares y diferenciales tales y tan constantes, que puede afirmarse que dos delitos, aún considerados en la relativa igualdad establecida dentro del grupo o familia (género o especie), por la similitud o igualdad de los elementos propios o diferenciales (genéricos o específicos), nunca son idénticos.

† Esta diferencia, empero, entre dos delitos, no es más que la revelación objetiva de la verdad subjetiva consistente en la desigualdad de las personalidades de los sujetos o causas morales y materiales de los mismos.

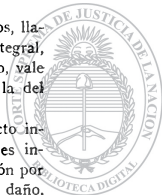
De aquí que la evaluación del delito no constituya, en substancia, otra cosa que uno de los medios de la evaluación del delincuente. El otro medio consiste en la consideración del sujeto, abstracción hecha del delito, en sus condiciones y antece-

dentes. Es por el examen de estas dos categorías de datos, llamados reales y personales, que se obtiene la evaluación integral, completa de la personalidad del delincuente. Y decir esto, vale tanto como decir que la evaluación de la pena implica la del delincuente, de los dos puntos de vista recordados.

El código derogado, siguiendo el sistema del proyecto intermedio, tenía en cuenta como atenuantes las eximentes incompletas, la edad, el dolo preterintencional, la provocación por amenaza u ofensa, el arrepentimiento y la reparación del daño, la ira o el dolor no imputable, cualquier otra circunstancia análoga a las anteriores, la duración del proceso en los delitos con pena de muerte y la prescripción incompleta; y como agravantes los vínculos personales, la calidad, la cantidad y las condiciones personales de los partícipes y de las víctimas, el modo, la naturaleza del medio empleado, la índole del motivo, el tiempo, el lugar, la concurrencia de delitos y la reincidencia.

El proyecto de 1891, siguiendo a Tejedor, toma en consideración como atenuantes la debilidad y la perturbación mental, la instigación, la miseria apremiante o cualquier otra necesidad urgente, la pasión, la menor perversidad o desmoralización demostrada por la conducta anterior o posterior; y como agravantes las siguientes: cuando existen motivos más numerosos e importantes de observar la ley, o los deberes violados por el culpable son más numerosos e imperiosos, y el mismo es más capaz de comprender claramente esos motivos y esos deberes; cuando son más grandes los obstáculos para la ejecución del delito, o se necesita emplear más audacia o coraje, más inteligencia, o más fuerza corporal para preparar o consumar la acción; cuando las acciones exteriores y accidentales que han arrastrado, extraviado o seducido al culpable, son menores, o éste se ha determinado más espontáneamente, o ha buscado personalmente la ocasión; cuando el culpable está más desmoralizado o empeñado en la carrera de los delitos por la práctica constante de las malas acciones, por hábito, desarreglo de costumbres u otros motivos semejantes; cuando los deseos y pasiones que lo hacen obrar son más perversos y peligrosos.

El proyecto de Tejedor agregaba la falta de instrucción y la ocasión, y, como especificación de la conducta durante o después del delito, la extensión y reparación del daño, su en-





trega y confesión espontáneas, y la ayuda prestada a la justicia para descubrir o prender a otros culpables.

El código vigente, reproducción en esa parte del proyecto de 1906, considera en el art. 41: la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla, y la extensión del daño y del peligro causados; la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos (nueva), la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiere incurrido, y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor *peligrosidad*. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las *circunstancias del hecho*, en la medida requerida para cada caso.

Hecha su enunciación genérica y establecida la función que desempeñan en la apreciación de la personalidad del delincuente, corresponde fijar sus caracteres, que son los siguientes: con relación al sujeto y el objeto de la acción, son *personales* (subjetivas) o *reales* (objetivas); con relación al tiempo y la calidad de los delitos, *anteriores*, *concomitantes* o *posteriores*, y *comunes* (genéricas) o *propias* (específicas); con relación a la pena, *atenuantes* o *agravantes* y *ordinarias* o *calificadas*; con relación a los poderes del juez, *necesarias* o *facultativas*.

Cabe hacer notar desde luego, que las circunstancias *posteriores* al delito, tales como la reparación del daño, el arrepentimiento, etc., constituyen la excepción.

Son *comunes* o *propias*, según que puedan concurrir en cualquier delito o solamente en algunos, como la edad y la provocación, la reincidencia y la alevosía; *ordinarias* o *calificativas*, según que influyan en la evaluación de la pena, sin cambiar o cambiando la clase o el grado de la misma, como la ebriedad y la premeditación en el primer sentido, las injurias graves en las lesiones y el escalamiento en el hurto en el segundo; *necesarias* o *facultativas*, según que el juez deba tenerlas en cuenta o le sea facultativo hacerlas valer o no.



Son además *personales* o *reales*, según que se relacionen con la persona del delincuente, independientemente del delito, o se manifiesten en objetividades relacionadas con la materia del delito. Puede citarse como personales la edad, el grado de discernimiento, la ebriedad, etc., y entre las reales la provocación, la extensión del daño, el lugar, la ocasión, el tiempo, y otras muchas. Las reales, así nombradas por oposición a las personales, no por nacer del delito dejan de acusar modalidades morales reveladoras de la personalidad del delincuente, del mismo modo que las personales. Y si alguna diferencia práctica existe, es que las personales no se comunican. Por lo demás, son siempre anteriores al delito, al paso que las reales pueden no serlo; siendo lo regular que no lo sean.

Las calificativas se hayan previstas en cada delito, y son al mismo tiempo necesarias y propias, del mismo modo que las ordinarias son facultativas y comunes.

Pero el carácter fundamental de las circunstancias es el que se relaciona con el punto demostrativo de la mayor o menor peligrosidad del sujeto, en cuyo sentido se las denomina *atenuantes* y *agravantes*, en razón de que a una menor peligrosidad corresponde un menor grado de responsabilidad y consiguientemente una disminución o atenuación de la pena, y un aumento o agravación en el caso contrario.

Hay además circunstancias que en ocasiones constituyen condiciones del delito, como el parentesco en el adulterio, o no revisten importancia, como la premeditación en la estafa. También las hay que unas veces son atenuantes y otras agravantes, unas actúan como ordinarias y otras como calificativas, y a veces llegan hasta ser eximentes. Esta complejidad de carácter se observa, entre otras, en el móvil, el parentesco, la intensidad del dolo y la extensión del daño.

Así en el código, el móvil es atenuante en los arts. 81 a 83, 93, 97, 105 y 107, agravante en los arts. 80, 92, 100, 105, 142, 184 y 276, eximente en los arts. 86, 111, 115 y 152, y condición en los arts. 125, 126, 130, 138, 182, 211 y 300; y el parentesco es atenuante en los arts. 81 y 105, agravante en los arts. 80, 92, 105, 107, 122, 125, 133 y 142, eximente en los arts. 185 y 278 y condición en el 118. Es a esa razón que obedecía la salvedad del art. 84 derogado cuando decía: "Son circunstancias



agravantes, *salvo disposiciones especiales*"; lo mismo que el 88 al establecer que los tribunales las tomarían en cuenta, *teniendo en consideración la naturaleza y accidentes del delito*.

Puede verse el n° 15, t. I.

No se las toma en cuenta nuevamente en los delitos en que figuran como condición o especialmente previstas, según la regla del *non bis in idem*. El proyecto suizo tiene una disposición sobre el particular. Esto no quita que en determinados casos, como cuando se trata de apreciar la entidad del daño, se las haga valer dos veces. Así, en las lesiones leves, las defraudaciones, los robos, los hurtos y los daños, no obstante haber el legislador graduado la penalidad con arreglo a la extensión del perjuicio, la jurisprudencia, cuando la lesión es levisima o el valor insignificante, toma en consideración esa circunstancia para moderar la pena prevista, dentro de sus límites. Otro tanto con el grado e importancia de la participación.

Tanto unas como otras se comunican o no a los demás partícipes, según ya se adelantó, con arreglo al carácter de personales o reales. Cabe hacer una salvedad respecto de ciertas agravantes, las que, no obstante el carácter personal que revisten, pueden comunicarse al partícipe que las hubiere cometido o utilizado en la comisión del delito. Lo preven expresamente algunos códigos, y también, como el proyecto de Tejedor, el art. 48 del vigente. Puede verse los núms. 103 y 169.

Varias circunstancias, especialmente agravantes, se encuentran previstas en la parte especial. Puede verse los arts. 81, 82, 83, 93, 97, 104, 105 y 107 (atenuantes), y 80, 82, 100, 104, 105, 107, 122, 123, 125, 126, 127, 142, 144 y 184 (agravantes)). Las de los arts. 104, 105 y 107 son de grado.

127.—Entre el *sistema* del código francés, seguido por Tejedor, y los códigos belga, ruso, húngaro y japonés, y el del código español, seguido por Villegas, Ugarriza y García, y los códigos austriaco, portugués, noruego y parte de los americanos, de reglas amplias el primero (circunstancias genéricas) y de enumeración taxativa el segundo (circunstancias específicas), el código derogado optó por el último, precisamente el menos conveniente, y el vigente por el primero, siguiendo la pauta de los dos últimos proyectos y el de Tejedor. Si la pena



debe adaptarse a la personalidad del delincuente, no es posible obtener este resultado sometiendo la infinita variedad de los accidentes y circunstancias de cada caso a previsiones fijadas de antemano. Lo razonable estaba, entonces, en proporcionar a los jueces un instrumento flexible de individualización, en reglas amplias y comprensivas, que, sin dejarlos en una libertad arbitraria, les permitiese proporcionar la pena a la temibilidad del culpable, precisada por cuanto dato de información pudiese recogerse a su respecto. Por ventura el sistema del código no era tan cerrado que no permitiera extender los casos previstos a otros parecidos, pues el art. 83 autorizaba, en el inc. 7º, a tomar en cuenta como atenuante, *cualquiera otra circunstancia análoga a las anteriores*, y otro tanto hacía más particularmente el 84 en los incs. 1º, 8º, 9º y 10º, con relación a las agravantes.

Códigos hay que únicamente preven circunstancias para determinadas penas o delitos, como los de Berna. Vaud y Alemania, y en algunas legislaciones, como la holandesa, la inglesa, la islandesa, la sueca, la escocesa, la griega, la danesa y la norteamericana, no se conoce el sistema de circunstancias a que se ha hecho referencia. (Alimena y Jiménez de Azúa). Pero en realidad en el sistema de estas leyes no es menester la previsión de las circunstancias, teniendo como tienen los jueces la facultad de recorrer la pena del mínimo al máximo en toda su extensión. Otro tanto puede decirse del código vigente.

Pacheco, refiriéndose a la necesidad de hacer lugar al arbitrio de los jueces en la evaluación de la pena, expresa: "Nace esto, de que el delito no es una cosa simple, sino una cosa compuesta; de que no es una unidad, sino un número. Todos los hechos que concurren en él sirven para modificar su importancia. De parte del agente, de parte de la víctima, por los accesorios extraños, por el tiempo, por el lugar, por los causantes, por la forma, todos son motivos que influyen en su tenuidad, o en su gravedad respectiva. No hay dos hechos iguales. Tal es la ley de nuestra naturaleza".

"Prever y definir cada caso particular, hubiera sido una pretensión imposible, ridícula, absurda. Los códigos no pueden hacer otra cosa que presentar los grupos o las acciones punibles, describiendo sus caracteres generales y dándoles los



“nombres sintéticos que unos de otros las separan. Los códigos forman la lista de la especie. Los individuos están allí, pero no particularmente, sino colectivamente bajo la fórmula y la definición general”.

128.—El código dispone en el art. 40 lo siguiente: “En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente”.

Suprime, según se ve, siguiendo en esto el sistema del proyecto de Tejedor, el término medio como punto de partida para la fijación de la pena que fijaba el código derogado, sistema seguido por los demás proyectos. Por lo demás, habrá que considerar siempre con preferencia el carácter sobre el número, y subsistente el arbitrio judicial establecido por el art. 53 del código derogado en los casos de concurrencia de atenuantes y agravantes.

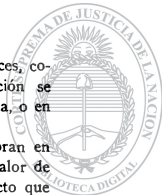
Sin embargo, libre el juez de fijar la pena entre el mínimo y el máximo, sin un punto legal intermedio de partida, y en libertad también de aplicar cualquiera de las dos penas impuestas por la ley en forma alternativa en su caso, el art. 41 que establece los criterios de apreciación de las circunstancias, carece de finalidad práctica, y queda reducido, en su enunciación, a jugar un rol de precepto meramente ilustrativo. Véase el informe p. 83.

De manera, pues, que, suprimido el promedio, en realidad las atenuantes y agravantes no debieran figurar en la ley sino en forma específica en cada delito, con un valor particular y calificativo.

Puede verse además el n° 182.

129.—El valor que en la individualización de la pena tienen las circunstancias no es siempre el mismo.

Desde luego, cuando se hayan especialmente previstas en cada delito, si no constituyen elementos de la infracción, como el parentesco en el adulterio, tienen la virtud de cambiar la pena del delito en su forma simple, por otra distinta en calidad o en grado, más grave o más benigna. Tal el vínculo de paren-



tesco, el móvil, las injurias, etc., en el homicidio. A veces, como en el caso del art. 107, el aumento o la disminución se efectúa en el máximo y el mínimo de la pena establecida, o en grado.

Fuera de estos casos en que las circunstancias obran en forma calificativa, actúan en forma ordinaria con un valor de modificación más limitado (pues no producen otro efecto que el de aumentar o disminuir la pena del delito dentro del mínimo y el máximo previstos), valor con el que se relaciona el punto materia del n° 128.

Este valor aumenta en el código, puesto que en los casos de penas paralelas el juez podrá también optar.

En el proyecto suizo el valor de las circunstancias siempre es calificativo, porque en todos los casos da lugar a un cambio de la pena, en calidad o en grado.

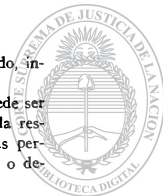
De manera que las circunstancias influyen tanto en la cantidad como en la calidad y el grado de la pena. De lo último se tiene un ejemplo en el art. 107.

130.—Toca tratar ahora especialmente de las *circunstancias atenuantes*. Son tales todas aquellas particularidades que ponen de manifiesto la menor temibilidad del delincuente, y que por lo tanto influyen en la evaluación de la pena en el sentido de su moderación. De aquí que no corresponda considerar como atenuante la denominada *responsabilidad disminuida, restringida o atenuada*, de que se trata más adelante, pues más bien demuestra el mayor peligro que para los intereses sociales el delincuente representa.

Aún cuando caben aquí las varias clasificaciones que anteriormente se ha hecho de las circunstancias, es más práctico, para su estudio en particular, separarlas en grupos informados de otros criterios.

a). Puede a ese fin formarse un primer grupo con las *eximentes incompletas*. Son circunstancias estas relacionadas con la materia de la responsabilidad penal, y que de haber concurrido en otras condiciones habrían constituido un motivo de irresponsabilidad.

Desde luego hay unas que se vinculan con las *causas morales* de la responsabilidad, y son las formadas por los distin-



tos grados de *discernimiento* con que el agente ha obrado, inferiores al normal o mínimo legal.

El discernimiento con que haya obrado el agente puede ser inferior al requerido en grado mínimo por la ley para la responsabilidad plena, y obedecer esa inferioridad a causas permanentes o transitorias, de origen fisiológico, patológico o degenerativo congénito.

Dejando de lado la edad, de la que ya se ha tratado, en el n° 111 y se trata más adelante, y aún la sordomudez, equiparada, cuando es imputable, a la menor edad imputable, cabe referirse en primer término a los estados congénitos o adquiridos de semialienación, en los que el sujeto, aunque responsable, obra con un grado de discernimiento inferior, análogo al del menor.

Integran esta categoría de delinquentes los denominados neurósicos, neurapáticos, histéricos, epilépticos, desequilibrados, alcohólicos, imbéciles, idiotas, etc., que Prins denomina *defectuosos o inferiores mentales y morales*, y los que, según él, se caracterizan en lo fisiológico por trastornos sensoriales, por alteración de los centros nerviosos; en lo moral por la impulsividad, por la ausencia de crítica sobre sí mismos. “Su facultad de raciocinar y de juzgar es tan reducida, que las normas “de la vida social no ejercen presión sobre ellos; y su facultad “de querer es tan rudimentaria, que, abandonados a sí mismos, “son incapaces de observar una conducta regular”.

Son los incompletos, los desherbitados, los neurópatas, los fronterizos, sujetos que ocupan una zona intermedia entre los cuerdos y los locos.

Alimena, hablando de lo que él llama el “absurdo de la “evaluación jurídica de la responsabilidad atenuada”, dice, refiriéndose a la locura: “Como de la salud se pasa a la enfermedad, insensiblemente, sin salto alguno, así de aquella salud que es la salud psíquica, se pasa a la enfermedad, que es “la enfermedad psíquica, insensiblemente, también sin salto “alguno. Entre la razón y la locura existe, pues, aquella zona “media, aquella zona neutra, aquella zona gris descripta por “Maudsley, en la cual el hombre, no estando sano no es aún “loco”.



“El pasaje de la salud a la locura, escribe Jiménez de Azúa, “y de la plena conciencia a la inconsciencia, se verifica por “grados sucesivos, apenas sensibles, que constituyen la zona “intermedia de Maudsley, las formas de paso de Forel, los casos limítrofes de los alemanes”.

En términos parecidos se expresa Stoos, el sabio autor del proyecto suizo de 1915, y Cullere, cuya cita se hace en el nº 105.

Los de estos delinquentes son los casos conocidos con la denominación de *responsabilidad atenuante, disminuida o restringida*, denominación que, si bien se mira, correspondería también a todos los de discernimiento desintegrado, provengan o no de causas patológicas, congénitas o fisiológicas, y así tengan carácter permanente o transitorio, puesto que esa denominación se funda en el hecho de hallarse incompleto el elemento moral del delito, base de la responsabilidad penal del derecho moderno, y eso mismo ocurre en todos los demás casos análogos recordados.

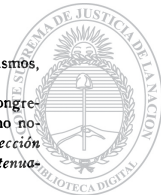
Y bien: la atenuación por el motivo enunciado de responsabilidad incompleta proveniente de estados mentales o morales inferiores de carácter permanente, aunque curables algunos, no encuadra en el moderno concepto del derecho penal, toda vez que, como observan Prins y Jiménez de Azúa, los individuos de esa categoría son a veces los más peligrosos.

“En efecto, dice Prins, como el defectuoso menos responsable puede ser al mismo tiempo el más peligroso, la imposición en este caso de una pena reducida comprometería el “orden público”.

“Y siendo refractario el defectuoso a la acción de una pena reformadora, la pena más reducida puede ser una severidad inútil, y viola en este caso el sentimiento de humanidad”.

“La situación se considera, a mi juicio, de una manera “errónea. El delincuente defectuoso no es un delincuente respecto del cual sea preciso tomar menos garantías que respecto del normal”.

“Los normales cometen en ciertos momentos actos amenazadores, pero vuelven después a las vías regulares; los defectuosos permanecen defectuosos; de una manera perma-



“nente se encuentran en un estado peligroso para ellos mismos, para su ambiente inmediato y para la sociedad”.

“Ballet, hablando de los *defectuosos* en el XVII Congreso de neurología celebrado en Ginebra en 1907, ha hecho notar *que existe, no espíritu de justicia o medida de protección social, sino un verdadero peligro en buscar causas de atenuación en su inferioridad mental*”.

“Actualmente, agrega más adelante, refiriéndose a los menores, se les considera como sumidos en un estado prolongado de inferioridad o de insuficiencia, peligroso para ellos mismos y para los demás; y se precabe el peligro, no por la imposición de una pena pequeña, sino por el ensayo de un régimen prolongado de guarda y de educación con el que todos se encuentran bien”.

“Los adultos delincuentes atacados de insuficiencia mental o moral no han pasado de la infancia, y como niños, por tanto, es preciso tratarlos”.

“A veces son susceptibles de determinada adaptación inferior, y es preciso tratar de procurársela como se intenta darla a los niños”.

“A veces la herencia que pesa sobre ellos, las uniones deletéreas y los hábitos malsanos en que han crecido, han marcado su carácter con un sello definitivo. También a veces la detención del desarrollo ha sido muy sensible para dejar demasiado lugar a la esperanza. La concepción del estado peligroso y de la defensa social surge entonces con gran evidencia, y se siente instintivamente que la necesidad de poner el delincuente en la imposibilidad de perjudicarse a sí mismo y de dañar a los demás, la eleva sobre cualquier otra consideración”.

Es lo que aconseja la ciencia moderna, y lo que disponen el código noruego y los proyectos austriaco y suizo (arts. 39 y 65, 37, y 13 a 18, respectivamente), así como el proyecto alemán (arts. 63 y 65), que concede la atenuación en grado de tentativa.

En el proyecto suizo, especialmente, se trata el caso con amplitud. El juez tiene la facultad de atenuar o no la pena, en calidad y cantidad (libremente), y si resultase ser necesario o conveniente, por razones de seguridad, orden público o



de salud del delincuente, internarlo en un hospital u hospicio, o someterlo a un tratamiento especial, se hará eso, antes o después de cumplida la pena, y no saldrá hasta que haya desaparecido la causa, por resolución judicial, previa información pericial. Puede resolverse que la pena suspendida no se cumpla, o que se cumpla sólo en parte. Algo análogo en el anteproyecto sueco.

El código se limita a adoptar medidas de seguridad y protección respecto de los irresponsables y de los menores, y nada dice con relación a los casos de atenuación por el motivo expresado, por lo que es de suponer que no la autoriza. Esto parece menos dudoso aún si se atiende a que la comisión en su informe manifiesta su propósito de abandonar el punto de vista moral como fundamento de la responsabilidad, y de reemplazarlo por el criterio del peligro social que representa el delincuente. Sin embargo, el criterio del delincuente *peligroso* del informe y del art. 34 inc. 1º, fué substituído en el art. 41 por el de la *perversidad*, que ciertamente no es equivalente y se relaciona más directamente con el punto de vista moral, siendo reemplazado por la comisión del senado a indicación mía por el de *peligrosidad*. Es esta una prueba más de que la comisión de diputados no se ha cuidado lo bastante de no incurrir en inconsecuencias.

El código derogado autorizaba la expresada atenuante, por cuanto en el art. 83 inc. 1º decía que eran tales las del art. 81, cuando no incurrían todos los requisitos allí exigidos, disposición que ha sido interpretada por nuestros tribunales, Rivarola y Pacheco, en el sentido de comprender aún aquellos casos que, como la locura, no constan, a la manera de la legítima defensa, de varios requisitos. En el mismo sentido la última jurisprudencia española, según Cuello Calón, después de haber resuelto durante algún tiempo lo contrario sobre un texto igual al del código derogado.

No se la conocía en el derecho romano, germánico y canónico, y puede considerarse que no la autorizan los códigos francés, alemán, ginebrino, húngaro, holandés, noruego, ruso, búlgaro, de Nueva York y de Zurich; al contrario, la prevén los de Suecia y Lucerna, el italiano, el danés y el islandés (Alimena).



En realidad el fundamento de esta causa de atenuación es atacable en el actual estado de la ciencia, por no conciliarse con los intereses sociales comprometidos por el delincuente y que el derecho represivo se propone tutelar, desde que estos tipos de semi-irresponsables representan, dado el carácter permanente de su mal, un peligro que la pena, y menos si es atenuada, no ha de conjurar. No ocurre lo mismo con los casos de discernimiento insuficiente provocado por causas accidentales que producen una perturbación pasajera, en los que, al menor grado de responsabilidad moral con que han obrado, corresponde un índice menor también de temibilidad por parte del agente.

El caso más frecuente es el de la *ebriedad*, a cuyo respecto ya se dijo lo suficiente al tratar de la culpa y de las eximentes (núms. 95 del t. I y 109), y la que no puede fundar una causa de atenuación, sino a condición de ser involuntaria e incompleta, pues si fuere completa no habrá responsabilidad alguna si fué involuntaria, o, siendo voluntaria no intencional, dará lugar a una responsabilidad por culpa.

Cuanto allí se anticipó ha de tenerse aquí por reproducido; especialmente lo tocante al concepto de ebriedad involuntaria (tanto en el efecto como en la causa).

El código derogado tomaba en cuenta esta atenuante en el art. 83 inc. 1º, combinado con el 81 inc. 1º, que incluía entre las causas de irresponsabilidad la ebriedad completa e involuntaria. El vigente no se refiere a ella expresamente, pero es indudable que queda incluida en el art. 41.

Le siguen las *emociones* y las *pasiones*, de las que se ha tratado en el n° 113. Ellas, como la ebriedad, pueden producir conmociones psíquicas, perturbaciones mentales que a veces llegan hasta la inconciencia, y que si no anulan, debilitan el poder de inhibición, relajando sus resortes.

La pasión ha de ser conciliable con los intereses sociales, y la emoción ha de ser justa y no imputable al agente.

Una provoción, una amenaza, una ofensa, son ocasionadas a causar irritación, miedo, dolor, ira. En tal estado el agente no es idéntico a sí mismo: es un yo diferente que reacciona en condiciones anormales.

Pero es menester que la provocación, que la ofensa sea inmerecida, injusta, no imputable al ofendido, no provocada por éste con otra ofensa o provocación suficiente.

No es necesario, en cambio, que la ofensa sea en la persona: puede serlo a través de sus intereses o de personas ligadas por vínculo de parentesco, como los padres, los hijos, el esposo, el hermano; de suerte que puede ser directa o indirecta, inmediata o mediata.

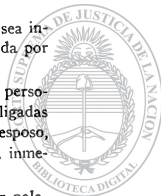
La forma no hace al caso: puede ser de hecho, por palabra, acciones, escritos, o simbólica.

Tampoco tiene importancia el que la persona se halle presente o ausente, sino es para determinar el grado de intensidad, según el transcurso del tiempo, con lo que se introduce una consideración de otro orden.

El transcurso del tiempo reviste indudablemente gran importancia. Es bastante generalizada la opinión de que la ofensa ha de ser relativamente próxima, porque de haber transcurrido cierto tiempo parecería encontrarse más bien un impulso vengativo y premeditado que un movimiento primo e irreflexivo. Pero Rivarola examina un caso de perturbación progresiva, y Alimena sostiene que no puede sostenerse *a priori* que el transcurso del tiempo impida apreciar la atenuante, puesto que no es él sino uno de tantos elementos, y porque la atenuante no nace de la causa provocadora sino del estado de ánimo inducido por ella, el que puede ser más o menos duradero. Y va todavía más lejos al sostener que la atenuante procede aun cuando se busque la ocasión y el motivo de reaccionar, siempre que la reacción se produzca durante el ímpetu.

No bastará por cierto una ofensa cualquiera. Sería menester examinar la calidad de las personas, sus vínculos y antecedentes, las circunstancias de lugar, tiempo, modo, etc., por lo mismo que hay ofensas que sólo son tales para ciertas personas, viniendo de determinadas personas, recayendo sobre cosas también determinadas y en determinadas condiciones.

Puede invocarse contra el irresponsable, en algunos casos, como el ebrio y el loco, y con motivo de hechos dolosos o culposos, pero no contra el ofensor que hubiere sido antes objeto de una provocación suficiente por parte del autor del hecho.





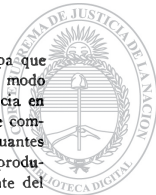
El código derogado se refería a esta atenuante en el art. 83 incs. 4º y 6º de una manera general, y especialmente con carácter calificativo en los arts. 114 inc. 1º y 115. También la ley 4189, en el art. 17 caps. I incs. 4º letras a) y c) y 5º, y II inc. 5º, con este último carácter. Hay aún más: la elevaba expresamente a la categoría de eximente en los casos particulares del art. 81 incs. 12º y 13º, y le daba cabida en general en el inc. 1º (argumento del art. 83 inc. 6º) El código vigente asigna a la emoción el valor de atenuante calificativa en el homicidio (art. 81 inc. 1º letra a), cuando es violenta y excusable en razón de las circunstancias.

La similitud de la ofensa a los parientes nace de las disposiciones siguientes: arts. 75, 80 inc. 1º, 81, 82, 92, 93, 107, 122, 133 y 142 inc. 2º Ellos se relacionan con esta similitud y con el carácter atenuante de esos motivos, aunque en forma indirecta y calificativa. Pero debe considerárselos comprendidos en las circunstancias genéricamente previstas en el art. 41, así como en calidad de eximentes quedan comprendidos en las previsiones del 34 inc. 1º

Puede considerarse incluida, finalmente, en este mismo grupo, toda otra causa de perturbación accidental no completa de las facultades mentales, o de disminución en la libertad en el obrar, como la *miseria* y cualquier otra necesidad apremiante, y la *instigación* y la *sugestión*, de las que se trata en los números 109 y 113.

El proyecto de Tejedor, el de 1891 y el suizo, reconocen como causa de atenuación el ascendiente que la persona del instigador tenga por su edad, vínculos de dependencia, superioridad u otro motivo análogo, sobre el culpable que haya obrado por persuasión, promesas artificiosas, orden o amenaza; y otro tanto respecto de la miseria apremiante u otra necesidad urgente, circunstancias éstas que las Partidas, y también los códigos de Friburgo y Neufchatel, elevan en ciertos casos a la categoría de eximente, conforme a la opinión de Grotius, Puffendorf y Perrier. El código hace, en el art. 41, mención expresa de la miseria y de la dificultad de proporcionarse el sustento propio necesario o el de los suyos.

También en el *error* puede verse una fuente de motivos de mitigación de la pena: ya sea porque creyó el culpable de



buena fe en la existencia del hecho provocador sin culpa que le sea imputable, o porque, siendo cierto, creyó del mismo modo que revestía carácter ofensivo, etc. Así mismo lo beneficia en el *errore personæ* y en el *errore ictus*; o porque no se le computan las agravantes, o porque se le computan las atenuantes que se le habrían computado si el error no se hubiese producido. Véase el n° 115 de este tomo, y la parte pertinente del capítulo de los delitos contra la vida.

Según el proyecto italiano, en el error de hecho (*errore personæ*, *aberratio ictus*) no perjudican las condiciones o calidades de la víctima, pero perjudican o favorecen las modalidades del proceso criminoso (alevosía, p. e.) y las calidades o condiciones personales y los vínculos con el ofensor de la persona contra quien iba dirigida la acción.

Del *móvil* y la *intensidad del dolo* se trata en el n° 132.

Otras atenuantes de las de este grupo se relacionan con las *causas jurídicas* de la responsabilidad.

Hállanse éstas formadas principalmente por el *exceso* en la defensa de los derechos, el cumplimiento del deber y el ejercicio del derecho, la autoridad o el cargo, así como en los casos de necesidad (art. 34, ins. 4°, 5°, 6° y 7°, y en cierto modo el 2° y 3° del código).

No se trata del exceso intencional, como es el abuso de autoridad, sino del exceso culposo, por error de cálculo o de apreciación de la necesaria y justa proporción entre el medio y el fin legítimo que el sujeto se propone alcanzar, debido a su estado de espíritu, a su temperamento impresionable o nervioso, etc.

El exceso en tales casos tiene en el código (art. 35) una atenuación calificada a título de culpa.

La imposibilidad del delito, por fin (art. 44), puede considerarse incluida en este grupo.

b) El otro grupo, que sin tener su raíz en causas de irresponsabilidad, sólo demuestra la menor temibilidad del culpable, hállese formado por un conjunto de circunstancias de índole varia, como ser: *la edad, el sexo, la educación, el arrepentimiento, la sugestión tumultuaria y la prescripción incompleta. De los antecedentes, la conducta, la extensión del daño, la enti-*



dad del peligro, la ocasión y el grado de participación, se trata en el n° 132.

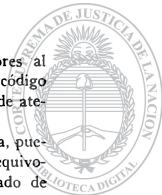
Si el culpable es un *menor de edad*, habrá motivo para pensar en la insuficiencia transitoria de los resortes inhibitorios, y esperar que esa causa desaparecerá en breve bajo la influencia de medidas adecuadas. La vejez influye por una consideración diferente a la de los menores, aunque del punto de vista del carácter moral de la responsabilidad sea la misma.

Este motivo de atenuación no desaparece en el sistema del tratamiento especial para menores adoptado por el código, en el que se la estima como calificativa para la edad de transición (14 a 18 años), y se autoriza a reducir la pena a la proporción para la tentativa.

La edad influye a veces a manera de atenuante calificativa, cuya virtud es en el caso la de hacer substituir ciertas penas por otras (arts. 7, 10 y 37).

Ardua cuestión es la que se refiere a *el sexo*. De un lado están los que afirman la menor responsabilidad de la mujer por razones de cierta inferioridad (el derecho romano, el canónico, Kleinchod, Spangeberg, Carmignani, Bonneville, Bucellati, Ziino), y de otro los que, sin desconocer los estados de responsabilidad disminuída, y hasta de irresponsabilidad, provenientes de procesos fisiológicos provocados por la preñez, el parto y la lactancia, y reconociendo que a causa de su menor participación en la vida social ignora regularmente ciertas leyes o nociones jurídicas de la vida de relación, como así mismo que existe una psicología sexual basada sobre diferencias anatómicas y fisiológicas que influyen para que la mujer y el hombre participen en el amor, la procreación, la lucha y el trabajo de distinta manera, no solamente niegan que en la mujer normal, y por ser tal, no exista el mínimo de conciencia y voluntad exigido para la responsabilidad, sino que sostienen, con los hechos, la mayor resistencia de la mujer para el delito, por los obstáculos que encuentra en su propio temor y pudor, en el amor maternal y el sentimiento religioso (Alimena).

Esto no quita que el sexo, que la ley únicamente tiene en cuenta para el cumplimiento de las penas (arts. 9 y 10), no influya en ciertos y determinados casos, como la defensa legítima, el justo dolor, la instigación, y otros análogos, en los que



la mujer aparece evidentemente en condiciones inferiores al hombre, por una razón inversa a la del art. 84 in. 10 del código derogado, y a cuyo favor es más fácil hallar un motivo de atenuación que para un hombre.

La *ignorancia*, la falta de *educación*, la menor cultura, pueden, en determinados casos, dar lugar a apreciaciones equivocadas, a interpretaciones erróneas respecto del significado de la acción.

El *arrepentimiento* sincero, demostrado por su entrega o confesión espontánea, por su esfuerzo en evitar mayores perjuicios o reparar los causados, son demostraciones de una menor temibilidad. Esta atenuante era conocida en el derecho romano y el canónico, figura en el anteproyecto sueco, y figuraba en los proyectos y el código derogado.

La *reparación del daño*, a la que en la actualidad se concede tan grande importancia, a tal punto que el código subordina a ella la libertad condicional, (ver el n° 193), la reviste aún mayor en el proyecto suizo, en el que también se subordina a ella muchas de las instituciones y beneficios establecidos en favor de los delincuentes; como la libertad condicional, la condena condicional y la rehabilitación del condenado. Puede verse los ns. 73, t. I, y 171.

Todas estas atenuantes figuraban en el proyecto de Tejedor y el de 1891, y caben en el enunciado genérico del art. 41, en el que la educación se halla citada expresamente.

La *sugestión*, de la que en general se trata en el n° 109, tiene particular importancia como atenuante, tratándose de la que ejerce la multitud sobre el individuo. Así lo establece el proyecto italiano a base de los estudios hechos acerca del poder comunicativo del mal ejemplo, la ira, el miedo, el entusiasmo, etc., que del conjunto irradia sobre el individuo. De aquí la tendencia a extremar el rigor contra los agitadores, y a mitigarlo respecto de los que actúan bajo la influencia de la dirección y del ambiente en que la masa se mueve y agita.

La *prescripción incompleta*, finalmente, del proyecto intermedio tomada por el código derogado (art. 83 in. 9°), e incluida en los proyectos suizo y sueco, revela, cuando el individuo se ha conducido bien durante ese tiempo, que la sociedad se encuentra en presencia de un sujeto susceptible de readaptación;



aparte de que si la prescripción completa cubre la falta, justo es que la incompleta la disminuya.

Tanto esta atenuante como el arrepentimiento, constituyen parte integrante de la conducta del culpable, de la que se trata en el n° 132.

El proyecto italiano agrega las excepcionales y excusables condiciones personales o de familia.

131. — Son *agravantes* todas aquellas circunstancias que revelan una temibilidad superior a la que podríamos considerar normal, dentro de la anormalidad del delito, ya que se ha dado en hablar de delinquentes normales.

Así como las atenuantes manifiestan la menor temibilidad del delincuente, y dan lugar a procederse con él en forma benigna, las agravantes, demostrando el mayor peligro que para los intereses sociales protegidos el mismo representa, provocan la adopción de más severas medidas.

Regularmente las agravantes, a diferencia de las atenuantes, son objetivas o reales, porque nacen del delito. Puede recordarse como excepción la conducta del culpable.

Por lo mismo casi siempre son concomitantes o subsiguientes.

Se caracterizan también por constituir en numerosos casos condiciones propias de ciertos delitos, y hallarse previstas con más frecuencia que las atenuantes en calidad de circunstancias calificativas.

Unas derivan de la *calidad*, la *cantidad* y las *condiciones personales* de los *participes* y de la *víctima*; otras de los *vínculos* que unen al agente con la víctima, ya sea por razón de *parentesco* o *amistad*, o de mayor *respeto* o *dependencia*; otras de la razón de *modo*, *medio empleado*, *tiempo* y *lugar*; otras, en fin, del *grado de participación*, la *indole del motivo*, la *intensidad del dolo* y la *extensión del daño*, la *entidad del peligro*, la *concurrency de varios delitos*, y la *conducta y antecedentes del culpable*, entre los que figura en primer término la reincidencia.

Ejecutar el hecho *prevaleciendo del carácter público* que se inviste (no abusando de sus funciones, porque en tal caso se incurriría en un delito por sí mismo), o con el *auxilio de otras personas*, importa ejecutarlo en condiciones de particular gra-



vedad, puesto que al mismo tiempo que se disminuye la fuerza defensiva de la víctima se asegura mejor la impunidad del culpable. El concurso de varios partícipes es a veces condición del delito, como en el duelo, la sedición y la rebelión, y otras, circunstancia calificativa. En el primer caso el *non bis in idem* impide tomarla nuevamente en consideración.

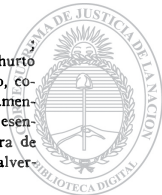
Si la víctima es digna de mayor protección, o por el carácter público que inviste o porque es más débil en razón de ser *mujer, menor, anciano, desvalido*, hallarse enfermo u otro motivo análogo, el delincuente pone en claro su mayor desprecio por el principio de autoridad, o su bajo nivel moral al abusar de su superioridad sobre la inferioridad manifiesta de la víctima. Claro está que ha de conocerse tal investidura y abusarse de esa inferioridad. No hay agravante, en consecuencia, si la víctima provocó el acto, o si es de la esencia del delito que la víctima sea mujer o menor. Es de tener en cuenta, por lo demás, que no se trata del desacato, del atentado, ni de ningún acto que importe por sí mismo un ataque al funcionario en desempeño de sus funciones.

Algo análogo cabe decir del que no se detiene ante las obligaciones que imponen los vínculos del *parentesco*, la *amistad*, el *respeto*, la *gratitud*, la *consideración* (ser el culpable, en los delitos contra la honestidad, sacerdote, maestro, guardador, etc., de la víctima) toda vez que, venciendo esos obstáculos puestos en el camino del delito, acusa el agente una maldad no común. Véase el argumento de los arts. 122 y 142. El art. 125 equipara el concubinato al parentesco.

El parentesco no es precisamente el legítimo: puede lo mismo tratarse del natural y aún del adulterino. La agravante nace de la mayor temibilidad demostrada por quien no se detiene ante el obstáculo puesto por el afecto y la consideración cuya fuente es el vínculo de sangre, no el civil. Véase el n° 77 t. I. Respecto de la nulidad del matrimonio puede verse lo que se dice al respecto en el homicidio (parricidio).

La calidad de la persona, lo mismo es agravante en el ofensor que en el ofendido, según el caso. Así, mientras en las lesiones será agravante la calidad de tutor en el herido (con relación al heridor), en la violación lo será en el violador.

De la *alevosía* y el *ensañamiento* se trata en el homicidio.



También la *astucia*, a veces indiferente, como en el hurto y la usurpación, el *fraude*, a veces de la esencia del delito, como en la defraudación y en la quiebra, el *disfráz*, estrechamente relacionado con la alevosía, y el *abuso de confianza*, esencial en la defraudación, la revelación de secretos, la soltura de presos, la infidelidad en la custodia de documentos, la malversación, etc.

Agrava singularmente el delito, por una razón parecida a la de la alevosía, el *disfráz* o el concurso de varios partícipes, y la *naturaleza del medio empleado*, como entre otros el *veneno*. Se relaciona esta agravante con la premeditación y la alevosía, y sólo es posible en el homicidio, las lesiones y los daños.

La *fractura o el escalamiento* de lugar cerrado, cuya gravedad se acusa por sí sola, puesto que demuestra en el criminal una mayor audacia al allanar las defensas opuestas al delito, disminuyendo su eficacia y produciendo mayor alarma, casi siempre constituye un delito perfecto, el de daño o violación de domicilio, en cuyo caso puede proceder la aplicación de las reglas sobre acumulación de delitos. En otros casos, como en el de robo, oficia de agravante calificativa.

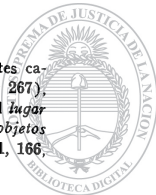
El proyecto sueco computa el hecho de valerse de un irresponsable, subordinado o agente de buena fe.

Igualmente el *tiempo*, si por haberse cometido el hecho de noche, p. e., hubiese producido mayor alarma.

Del mismo modo el *lugar*, como si se cometiere el delito en despoblado, o en lugares en que la autoridad pública se encuentre ejerciendo sus funciones. Cometer el delito en despoblado es agravante calificativa en el robo.

El proyecto italiano incluye la precocidad, la mayor insensibilidad moral y el haberse valido de menores, deficientes, locos, etc.

De la *reincidencia* y la *reiteración* se trata por separado en el capítulo siguiente, dada su excepcional importancia, y en el número siguiente *del parentesco, el grado de participación, la ocasión, la índole del motivo, la intensidad del dolo, la extensión del daño, la entidad del peligro y la conducta y antecedentes del culpable*, dado su doble carácter de atenuantes y agravantes, según el caso.



Prevé el código en la parte especial como agravantes calificativas: *el medio* (arts. 80, 92, 105, 125, 142, 163 y 267), la *simulación de orden o autoridad* (arts. 142 y 168), el *lugar* (arts. 166, 167 y 184), la *naturaleza y destino de los objetos* (arts. 184 y 186) y el *concurso de personas* (arts. 121, 166, 167, 184 y 238).

132.—Corresponde considerar aquí una serie de circunstancias que, a diferencia de las tratadas en los dos números precedentes, no revisten el carácter unilateral de agravantes o atenuantes, sino que son una u otra cosa, según el caso. Tales son las expresadas en el párrafo precedente.

El parentesco es atenuante en los casos previstos por los arts. 81 incs. 2º y 3º, y 105, y agravante en el 80 inc. 1º, 92, 105, 107, 122, 123, 125, 133 y 142. Es eximente en el 185 y 278, y es condición en el adulterio.

La *participación* que el culpable haya tomado en el hecho, dice el art. 41, debe igualmente ser tenida en cuenta. Según sea ella más o menos importante o eficaz, directa o indirecta, próxima o remota, la infracción aumentará o disminuirá en gravedad. Sin perjuicio, naturalmente, del grado de participación, que a título de autor o cómplice le haya fijado ya la ley, con lo que la regla *non bis in idem* sufre una nueva excepción.

“Cuando excitados sus deseos por una *ocasión* imprevista “e inopinada, dice Tejedor, el culpable ha sido arrastrado instantáneamente a la ejecución del crimen”, habrá por ello motivo para atenuar la pena; como en el caso propuesto por Chauveau, del que se apodera de la cosa que encuentra casualmente. Agréguese aún que ella sea pan y el que lo toma un hambriento.

Al contrario, habrá motivo para agravar la pena, si, como dice el mismo Tejedor y dispone el proyecto de 1891, el culpable ha buscado expresamente la ocasión. A lo que puede agregarse; o si se ha aprovechado de una ocasión calamitosa para la víctima, como los casos previstos en el art. 163 inc. 2º, de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente ferroviario, asonada o motín, o facilidades provenientes de cual-



quier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado.

La *índole del motivo* es un dato al que, habiéndosele concedido importancia en la edad media, y descuidado después, actualmente se lo tiene en señalada consideración, por obra indudable de la escuela positiva, con Ferri y Garófalo a la cabeza.

Según que el móvil del delito es respetable, como cuando procede un sentimiento de honor, o al contrario aparece torpe, como el lucro o la venganza; no solamente la pena del delito disminuye o aumenta en calidad, sino que se atenúa o agrava dentro de los límites previstos. A veces es también condición del delito y otras eximente.

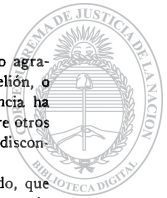
“La índole moral del impulso a delinquir — escribe Rivarola — es ciertamente un criterio de la mayor importancia para alcanzar la medida de la responsabilidad. Entre el “que obra exasperado por un conjunto de circunstancias que “le producen un furor extremo y el que ejecuta el delito por “el vil estímulo del lucro, media tal distancia que la conciencia más ruda la percibe con extrema facilidad”.

A él se refieren Tejedor y los últimos proyectos, y el código hace mérito del mismo en forma genérica en el art. 41, y en forma calificativa en los arts. 125, 126, 130, 138 y 300 en calidad de condición de la infracción, en los arts. 80, 100, 142 y 184 en calidad de agravante, en los arts. 81, 83, 97 y 107 en calidad de atenuante, y en los arts. 86, 101, 115, 152 y 156 en calidad de eximente.

Puede verse lo dicho en el n° 85, t. I.

También *el dolo*, según sea menos o más intenso, puede dar lugar a una atenuación o una agravación de la pena. Así el dolo preterintencional es atenuante calificativa en los arts. 81 inc. 4° y 87, y es agravante el premeditado, comprendido como está en las enunciaciones genéricas del 41. El que premedita ciertos y determinados crímenes, acusa, a no dudarlo, una mayor perversidad. Y lo que se dice del dolo puede decirse de la culpa.

De la *premeditación* no hace el código un motivo calificante en el homicidio, como lo hacía Tejedor y lo hacen muchos códigos, y es sólo una agravante de carácter ordinario



que, si puede agravar algunos delitos como el citado, no agrava en cambio otros; o por ir implícita, como en la rebelión, o por ser indiferente, como en la injuria. La jurisprudencia ha restringido mucho su aplicación; y así no la computa, entre otros delitos, en el hurto, con lo que Rivarola se manifiesta disconforme.

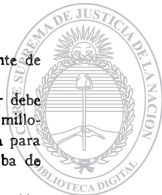
La premeditación es un grado del dolo, el deliberado, que supone el transcurso de cierto tiempo entre la ejecución y la resolución: es necesario que el propósito y el proyecto sean el fruto de un examen reposado. Mas como el transcurso de un tiempo más o menos largo, lejos de dar lugar a que el ánimo se substraiga a la influencia del impulso criminal, permitiendo que puedan entrar en función los frenos de inhibición, en casos como el citado por Rivarola puede influir para decidir la lucha, más bien en sentido favorable al impulso progresivo reparador de la ofensa y contra el dictado refrenante de una firme honradez.

Se relacionan con la alevosía y la premeditación, la astucia, el fraude y el disfraz, o sea el *modo*.

Y lo mismo que se dice de la intensidad del dolo, cabe decir de la de la culpa. Cuanto menos previsible sea el evento, cuanto más remota sea la relación entre el acto y su consecuencia, la culpa será más leve, y más benigna en consecuencia la pena; y a la inversa.

La *extensión del daño o la entidad del peligro* es también motivo de atenuación o agravación, según sea mayor o menor. Lo preve el código genéricamente y en forma ordinaria en el art. 41, y especial y calificativamente en las lesiones, los delitos contra la propiedad y otros más. No es lo mismo una lesión grave que una leve, ni el peligro es igual en una bomba arrojada a una persona sola que en medio de una multitud. Tampoco es lo mismo tomar un peso que cien.

Hay, sin embargo, en materia de delitos contra la propiedad, cierta tendencia a desvirtuar el concepto y la finalidad de esta atenuante, dándole un valor meramente objetivo, lo que es un error. Hay atenuante ordinaria cuando la intención de no tomar más es clara o presumible, y no cuando la nimiedad del valor resulta de una particularidad ajena a la intención del culpable. Sería el caso del ladrón profesional que arrebató a



una dama lujosamente ataviada una cartera aparentemente de oro o una perla falsa.

Creo aún más; y es que el concepto de escaso valor debe en ciertos casos relacionarse con la víctima. Así para un millonario será escaso valor cien pesos y gran valor cincuenta para un pobre. Todo dependerá de que el culpable se aperciba de esas situaciones.

Como ya se dijo en otro lugar, tratándose de la extensión del daño queda sin aplicación la regla *non bis in idem*; de tal manera que el hecho de que una determinada entidad haya sido ya consultada en la graduación de la pena, no quita que ésta pueda reducirse dentro de sus límites, si el daño resulta insignificante dentro de aquella medida. Así las lesiones levisimas, y los hurtos, robos, defraudaciones y daños de ínfima importancia.

Por último *la conducta* anterior o posterior; especialmente *los antecedentes* del culpable.

Se relacionan con este punto el resarcimiento y demás manifestaciones de un arrepentimiento sincero, al que se ha hecho referencia en el número 130, como así mismo la reincidencia, de la que se trata en el capítulo siguiente.

Es también este un dato al que, como al móvil, asigna singular importancia el derecho moderno. Los últimos proyectos lo tienen en buena cuenta, como igualmente lo tuvo Tejedor. El código se refiere a él expresamente en forma ordinaria y genérica en el art. 41, y luego en la reincidencia.

Se recomendará menos la severidad de la pena, cuanto mejores sean los antecedentes del culpable, cuanto más severas sean sus costumbres, cuanto mayores y más positivas sean las pruebas de una moralidad y honradez dignas de consideración; y v. v.

Hay la tendencia a considerar como atenuante la falta de malos antecedentes, dato absolutamente negativo, que lo único que prueba es que el sujeto no es ni mejor ni peor de lo que puede ser un individuo desconocido, sin antecedentes.

No creo que pueda incluirse entre las circunstancias la *naturaleza del delito*, como lo hace el código, pues lo que es de la esencia es invariable, y lo único que puede variar es lo accidental, entre lo que puede incluirse, cuando más, ciertas mo-

dalidades contingentes de los elementos moral, físico y jurídico, como son el dolo preterintencional, la tentativa en el sistema alemán, y el exceso en la defensa de los derechos, en el cumplimiento del deber, en el ejercicio del derecho, la autoridad o el cargo, y en los casos de necesidad.

Prevé el código en la parte especial, como circunstancias de doble carácter, la *forma* (agravante en los arts. 80, 92, 101, 102, 105, 166 y 167, y atenuante en los arts. 95, 96, 97 y 112) y la *calidad de las personas* (agravante en los arts. 80, 92, 100, 105, 107, 122, 123, 127, 133 y 142, y atenuantes en los arts. 81, 93 y 105).





De la reincidencia y la reiteración

133. — Definición de la "reincidencia". Reincidencia genérica y específica, real y ficta. Sistema de la ley. 134. — Penalidad. Su fundamento y carácter. 135. — La reincidencia y los menores, sus efectos respecto de la condena y la libertad condicionales y la patria potestad. Unicamente hay reincidencia en delitos con penas privativas de la libertad. 136. — Prescripción. Su fundamento y su término. Crítica. 137. — Aplicación de una nueva ley. 138. — La amnistía y el indulto. 139. — Delitos militares. Delitos políticos. 140. — Condenas extranjeras. 141. — Delitos culposos. 142. — Comprobación de la reincidencia. La reincidencia y el sistema federal. 143. — La reclusión accesoria contra los reincidentes considerados incorregibles. Reincidentes comunes y habituales, y reincidencia habitual perpetua. 144. — Definición de la "reiteración" y diferencias con la reincidencia. Concurso (ideal y material) de delitos. 145. — Sistemas de penalidad. 146. — La reiteración en la ley. Medidas de seguridad contra los reiterantes. 147. — La reiteración y las jurisdicciones locales. 148. — Otras consideraciones.

133.—Si la pena es para el delincuente, a cuya personalidad se la procura adaptar lo más exactamente posible, de tal manera que su severidad ha de estar en relación directa con su mayor o menor temibilidad o el mayor o menor peligro social que represente, y si la repetición de dos o más delitos revela una mayor aptitud criminosa, tanto más considerable, si por haber sido ya condenado pone de manifiesto más acentuadamente todavía una tendencia antisocial remarcable y un mayor desprecio por la ley y la autoridad, va de suyo que la reincidencia constituye un elemento de juicio de gran valor en la individualización de la pena.

Ya se ha dicho que la evaluación de la pena no importa otra cosa que la evaluación de la personalidad del delincuente, por el análisis de todos aquellos datos que en alguna forma la traducen, y por cierto que ninguno más expresivo que el que ofrece una actividad encauzada en las corrientes del delito.



Es por eso que hoy, que no se considera el delito sino como uno de tantos modos de exteriorizarse la personalidad del delincuente, se mira en la reincidencia un motivo de apreciación de un valor muy superior al que se le asignara en épocas pasadas.

Reincidencia, por lo demás, es la recaída en el delito después de una o más condenas firmes. No sólo el código así la define, sino que ese es su concepto en la doctrina, y así la definen todos los proyectos, desde el de Tejedor.

Puede ser *específica* o *genérica*, según que la recaída sea o no en delitos de la misma clase. La específica, que era la de las leyes romanas y germánica, fué adoptada por Tejedor y el código derogado, y la genérica por el código, la ley 4189 y los proyectos intermedio, de 1891, y 1906. Siguen este sistema los códigos español, francés y belga, y aquél el italiano.

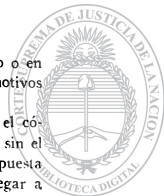
Tan peligroso es el hábito o la profesión que por lo general forma la específica, como la múltiple aptitud que para el delito la genérica demuestra.

Es de anotar, con este motivo, que el reincidente no es siempre el delincuente por hábito ni el profesional del delito. El hábito supone una tendencia persistente al delito, y la profesión implica la adopción del delito como un *modus vivendi*; y es, por lo tanto, regularmente propia del delincuente contra la propiedad.

Puede ser además *real* o *ficta*, según que el culpable haya cumplido o no la sentencia. En el sistema de la reincidencia ficta, o de la sola sentencia firme, como es el de todos nuestros proyectos y el de casi todos los códigos, el fundamento consiste en la temibilidad del delincuente, demostrada por el desprecio a la ley.

Aun cuando el proyecto de Tejedor hablaba de pena *sufrida*, este vocablo se hallaba empleado como sinónimo de condena, usado por los demás proyectos, por el código derogado en el inc. 19º del art. 84 (*castigo* dice) y por la caduca ley 4189 en su art. 15.

Así lo hacía notar aquél expresamente en la nota respectiva, diciendo: "No bastaría, pues, para constituir la reincidencia una información no seguida de condenación, pero después de producido el fallo importa poco que se sufra enteramen-



“te la pena, o que el condenado obtenga indulto en todo o en “parte”. Más categórica es todavía la exposición de motivos del proyecto de 1891 (p. 115).

Los partidarios de la reincidencia real (la adoptan el código sueco y el proyecto alemán de 1909), sostienen que sin el cumplimiento de la pena no es posible afirmar que la impuesta fuese ineficaz. Pero es lo cierto que no es menester llegar a ese convencimiento, para considerar conveniente prevenirse especialmente contra un sujeto que ha demostrado una temibilidad que sale de lo común, por el hecho mismo de recaer en el delito, no obstante la formal advertencia hecha por la justicia en un proceso con un fallo solemne sobre su deber de respetar la ley.

Teniendo en cuenta que el código en sus arts. 50 a 53 usa los vocablos *condena* y *condenado*, y dados los antecesentes anotados, es fuera de duda que la ley argentina adopta el sistema de la reincidencia ficta. Eso es también lo afirmado por la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales.

Es en este sentido que debe interpretarse la palabra *pena* empleada por el art. 51.

134.—Se discute si la reincidencia debe imponer o no una represión más severa. Los que sostienen la negativa, como Carnot y Carmignani, se apoyan en que se violaría la regla del *non bis in idem*, y los que están por la afirmativa, como Carrara, Chauveau, Rossi, etc., arguyen diciendo que en la reincidencia no se toma en cuenta dos veces un mismo hecho, y que todo se reduce a considerar el hecho anterior como uno de tantos datos que, integrando su conducta anterior al delito, sirven para apreciar la temibilidad del culpable, a fin de conformar la penalidad al mayor peligro social que él representa, lo que obliga a una previsión más enérgica y eficaz.

La nota de Tejedor dice al respecto: “La con-
“sagración, pues, del principio de la agravación de la pena en
“caso de reincidencia puede decirse universal. ¿Pero debe de-
“ducirse de aquí su legitimidad? Carnot piensa que con él se
“viola la regla *non bis in idem*, que es una de las bases de la
“legislación. Según él también, la pena del crimen no puede
“agravarse sino en razón de las circunstancias que le concier-

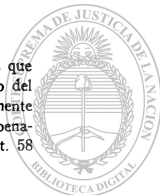


“nen, que le son concomitantes, y que forman con él un todo
“indivisible. Pero estos razonamientos no nos convencen, di-
“ce con mucho fundamento Chauveau Adolphe. Es incontestable
“que sufriendo la pena del primer crimen, el delincuente
“paga completamente su deuda, expía su crimen, no hay que
“pedirle otra vez cuenta de él. Así, no es de este crimen que
“se le pide cuenta sino del segundo solamente. Este segundo
“hecho se produce con una circunstancia que agrava la culpa-
“bilidad del acusado. ¿Por qué el legislador no tendrá el de-
“recho de tomar esta circunstancia en consideración para me-
“dir la pena? Ella no pertenece ni al primer hecho ni al se-
“gundo: pertenece al acusado, caracteriza su moralidad. Aho-
“ra bien, escapando esta moralidad tantas veces a las aprecia-
“ciones de la ley penal, por qué no hacer caso de un hecho que
“la indica y la revela? El legislador, dice con razón Rossi, tiene
“derecho de tomar en cuenta la reincidencia, porque de un la-
“do acusa en el delincuente una gran perversidad moral, y del
“otro revela a la sociedad un agente muy peligroso. En el au-
“tor de la reincidencia hay una culpabilidad especial, moral y
“política a la vez”.

Disienten los de esta última teoría acerca del carácter *calificativo* u *ordinario* de la agravante de reincidencia, según que cambie la pena o influya en su elevación en grado, o sólo en su aumento hacia el máximo, dentro de los términos fijados. Era aquel el sistema de las antiguas leyes y el seguido por los proyectos de Tejedor, y de Villegas, Ugarriza y García. Es también el que adopta el moderno proyecto alemán, aunque sobre la base de una tercera o ulterior reincidencia. El ex senador Rojas aconsejaba la adopción del primer sistema, pero la comisión prefirió el segundo, más en concordancia con la latitud acordada al arbitrio judicial y por esa razón.

En nuestra legislación la reincidencia ha importado siempre una causa de agravación ordinaria, no calificativa; si bien, llegaba a cierto límite, trae aparejada la pena, impropia y llamada accesoria, de reclusión.

El proyecto de 1891 imponía la pena de muerte, en el único caso de una reincidencia en delito que mereciese pena de presidio perpetuo, si el delincuente hubiese sido ya condenado a esa misma pena.



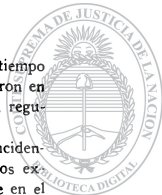
Cabe hacer notar, que aún cuando no todos los casos que prevé el art. 27 son de reincidencia en el sentido estricto del art. 50, por cuanto no se trata de delitos que necesariamente aparezcan penas de cárcel, se reemplaza allí el sistema de penalidad adoptado, por el de acumulación adoptado por el art. 58 para los casos de reiteración.

135.—No computa el código la reincidencia tratándose de menores de 18 años (art. 38), ni de menores de 21, a los efectos de la reclusión accesoria en la segunda condena (art. 51), y establece que priva del beneficio de la condena condicional y de la libertad condicional (arts. 14 y 26), y el art. 308 del código civil priva, al reincidente profesional o peligroso, de la patria potestad.

Debido a una enmienda del senado, sobre la base de la opinión del doctor Angel Rojas y de los proyectos sueco y suizo (p. 66 del informe), la reincidencia se computa únicamente en los delitos con penas privativas de la libertad, concordando así el art. 50 con el 51 y el 52. El cambio de doctrina no afecta, sin embargo, los resultados prácticos, pues para la reclusión (antes deportación) de los arts. 51 y 52, se exigió siempre esa clase de pena, y a los efectos de la medida de la pena, teniendo, como tiene el juez la facultad de moverla entre el máximo y el mínimo sin restricción alguna (art. 40), las condenas anteriores por delitos con otras penas podrán servirle de antecedente desfavorable (art. 41), el que utilizará como lo crea conveniente. Véase además, lo que se dice en el número siguiente.

Aun cuando se computan también las condenas en el extranjero por delitos que puedan, según la ley argentina, dar lugar a la extradición, se trata siempre de penas privativas de la libertad, porque la ley de extradición no la acuerda sino por delitos con esa clase de pena.

136.—Se discute así mismo si debe o no admitirse la *prescripción* en la reincidencia, decidiéndose la doctrina, en general, por la afirmativa. La adoptaban la ley 4189, y los proyectos de Tejedor y de 1906, con casi todos los códigos y tratadistas, entre los que cabe citar a Chauveau, Ortolán, Blanche, Garraud,



Impallomeni, Pessina y Ferri. La razón está en que el tiempo transcurrido demuestra que la pena o la condena influyeron en el sentido de contener al delincuente durante ese tiempo, regularmente largo.

Si es este el fundamento de la prescripción de la reincidencia, se comprende que el término debe en todos los casos extenderse al de la condena, porque no es posible pensar, que en el caso más común, cual es el del condenado que cumple la pena, haya dado pruebas de reforma, y por lo tanto de menor peligrosidad por el hecho de no haber cometido un nuevo delito en la cárcel, encontrándose material y moralmente impedido de hacerlo, si lo hizo apenas recobrada la libertad.

El nuevo código, sin embargo, en el afán de uniformar el criterio sobre la prescripción en materia de condena condicional, reincidencia y extinción de la pena (arts. 27, 53 y 65), ha incurrido en el error de fijar en el art. 53, para la prescripción de la reincidencia, los términos establecidos en el 65 para la de la pena, sin advertir que las condenas más frecuentes, pues representan el noventa y nueve por ciento, como son las penas temporales, quedan sin reincidencia, también en los casos más frecuentes, como son los de su cumplimiento, puesto que se prescriben en un tiempo igual al de las mismas, o sea con su cumplimiento.

Se dará así el extraño caso de no ser reincidente el delincuente que comete un nuevo delito el mismo día de ser puesto en libertad, y de serlo, en cambio, el que lo comete hallándose en condena condicional, libertad condicional, prófugo o cumpliendo la pena, casos realmente poco frecuentes e indudablemente de menor gravedad.

Hay algo más: y es que puede el delincuente prescribir la reincidencia sin haber cumplido totalmente la pena, lo que puede ocurrir con la prisión perpetua (arts. 13, 53 y 65).

Y no se trata ciertamente de juego de palabras, pues el art. 53 dice claramente: "La *condena* anterior no se tendrá en cuenta, a los efectos de *considerar* al reo como *reincidente*, cuando hubieren transcurridos los términos señalados en el art. 65."

¿Ha querido decirse acaso que el término para la prescripción de la reincidencia debe contarse *sobre* el fijado para



la pena? Ni es posible hacer decir semejante cosa al artículo ante sus términos precisos y categóricos, ni cabe suponer que tal haya sido el pensamiento del legislador, porque resultaría que la reincidencia se prescribiría: en las penas perpetuas, a los 40 años en la reclusión y a los 30 en la prisión, y en las mismas temporales de veinticinco años, indudablemente menos graves, a los 50, términos contradictorios e inadmisibles en un sistema de reincidencia temporal o prescriptible.

Aparte de eso, los términos para la prescripción, tanto de la pena como de la reincidencia, corren desde la sentencia firme, con la única excepción, para la de la pena, del caso del quebrantamiento de su cumplimiento (art. 27, 50, 53 y 66, y n° 133) y es por lo tanto imposible hacer decir a la ley lo contrario.

Ahí está, por lo demás el art. 17, que si constituye una excepción al 14, confirma en cambio el precepto del 53, en el sentido indicado.

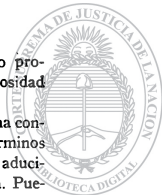
Lo que ha ocurrido es que no se ha reparado en que el art. 65 fijaba un término insuficiente (aún para la prescripción de la pena) para la prisión perpetua (art. 13), y otros también insuficientes para la reincidencia, aunque pudiera considerárseles suficientes para las penas, con relación a la reclusión perpetua y la reclusión y la prisión temporal (arts. 13 y 65). pues no es lo mismo prescribir la pena que el antecedente personal.

Consecuencia de ello será que el art. 14 no tenga aplicación en el mayor número de los casos. Afortunadamente los tribunales no están obligados a conceder la libertad anticipada (art. 13), sabia medida que por ventura puede contribuir a realizar el propósito por el legislador puesto de manifiesto en el artículo 14.

Felizmente tampoco perjudicará la parte respectiva del art. 41, dada la también sabia amplitud de facultades acordada a los jueces por el art. 40.

En cuanto a los arts. 51 y 52, tampoco hay que lamentar consecuencias perjudiciales, puesto que, según se hace ver en el n° 143, la disposición del 53 no le son aplicables.

En resumen: se ha incurrido en un error deplorable, aunque por suerte sólo del punto de vista doctrinario, seguramente por inadvertencia, porque no se explica semejante desarme



frente al enemigo, en un código animado de un franco propósito de luchar, con las mejores armas, contra la peligrosidad social del delincuente.

137.—Se discute igualmente si se tendrá en cuenta una condena impuesta bajo el imperio de una *ley derogada*. En términos generales la afirmativa se impone por los fundamentos aducidos para apoyar su penalidad y la de la reincidencia ficta. Puede, sin embargo, hacerse una salvedad respecto al caso de condena por delito que haya dejado de figurar en la nueva ley.

138. — No se computa en los casos de amnistía y algunos de *revisión*, y sí en los de *indulto*, *conmutación* y *libertad y condena condicionales*, porque sólo aquélla borra el delito anterior. Los demás únicamente quitan, cambian, disminuyen o suspenden la pena, sin borrar el delito ni destruir los efectos de la condena. De los casos mencionados, el art. 50 únicamente exceptúa los amnistiados.

Explicando por qué no había incluido en la excepción los amnistiados, como lo hacen los proyectos de 1891 y 1906, la comisión de diputados decía en el informe (p. 94), que la amnistía borra el delito, el que por lo tanto jurídicamente es considerado inexistente. Los autores del proyecto de 1891, seguido por el de 1906, no admiten esa teoría, y fundan la exclusión en razones de otro orden (p. 115). Véase el n° 193, y respecto del caso de revisión el 37 del t. I.

139. — Con relación a los delitos militares se excluye los propiamente tales, como lo hacían el código derogado y el proyecto de 1906. Y la razón está, por una parte, en la naturaleza de tales actos, y en el criterio que informa su penalidad y la solución del juicio, pues no afectan la moral y el interés social, sino que se relacionan con preceptos inspirados en el exclusivo interés de mantener la disciplina y el respeto a la institución, y por otra, en que el criterio de los jueces militares no es el mismo con que los jueces civiles aprecian los actos humanos y la función penal.

Se excluye, finalmente, y así también lo disponía la ley derogada, los *delitos políticos*, porque se considera que el delincuente político no obedece a móviles antisociales. Tan es así, que son muchos los revolucionarios cuya memoria se ha perpetuado por la opinión pública en el bronce o en el mármol.

Los exceptuaba igualmente el proyecto de 1906, y no quedaban comprendidos, por no revestir carácter exclusivamente político, los delitos llamados sociales.

140. — Es generalmente negada la aplicación de la reincidencia en virtud de *sentencias extranjeras* (Merlín, Chaveau, Bertauld, Haus, Carrara). Los proyectos alemán y suizo la computan.

El código, por modificación introducida por la comisión del senado, la aplica en tales casos, a condición de que el delito sea de los que dan lugar, según la ley argentina, a la extradición.

El criminal no reconoce fronteras, dice Stoops, y la comisión del senado ha tenido en cuenta, al introducir la modificación, la opinión del extinto doctor Angel Rojas y el voto del Congreso Penitenciario reunido en Washington en 1910.

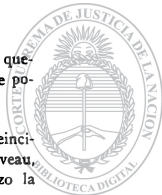
En el mismo sentido el proyecto italiano.

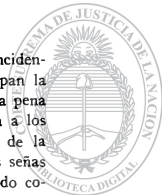
Se arguye, en contrario, diciendo que pueden ser distintas las leyes de forma y de fondo y menores las garantías de la bondad del fallo. Pero dados el estado de progreso de la legislación y la realidad de las garantías del juicio de que se goza en las naciones civilizadas, el argumento carece de fuerza. Bastaría, por lo demás, establecer salvedades. De todos modos la teoría no nos conviene, por ser el nuestro un país de inmigración, ni consulta las conveniencias del interés universal, que consiste, o debe consistir a la hora presente, en aunar esfuerzos encaminados a reducir la delincuencia a su menor expresión.

141. — Cabe discurrir, por otra parte, si se la computa en los *delitos culposos*, siendo admitida la afirmativa en modo general, excepción hecha de los casos de delitos culposos unos y dolosos otros, según Carrara, Crivellari, Pessina y el código italiano. En contra de esta limitación Florián y Altavilla. Tejedor excluía los casos de culpa, siguiendo el sistema bávaro. El proyecto alemán habla de delitos *voluntarios*, y el italiano los excluye expresamente.

La ley guarda silencio sobre el particular, y en cuanto a las faltas puede verse el proyecto italiano que las excluye.

Véase lo que se dice al respecto en el n° 99, t. I.





142. — La verdad es, en medio de todo, que la reincidencia es uno de los graves problemas penales que preocupan la atención de los poderes públicos, que ha dado origen a la pena de deportación, y que ha impreso una gran importancia a los sistemas de identificación, los que, empezando por el de la fotografía (hoy de uso policial), siguiendo por el de las señas particulares, el antropométrico de Bertillón (desautorizado como prueba judicial), el del retrato hablado (de aplicación exclusivamente policial), han culminado en el dactiloscópico de Bucetich, hoy adoptado en todas las naciones civilizadas, y en el modernísimo *poroscópico* de Locard.

"Según datos recientes, escribe Cuello Calón, Alemania, Inglaterra, Bélgica, Holanda, Italia y Rusia serían los países más afligidos por este mal. Sus causas son muy complejas; pero una opinión, compartida por muchos penalistas, achaca la culpa principal al excesivo abuso que los sistemas represivos dominantes hacen de las penas de cárcel de corta duración." En el mismo sentido Saldaña, Heilborn, Bonnevill de Marsagny, Rosenfeld, Mitelstädt y Ferri.

La misma observación cabe respecto del abuso de la condena condicional (Saldaña, Pareto, Beranger, Simons, Lombat).

Puede verse lo dicho en los núms. 34 y 90, t. I.

Con la reincidencia ocurre entre nosotros que su represión está limitada a cada jurisdicción aisladamente, no obstante la unidad de legislación en materia penal, a causa de carecerse de una oficina central de comprobación de la misma en todo el país, y de la conveniente coordinación entre las distintas jurisdicciones locales.

Mucho se ha escrito en el sentido de conseguir la creación de esta oficina, y no ha faltado alguna tentativa al respecto, desgraciadamente sin resultado. Día vendrá, sin embargo, en que esa necesidad se resuelva favorablemente, y en que, por convenios internacionales, se llegue a la creación de oficinas intercontinentales, de suerte que la lucha contra la reincidencia, hoy aislada, se armonice en una obra combinada y de conjunto, sin relación a los límites territoriales, que es lo que a nosotros, por tratarse de un país de inmigración, más que a ningún otro interesa.



Actualmente se encuentran a la consideración de la cámara de diputados dos proyectos: uno presentado en 1917 por la comisión especial de su seno, de legislación penal y carcelaria, en el cual, juntamente con lo concerniente al régimen de las penas de cárcel, y creación del patronato de liberados y de la escuela de guardianes y celadores, se provee a la de la oficina de estadística criminal y registro de reincidencias; otro, en este último sentido, ha sido presentado en 1918 por el ministro de justicia.

Este es más reglamentario, no obstante lo cual no determina su alcance con relación a las jurisdicciones locales, punto constitucional que el primero prevé y resuelve en el sentido de promover convenios tendientes a obtener la unidad y uniformidad del registro en todo el país. Es, por lo demás, la única solución posible dentro de nuestro sistema federal de gobierno.

143.—El gravísimo mal de la reincidencia, contra el cual resultaban ineficaces la severidad en la calidad y cantidad de las penas, y el que se hacía sentir con mayor intensidad en los centros poblados, convertidos de ordinario en focos de industrialización o profesionalismo del delito, hizo pensar a algunos países, entre ellos Francia e Inglaterra, en la necesidad de arbitrar medios más eficaces, y en esa corriente de ideas se llegó a sistematizar la deportación, fuente originaria de colonias prósperas primero y países civilizados luego.

Se trataba de alejar tan pernicioso elemento del medio profícuo, colocándolo en la imposibilidad de continuar en ese género de vida, librando de tal suerte a las grandes ciudades principalmente de tan molesta y perniciosa plaga.

Entre nosotros fué la ley 3335 la primera que tomó tal providencia; pero la circunstancia de que se limitasen sus efectos a la capital y territorios federales y a los delitos de penas menores en tercera condena, no solamente planteaba en el fondo una cuestión constitucional, sino que, además de insuficiente, prácticamente resultaba en muchos casos ineficaz.

Esta anómala situación no fué modificada por la ley 4189, que, tomándola del proyecto de 1891, con algunas modificaciones en cuanto a la autorización para ausentarse el deportado, bajo ciertas condiciones, adoptó la deportación de ciertos rein-



cidentes, a un paraje adecuado en los territorios del sud, designado por el P. E.

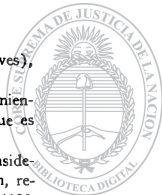
Aunque esta medida fué adoptada para todos los delitos y todas las penas restrictivas de la libertad, y además con relación a la reincidencia genérica, quedó subsistente, sin embargo, para los casos especiales que preveía y con relación únicamente a la reincidencia específica, aquella ley de carácter local, carente, por lo demás, de las medidas precaucionales (tiempo indeterminado, obligación del trabajo, etc.) que adoptara la ley 4189.

El inconveniente era tan notorio, que el proyecto de 1906 intentó subsanarlo; si bien lo hizo, en verdad, con poco acierto, pues se limitó a salvar el reparo constitucional, haciendo extensiva la medida a todo el país, en tanto que dejaba subsistente esta deportación de reincidentes por segunda vez en delitos de penas menores y por el tiempo de la condena (deportación *sui generis*, deportación mínima), apareada a la deportación general para los demás reincidentes (deportación máxima, o más propiamente común), sin razón valedera y sin objeto práctico alguno.

Es ese el origen del art. 51 que dispone, que “Los reincidentes por segunda vez, condenados a penas restrictivas de libertad que excediere de dos años, *cumplirán su condena con reclusión* en un paraje de los territorios del sud”. “La pena de privación de la libertad que el procesado sufrió antes de haber cumplido veintiún años, agrega, no podrá computarse le para la agravación de la pena”.

Comparando este artículo con el 52, se saca en consecuencia que los casos de aplicación son los siguientes: dos condenas anteriores de prisión hasta veinticinco años; tres, de las cuales sólo una es por más de tres años; cuatro todas por menos de tres años; dos de reclusión, o una de reclusión y otra de prisión, por tiempo no mayor de tres años. Todas ellas deben ser por tiempo mayor de dos años.

“Cumplirán su condena con reclusión”, dice el artículo, lo que importa desnaturalizar la deportación. En realidad lo que se hace es substituir la pena de prisión, que le corresponde por el delito en cuya virtud se le condena, por la de reclusión (si es que no es ésta la que corresponde imponer, en algunos



de los pocos casos en que ésta pena se aplica por delitos leves), y hacerla cumplir en una cárcel determinada.

No hay, pues, ni deportación ni relegación o confinamiento, puesto que el condenado no queda en libertad, sino que es encerrado en una cárcel.

De la otra medida máxima o común contra los considerados incorregibles, que viene a substituir a la deportación, relegación o confinamiento ordinario, del art. 11 de la ley 4189, impuesto a los recalitrantes como medida de seguridad, se ocupa el art. 52.

La impone la ley a título de pena *accesoria de la última condena*, en concepto de *reclusión* y por tiempo *indeterminado*, cuando mediaren: dos condenas a reclusión y otra a prisión por más de tres años; tres de prisión por más de tres años o una de reclusión y dos de prisión de tres o menos; cuatro de prisión siendo una mayor de tres años; cinco de prisión de tres años o menos. Además en el homicidio calificado previsto por el art. 80.

Se la impone como accesoria de la última condena, no obstante el absurdo hecho notar, entre otros por el doctor A. Rojas, cuando es lo cierto que la reclusión viene a ser la pena única, reduciéndose lo accesorio a lo que ya se ha hecho ver al considerar el art. 51: la substitución, en su caso, y por tiempo indeterminado, de la prisión por la reclusión y el cumplimiento en una cárcel determinada.

En los casos de ambos artículos, no hay, pues, pena accesoria, ni deportación, ni relegación, ni confinamiento: en una palabra, no hay la clásica medida de seguridad contra los reincidentes.

Y que no se trata de una simple cuestión de palabras. lo dicen claramente el informe de la comisión de diputados (p. 39) y el de la del senado (ps. 68 y 267).

Vale decir, que la pena que se impone al reo, no es la de prisión o reclusión temporal o perpetua que puede corresponderle por su último delito, sino la de reclusión por tiempo indeterminado y a cumplirse en un lugar determinado, pena no prevista en el título II "De las penas".

No era ese, indudablemente, el sistema de la ley 4189. En él la deportación era una verdadera pena o medida de seguri-



dad, realmente accesoria de la pena principal, y por tanto independiente y consecutiva a la misma. Acaso más propiamente complementaria, como observa el doctor J. Herrera.

Consistía en una relegación, en un confinamiento del reincidente en un territorio determinado; pero en libertad y sujeto a una serie de precauciones, como eran la inhabilitación, la vigilancia de la autoridad, la observancia de las reglas de inspección que debía fijar el fallo, y la adopción de arte, oficio o profesión. Una buena conducta observada durante quince años, daba derecho a obtener la exoneración de la deportación.

Estas condiciones no figuran en la ley vigente, por cierto con fundada razón, dado que lo que se impone no es deportación sino reclusión, a título de agravación, según el decir del art. 51.

Por lo demás, la prescripción en materia de reincidencia, nada tiene que hacer con esta reclusión accesoria. Así lo tenía resuelto, bajo el imperio de la ley derogada, la cámara de lo criminal de la capital federal, en razón de tratarse de una medida defensiva contra el delincuente habitual.

Y la razón es clara. Prescribiéndose la reincidencia con el cumplimiento de la pena, no habría caso de aplicación de los arts. 51 y 52, puesto que la anterior condena y las que le precedieran, estarían prescriptas, con arreglo a los arts. 53 y 65. Se trata, por otra parte, no de la represión propiamente de la reincidencia, sino de la defensa contra el hábito que la misma crea y que vuelve a los reincidentes en general incorregibles.

Véase el n° 193 letra c) en cuanto a la libertad condicional.

Los reincidentes, por lo demás, hállese clasificados en el código en dos categorías: los comunes (arts. 13 y 53) y los habituales (arts. 51 y 52). Los habituales son, a su vez, ordenados en dos grupos: los corregibles (art. 51) y los incorregibles (art. 52). Peligrosidad mínima, media y máxima.

Y respondiendo a esa doble categoría, la reincidencia se clasifica por su parte, en orden a la penalidad, en dos clases: temporal o prescriptible (arts. 14 y 53), y perpetua o imprescriptible (arts. 51 y 52).

El proyecto italiano (para terminar con la reincidencia), aumenta el término en la prescripción de la acción, en un tercio para los reincidentes y en la mitad para los habituales, nie-



ga a los mismos la de la condena, salvo pruebas de falta de peligrosidad, y niega así mismo a los segundos la amnistía y el indulto.

144.—Si la reincidencia es la recaída en el delito después de juzgado el delincuente definitivamente por el anterior o anteriores, la *reiteración* es la comisión de dos o más delitos aún no juzgados, así hayan sido cometidos a un mismo tiempo o no, o en distintos lugares, así sea contra una misma persona o cosa, o contra varias, de la misma o distinta clase, por una o varias acciones, no habiendo sido antes condenado el delincuente.

Resulta así que son dos las diferencias existentes entre la reincidencia y la reiteración: consiste una en que la primera supone necesariamente que los delitos sean unos anteriores y otros posteriores, lo que es indiferente en la segunda, y la otra en que en aquella se requiere hayan sido juzgados uno o más de los anteriores al o a los aún no juzgados, lo que precisamente se excluye en la segunda. Mientras en la reincidencia hay un condenado y puede también haber reiteración, en ésta hay sólo un delincuente aun no condenado. Hay en ambos, en cambio, pluralidad de delitos.

La reincidencia, pues, por punto general, es más grave que la reiteración, por cuanto el culpable ha demostrado tener mayor desprecio por la ley. Con todo, caben respecto de la reiteración las consideraciones preliminares hechas respecto de la reincidencia, en orden a la especial temibilidad del reitante con relación al delincuente primario. Y así es como el código las trata en ciertos casos como valores equivalentes, según puede verse en los arts. 26, 27 y 52.

Se usa indistintamente los términos *concurso*, *cúmulo* y *reiteración* de delitos

Propiamente la reiteración supone variedad de acciones, al paso que también hay cúmulo de delitos con unidad de acción.

Combinadas la intención, la acción y el efecto, tres eslabones de la cadena del delito en su proceso de resolución, realización y resultado, o aspectos psicológicos, material y jurídico respectivamente, pueden, según Carrara, dar lugar a cua-

tro casos de concurso de delitos, cuyos caracteres se expresan en el siguiente cuadro:

Intención	Acción	Efectos
una	una	varios
una	varias	
varias	una	
varias	varias	

Ejemplo del primer caso sería hurtar un objeto perteneciente a varias personas; ejemplo del segundo el del delito continuo; ejemplo del tercero el del anarquista que arroja una bomba en un teatro, la que al explotar mata, hiere y destruye; ejemplo del cuarto el del que comete varios delitos contra la misma persona en distintos lugares o épocas, o contra distintas personas o cosas. Respecto del delito continuo puede verse el n.º 20, letra d), t. I.

De aquí la distinción entre concurso *real* o *material* y concurso *aparente*, *ideal*, *intelectual* o *formal*.

Hay concurso *real* o *material*, cuando hay varios delitos, cada uno con la concurrencia de sus elementos (moral, físico y jurídico) por separado; y concurso *formal* o *ideal*, propiamente tal, cuando habiéndose producido varias lesiones jurídicas, lo que constituye una condición *sine qua non* del concurso de delitos, falta la variedad en el elemento material, por ser la acción una e indivisible.

Los autores del proyecto de 1891 tienen por casos de concurso ideal aquellos en que el hecho es uno y cae bajo varias sanciones, y por casos de concurso material aquellos en que los hechos son varios e independientes: en el primer caso hay un sólo delito, puesto que no hay agravación, se aplica únicamente la pena más grave (absorción); en el segundo hay varios, y se aplica el sistema de acumulación relativa, y, de no ser esto posible, el de absorción,

Siguen este sistema, y es por lo tanto para ellos más o menos el mismo el concepto sobre concurso ideal y material, además del código, el proyecto de 1906 y el alemán de 1909, los códigos holandés, belga, italiano, finlandés, sueco, alemán, húngaro, búlgaro, mejicano, venezolano, uruguayo y paraguayo.





No distinguen entre concurso material e ideal, los códigos de Grecia y Zurich.

¿Pero qué debe entenderse por *hecho* en el tecnicismo del proyecto? Aún cuando en el art. 54 el vocablo se halla empleado en el concepto de acción, en los demás se lo usa como sinónimo de delito, o por lo menos de acción y de violación jurídica a la vez.

Así como el acto no es siempre la acción, porque a veces la acción se compone de dos o más actos (tres heridas importan tres actos en la acción única de matar), de la misma manera la acción (entidad material subjetiva) no es lo mismo que el hecho (unidad compleja, subjetiva y objetiva).

Es así como puede cometerse varios delitos por una sola acción: tal un descarrilamiento, un incendio, una inundación, una explosión, una violación con lesión a muerte, un disparo que hace dos víctimas.

Se ve, de tal manera, que nada de común tiene la pluralidad de delitos con la pluralidad de acciones, y que, como se ha visto, en el único elemento que puede faltar la variedad es en el material o elemento medio. Es el puente único por donde pueden pasar varias intenciones, luego diversificadas en varias objetividades o bienes jurídicos violados; es el tronco del árbol donde se unifica el pasaje de la savia procedente de distintas raíces y diversificadas luego en múltiples ramas.

Caben, por lo tanto, dentro del marco de la noción del concurso ideal, algunos delitos unidos por un vínculo de medio a fin (Carrara, Pessina), o los de carácter ocasional o de relación accidental, como el caso de la lesión o la muerte causada a la violada con ocasión o a consecuencia de la violación. En contra Impallomeni y Crivellari (éste t. III, p. 264), quienes excluyen así mismo los cometidos para ocultar otros, o de relación consecencial.

El delito medio no siempre queda unificado en el delito fin, o vice versa. Se unifica cuando el uno constituye un elemento del otro.

En resumen.

El cúmulo de delitos supone variedad en el elemento moral y en el elemento jurídico: a cada lesión debe corresponder



un acto de voluntad, explícito o implícito, sea a título de intención o de mera culpa.

No es necesaria la variedad en el elemento material.

No es lo mismo la pluralidad de lesiones jurídicas (de bienes jurídicos legalmente tutelados, ya sean distintos los bienes y los sujetos pasivos o las lesiones de un mismo bien y una misma víctima) que la variedad de leyes violadas (concepto que Alimena reprocha a Liszt). En el primer caso, a la variedad de lesiones corresponderá una variedad de disposiciones legales o de leyes violadas (un descarrilamiento con daños materiales, lesiones, muertes e interrupción del tráfico, o un homicidio y un hurto), mientras que en el segundo, no obstante la variedad de leyes violadas, puede la lesión jurídica ser una sola (un homicidio cometido por un militar, que, según las circunstancias, puede caer bajo las prescripciones de la ley común y de la ley militar).

En este caso no hay en realidad concurso de delitos sino de leyes violadas. Tratándose de concurso de delitos cabe aplicarse una o más de las leyes violadas, en tanto que en el concurso de leyes violadas no procede más que la aplicación de una.

De aquí que al expresarse el proyecto, diciendo en el capítulo dedicado al *concurso de hechos punibles*, que se aplicará sólo la pena mayor cuando *un hecho* cayere bajo más de una sanción penal, se ha referido a la acción, que, no obstante ser única, puede engendrar más de un delito, y no al delito; porque siendo *uno* el delito no podrá haber *concurso* de delitos, y por lo tanto la disposición se hallaría fuera de lugar.

Ahora bien: en el supuesto del concurso de leyes violadas, el principio es que la especial prima sobre la general. Así lo establecía el segundo apartado del art. 78 del proyecto de 1891, de acuerdo con la doctrina del código de Holanda. Naturalmente, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales, en ausencia de prescripciones particulares (art. 3).

Con más propiedad, y por lo tanto sin dar lugar a dudas, se expresa el código uruguayo, diciendo en el art. 79: "en el caso de que una sola acción constituye dos o más delitos..." Otro tanto el paraguay (art. 48 in. 1º), modelado sobre el uruguayo.



145. — En materia de *penalidad*, hay dos sistemas opuestos: uno que consiste en acumular las distintas penas correspondientes a los varios delitos, y se llama de *acumulación* o de *adición*, o romano, y el otro, que consiste en aplicar una sola de esas distintas penas, la más severa, y es llamado de *absorción*, o francés.

El primero es excesivo y anticientífico, y tiene el inconveniente de no consultar los principios de justicia, y el segundo, que únicamente se explica en los casos de pena de muerte o de reclusión perpétua, el de ser insuficiente, pues importa una autorización implícita para cometer otros delitos de igual o menor gravedad.

Para salvar estas dificultades se ha ideado un *sistema intermedio*, que permite la aplicación combinada de ambos, y que es el que adopta la legislación en general.

Consiste este sistema en aplicar el de acumulación relativa a ciertos casos de concurso real, y el de absorción, absoluta o relativa a los demás. Acumulación relativa, porque da lugar a un aumento en la pena mayor hasta el máximo legal genérico y se impone una sola, y absorción relativa, porque se impone la pena más severa, sirviendo de agravantes los otros delitos.

El proyecto de Tejedor adoptó el de absorción para los casos de concurso ideal y para el de delitos cometidos contra la misma persona o cosa, que él llamaba continuado, y que en el mismo concepto se hallan previstos por los códigos uruguayo (art. 80) y paraguayo (art. 48, inc. 2º), y el acumulativo para los demás; y el de Villegas, Ugarriza y García este último.

El código derogado adoptó ambos; aunque en modo relativo; de absorción para los casos previstos por Tejedor, y de acumulación para los de concurso real con penas de diferente naturaleza, o de la misma, cuando el máximo fuese excedido por la acumulación. Los proyectos de 1891 y de 1906 adoptaron el de absorción absoluta para los casos de concurso ideal, el de acumulación relativa, con el límite del máximo general de la especie de pena aplicable, para los casos de concurso real de delitos reprimidos con penas de la misma naturaleza, y el de absorción relativa para los demás.



El código ha adoptado el sistema de absorción para el concurso ideal (art. 54), y el de acumulación relativa para el concurso real con penas de la misma naturaleza, en cuyo caso se acumula las penas sobre la base del mínimo de pena mayor y hasta el máximo legal de la especie de pena de que se trate, siempre que resulte menor la suma de los máximos de las distintas penas correspondientes a los dos o más delitos (art. 55).

Para el concurso ideal adoptan el mismo sistema los códigos búlgaro, húngaro y alemán, y el de absorción relativa los de Finlandia y Suecia, sistema éste que el código adopta para el concurso real con penas de distinta naturaleza (art. 56).

En este caso se impone la más grave, sirviendo los demás delitos de agravantes, si las penas fueren divisibles, y si una fuese fija, se aplicará ésta, a menos que concurriesen prisión perpetua con reclusión temporal, situación en la que se impondría reclusión perpétua y que puede ocurrir, pues la prisión perpetua va siempre impuesta paralelamente a la de reclusión también perpétua (arts. 214, 215 y 227).

La inhabilitación se aplica sin sujeción a la primera regla del art. 56.

Legisla especialmente casos de concursos de delitos en los artículos 80, 85, 122, 124, 142, 165, 166, 186, 187, 190, 191, 194, 195, 200, 201 y 236, y prescribe en el 57, que la gravedad relativa de las penas de distinta naturaleza, se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el art. 5.

Respecto de la acumulación cabe observar, que el *máximo* legal que no ha de ser excedido según el art. 55, es el máximo que la clase de pena a aplicarse en el caso concreto tiene en el código considerado en su conjunto, máximos que se menciona en el n° 179 letras b) y c). Bien los había fijado, pues, el senado en los arts. 6 y 9, y mal hizo, por lo mismo, en suprimirlos la cámara de diputados, según resulta de los arts. 44 y el citado.

El art. 52 es de aplicación al concurso de delitos, siendo cinco por lo menos, y dos al menos con prisión mayor de tres años. Mi observación sobre la mala colocación dada a esta disposición, fué atendida por la comisión del senado, pero rechazada por diputados, a fin de no alterar la numeración.



Es de advertir que el término *relegación* empleado en el último párrafo del art. 52, ha quedado por inadvertencia. Se trata de *reclusión*, como en la primera parte y en el art. 51. Véase lo dicho en el n° 173, razón que se tuvo en cuenta para suprimir aquel término en el art. 80.

Cabe hacer presente que, con la jurisprudencia francesa (Garraud, "Précis de droit criminel" p. 342), la cámara de lo criminal de la capital federal ha resuelto que las reglas relativas al concurso de delitos no son de aplicación a las faltas, aunque concurren con delitos, pues el código penal y el procesal se refieren a delitos, y el art. 3 del primero a *leyes*; aparte de otras razones.

147.—Otra de las dificultades prácticas deriva de las *distintas jurisdicciones* a la que puede corresponder juzgar al culpable por sus distintos delitos; ya sea porque hayan sido cometidos en distintos lugares, o porque afecten materias sometidas a fueros distintos, o por razón de la calidad de la persona del culpable o de las víctimas.

Cuando los delitos han sido cometidos unos en el país y otros fuera, la excepción es que se los juzgue con arreglo a los arts. 54 y siguientes, pues de acuerdo con los tratados es la regla en casos tales la pluralidad de juicios. Puede verse sobre el particular lo que se ha dicho en los núms. 41 y siguientes del t. I.

Entre nosotros, en cambio, a despecho de la unidad penal adoptada por el código, las leyes procesales, tanto de la capital federal y territorios nacionales como las de las provincias, se han encargado de implantar un sistema del más puro federalismo, disponiendo que el reo será juzgado por cada jurisdicción con abstracción de las demás. Y el sistema va tan lejos, que en el mismo orden nacional se juzga por separado los delitos de fuero federal y los de jurisdicción común. Cabe, por lo tanto, en lo posible, que un sujeto que haya cometido varios delitos en distintas jurisdicciones, resulte al fin condenado a un número tal de penas privativas de la libertad, que por joven que fuese le resultaría imposible el cumplimiento. Puede verse los núms. 55 del t. I, y 181 y 186.



El código salva este inconveniente en el art. 58 al prescribir lo siguiente: “Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado pena mayor, dictar *a pedido de parte* (lo que considero un error y se encuentra en contradicción con el *de pleno derecho* del art. 2) su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidos en los otros”.

“Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla (por su carácter de justicia de excepción), lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso”.

Disponían fundamentalmente lo mismo los proyectos de 1891 y de 1906. Pero en el código se agrega la regla relativa a los casos en que, por razones de diversa jurisdicción, no sea posible la acumulación de los procesos, regla que salva la dificultad sólo en lo posible, ya que la materia de la jurisdicción viene de la constitución y se halla fuera del círculo de las facultades del congreso.

Véase lo dicho al final del n° 134 sobre lo dispuesto por el art. 27, pudiendo agregarse aquí, que, el hecho excepcional de aplicarse en dicho artículo la acumulación a la reincidencia, no autoriza a pensar en que quede comprendida en el art. 58, dada su colocación.

148.—No cabe en lo concerniente a la reiteración hacer los distinguos que se hacen en la reincidencia respecto a los *delitos cometidos en el extranjero* y a los *militares*, porque aquí estas son cuestiones que se resuelven por razón de jurisdicción. En cuanto a los *delitos culposos* y a los *políticos*, la solución no presenta dificultad alguna, y los arts. 54 y siguientes son de estricta aplicación, dado que se trata de unificar la pena, lo que es indudablemente favorable al delincuente, quien, de no hacerse así, sería condenado a tantas penas como delitos. No puede decirse otro tanto con relación a los delitos de acción privada.



Formación y desarrollo del delito

149. — Idea general. 150. — Resolución. 151. — Preparación. 152. — Realización. a) Delito consumado; b) Delito frustrado; c) Tentativa. Sus condiciones. 153. — Tentativa calificada. 154. — Delitos sin tentativa y tentativas impunes. 155. — Tentativa de culpa y de complicidad. 156. — Tentativa imposible. 157. — El desistimiento en la tentativa, y sus efectos respecto del que desiste, sus coparticipes y los delitos conexos. Concepto del desistimiento voluntario. 158. — Penalidad.

149.—El delito, obra de la actividad anormal del hombre, puede, en el proceso de su desarrollo y formación, parangonarse con otras obras producto de su actividad normal. Así, si se toma como punto de comparación una obra escultórica, se verá que es primeramente concebida, luego meditada y finalmente resuelta (proceso interno). El artista se munirá después de la materia prima y de los instrumentos adecuados, dispondrá a continuación las cosas de manera a emprender su ejecución, y por último, una vez convenientemente todo dispuesto, comenzará a realizarla (proceso externo).

Pues bien; aplíquese lo dicho al delito, y se advertirá también cómo esta obra maléfica de la actividad humana, pasa, en el breve período de su existencia, por esos mismos dos procesos: el interno, de ideación, intelectual, psicológico o moral, y el externo, físico o material.

El primero, divisible (concepción, deliberación y resolución), puede ser instantáneo o de cierta duración; el segundo, también divisible, comprende una primera parte, o preparación, y una segunda, o realización. Esta se subdivide a su vez en parcial, incompleta o imperfecta, y total, completa o perfecta, dando lugar la primera subdivisión a la denominación de delito tentado o frustrado, y la segunda a la de delito consumado.



Así como no es indispensable la deliberación en el proceso interno, en el externo no lo es, y, falta a menudo, la preparación.

El principio que rige esta materia es que la penalidad no procede sino en virtud del proceso interno, seguido del externo en grado de realización del delito.

150.—*La resolución* no es un momento simple en la gestación del delito. Comprende, como ya se anticipó, el de la concepción o momento inicial de la aparición de la idea del delito en el campo intelectual, al que siguen el deseo, y luego la deliberación o cálculo de las ventajas y desventajas, o examen o balance de probabilidades y peligros. La resolución, por consiguiente, es el pensamiento acompañado de la voluntad.

No es siempre sin embargo el resultado de un proceso semejante. Casos hay, en los que sobreviene casi simultáneamente a la presentación de la idea del delito en la inteligencia. Otros hay, en cambio, en los que el proceso no sólo es completo, sino que su elaboración ha requerido un lapso de tiempo más o menos largo.

Pero mientras la resolución de cometer un delito permanece encerrada dentro de los límites de la conciencia, mientras el criminal designio no se ha proyectado al exterior en manifestaciones materiales, la ley nada tiene que hacer. O por imposibilidad de comprobar su existencia, o porque no se ha producido aún alteración alguna en la normalidad de la vida de relación, o porque la ley no tiene por misión el régimen de las intenciones sino el de las relaciones de los hombres entre sí o con la sociedad, relaciones que no se manifiestan, establecen ni alteran sino por actos. Ya los romanos decían: *cogitationis poenam nemo patitur*, precepto que afirma la constitución en el art. 19.

No puede decirse lo mismo, en términos tan absolutos, cuando la resolución ha tenido su manifestación física por actos que caen bajo la acción de los sentidos, dado que entonces desaparece por lo menos la razón de la imposibilidad de su comprobación. Por otra parte, una declaración de un propósito delictuoso en forma de una amenaza seria, o de provocación a cometer un crimen o a formar una asociación para de-



linquir, es algo que, al mismo tiempo que es fácil comprobar, lleva al ánimo de las personas, cuando revisten cierta gravedad, la intranquilidad, el temor, la inseguridad en el uso y goce de los bienes jurídicos. Hay en tal caso una cierta perturbación en la normalidad de la vida colectiva, un motivo de inquietud social, que demanda la intervención de la ley, pues si tiene ella por misión asegurar el imperio del derecho, haciendo posible la convivencia social, es forzoso reconocer que ésta no se encuentra asegurada allí donde domina la inseguridad de los derechos por la amenaza de su destrucción o allanamiento. Levada la perturbación al seno de la sociedad, cumple la ley su misión tutelar haciéndola desaparecer, lo que no siempre es dado alcanzar por medios policiales preventivos. En semejante situación, al elemento moral se agregan manifestaciones físicas, y determinadas perturbaciones en el equilibrio jurídico, que explican y justifican la acción del poder público, conforme a la doctrina del precepto constitucional, según el cual las acciones privadas se hallan exentas de la autoridad de los magistrados, a condición de no ofender el orden y la moral pública, y de no causar perjuicios a terceros.

Cabe con todo hacer sobre el particular una distinción. O el agente se ha limitado a poner de manifiesto su resolución de cometer el delito (caso más frecuente la amenaza), o lo ha hecho poniendo al mismo tiempo en actividad una fuerza moral capaz de influir en el ánimo de un tercero en el sentido de cometerlo, que es el caso de la provocación a delinquir. En el primer caso la penalidad no parece recomendarse sino muy rara vez, en tanto que en el segundo la necesidad de la incriminación se presenta menos dudosa, por cuanto el peligro es en general más grave, dado que al impulso personal del ejecutor se agrega el esfuerzo de la incitación que lo alienta y vigoriza.

Algo análogo cabe decir con relación a la determinación o indeterminación de la voluntad, según que aparezca vinculada con un delito determinado, o indeterminadamente con una clase o varias clases de delitos. Este último caso es, en general y del punto de vista colectivo, indudablemente más grave, y en él, por consiguiente, se recomienda más la penalidad. Tal la asociación para delinquir, o banda. Más grave, porque, aparte de la complejidad y la misma indeterminación de los intere-



ses afectados, pone de manifiesto una mayor capacidad moral y material organizada sistemáticamente al servicio del delito, y en consecuencia una mayor dificultad precaucional o defensiva.

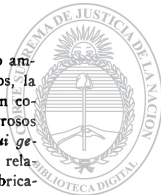
De cualquier manera, la penalidad en los casos propuestos no puede contemplar, sino de modo indirecto o mediato, el delito determinado o indeterminado, que el agente se hubiese propuesto cometer, dado que faltarían los actos exteriores conducentes a su ejecución. De penárselos, pues, ha de ser a título de delitos *sui generis*, o sea en consideración al punto de vista inmediato de sus efectos directos e inconcretos, que son los ya recordados de la intranquilidad, el temor y la inseguridad presentes en los ánimos ante el peligro.

151.—*La preparación*, primera etapa del proceso externo, ni es propia de todos los delitos, ni es de ocurrencia frecuente en los mismos que son susceptibles de pasar por él. Son en realidad pocos los delitos que, del punto de vista práctico, presentan este aspecto en su manifestación.

Desde luego supone la resolución seguida de actos exteriores que tiendan a procurar la realización del crimen. No es posible, por consiguiente, hablar de actos preparatorios sin que el agente haya producido un determinado número de actos materiales.

No debe confundirse, sin embargo, la resolución delictuosa, manifestada por actos exteriores, con los actos preparatorios. Puede existir una resolución críminosa clara e inconfundible, sin que a pesar de ello haya acto preparatorio alguno; como por ejemplo en la amenaza o la incitación. Puede ocurrir, inversamente, que el agente haya practicado actos preparatorios, y que no obstante permanezca oculto o dudoso el propósito delictuoso; como en el caso de la preparación de un explosivo, la compra de un arma, etc.

Ordinariamente los actos preparatorios no revelan el propósito criminal; pero aún en el supuesto contrario, no son incriminados; al menos con relación al delito proyectado. No ya por la inseguridad de la prueba, que en el caso se presume clara, sino porque la resolución no se habría puesto en marcha (*iter criminis*). No se habría emprendido la realización del delito, no habría sufrido trastorno alguno el derecho amenazado.



En la hipótesis, pues, de que los actos no sean equívocos o ambiguos, de que sean suficientemente indicativos y precisos, la penalidad sólo procederá, como en el caso de la intención conocida, y por análogas razones, si se tratare de actos peligrosos bastante graves, y siempre en concepto de infracciones *sui generis*, de delitos *per se*, y únicamente de modo mediato relacionada con el delito proyectado. Tal es el caso de la fabricación, venta, etc. de explosivos, máquinas infernales, etc., y otros análogos, previstos por los arts. 212 y 299. También el 210 (asociación ilícita), los arts. 216, 233 y 234 (conspiración), y en cierto modo la provocación del art. 100 y la instigación de los arts. 99, 209 y 213. También el 201 y el 208.

Como excepción a lo que queda dicho, Garraud cita el caso del cómplice que ha prestado ayuda anterior, en que los actos preparatorios son reprimidos con relación al delito, y otros en que aparecen reprimidos en calidad de circunstancias agravantes, como el escalamiento en el hurto y la efracción en el robo.

Por otra parte el acto puede ser preparatorio *de modo absoluto* o sólo *de modo relativo*. Será lo primero, si el acto puede relacionarse con un fin lícito cuanto con uno ilícito, como la compra de un revólver, y no fuese posible establecer lo último por falta de otras circunstancias o antecedentes. Será lo segundo, cuando sea posible relacionar el acto con un fin ilícito, aunque sin poder individualizarlo; como sería el del terrorista que fabrica una bomba explosiva. Son pues estos los que por excepción son materia de represión.

Tejedor, que dividió la tentativa en próxima y remota, hacía consistir esta última en los actos preparatorios suspendidos por motivos ajenos a la voluntad del agente, y los inculminaba con penas leves, pero proporcionadas a las del delito; de lo que se infiere que era menester el propósito y además se hallase individualizado.

Puede, en consecuencia, definirse la preparación, como la resolución de cometer un delito, puesta en movimiento por actos que tienden a su realización.

152.—Puede decirse que el delito cobra vida jurídica, cuando a su proceso interno sigue el externo en su segunda



etapa, la de su *realización*: es recién entonces que es posible afirmar la regla de la punibilidad del acto, sin recurrir, como en la intención conocida y los actos preparatorios, a consideraciones de excepción. La realización puede ser *total* o *parcial*: en el primer caso se dice que hay *delito perfecto* o *consumado* y en el segundo *imperfecto* o *tentado*.

á). Hay *delito consumado* cuando se han realizado todos los elementos de la infracción, o, como dicen Garraud y Liszt, luego que se encuentren reunidas todas las condiciones que la ley exige para su existencia en cada caso; vale decir, sus elementos y condiciones propios. Podrá empero ocurrir que el fin que el agente se haya propuesto no se cumpla, y no obstante haber delito consumado; como en los delitos de injurias y calumnias, y en general en todos los delitos llamados formales, por no requerir la ley en tales casos, como condición de la infracción, la realización del fin que el delincuente se proponía alcanzar.

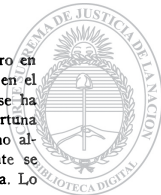
El art. 2 del código derogado definía el delito consumado como la ejecución de un hecho penado por la ley.

Tejedor definía la consumación del delito, en general, en forma concordante con la definición de Liszt y Garraud, y definía además por separado el delito material (por oposición al formal), diciendo que, cuando un resultado determinado entra como condición del delito, no se habrá éste consumado sin ese resultado, aún cuando el hecho en sí mismo esté del todo concluido.

b). Semejante al delito consumado es el *delito frustrado*, que, con la tentativa, forman parte del delito imperfecto.

Hay delito frustrado, como decía el art. 3 del código derogado, "cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte, no logra su objeto por causas independientes de su voluntad"; lo que sólo es posible tratándose de delitos materiales.

El delito frustrado, o tentativa acabada, se diferencia de la tentativa suspendida, o tentativa propiamente dicha, en que en aquél el agente ha efectuado todos los actos necesarios para la realización del crimen, lo que no ocurre en la última, en la que el delito no se consuma porque se ha dejado de realizar uno o más. Tanto en uno como en otro caso, el delito no se consu-



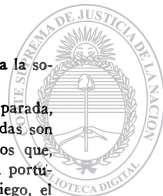
ma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, pero en la tentativa es posible el desistimiento, lo que no ocurre en el delito frustrado. Si por ejemplo un individuo a quien se ha hecho tomar un veneno, se salva por la intervención oportuna y eficaz de un médico, habrá delito frustrado; pero si no alcanzó a tomarlo, porque en momentos que el delincuente se disponía a dárselo un tercero se lo impidió, habrá tentativa. Lo mismo en un disparo errado de revólver, y el caso del que no ha logrado disparar el arma debido a la oportuna intervención de un tercero que se la arrebató al apuntar con ella a su adversario.

Excepción hecha de los códigos español, chileno, ruso, portugués, italiano y peruano, como también el proyecto de Villegas, Ugarriza y García, en los demás, incluso el nuestro, no se hace distinción entre tentativa y delito frustrado. La pena en el primer caso, como es natural, es en el sistema de los códigos más severa que la de la tentativa. Es superior, indudablemente, el segundo sistema, pues la distinción carece de objeto práctico y aún de razón jurídica. Caben aquí consideraciones análogas a las que se formulan al final del n° 158.

c). Precisados los conceptos de actos preparatorios, delito frustrado y delito consumado, y establecidas sus diferencias, corresponde, en este lugar, ocuparse especialmente de la *tentativa*, primera parte de la segunda etapa del proceso externo, o sea la de su realización.

Si fácil es distinguir la tentativa del delito frustrado, no acontece lo mismo cuando de establecer se trata la diferencia que entre ella y los actos preparatorios existe.

La regla más propia y segura de distinción consiste indudablemente en hacer el análisis de la definición que de la tentativa da la ley, puesto que ella contiene los elementos de la infracción. El recurso es empero de una bondad relativa. Primero, porque con ello sólo se alcanzará a fijar la doctrina legal y no la que pueda servir de norma como principio racional, y segundo, porque aún en aquel sentido, será ineficaz para todos los casos particulares, que, en la infinita variedad de formas prácticas de la actividad humana, presentan apariencias no siempre correspondientes a las de carácter general que por fuer-



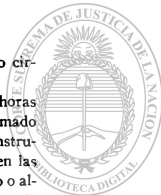
za tiene que contemplar la ley, y por lo tanto, proponen a la solución frecuentes y muy serias dudas.

Si se atiende a las definiciones de la legislación comparada, la dificultad para fijar un principio subsiste, pues no todas son idénticas. Así, mientras de una parte están los códigos que, como el húngaro, el francés, el alemán, el holandés, el portugués, el noruego, el español, el búlgaro, el ruso, el griego, el uruguayo, el peruano, el italiano y el nuestro, requieren un principio de ejecución del delito, están de otra los que, como, entre otros, los proyectos de 1891 y 1906, el último de los cuales, refiriéndose a los actos ejecutados por el agente, exige que sean inequívocos, sólo requieren la ejecución de actos materiales relacionados directamente con el fin que el delincuente se propone. Y aun cuando ambas formas, puestas de lado las sutilezas de dialéctica, son equivalentes, es lo cierto que mientras la primera excluye la posibilidad de la tentativa en los delitos imposibles, porque, como alguien ha dicho, no es posible que empiece a existir lo que es de una existencia imposible, esa posibilidad puede sostenerse en la segunda.

La primera fórmula responde, de tal suerte, más propiamente a la escuela objetiva, que requiere la lesión o el peligro del derecho, que en el delito imposible faltaría, y a la que no basta la presencia de la condición subjetiva de la temibilidad del delincuente, que basta a la escuela subjetiva.

Claro es, por lo demás, que no habrá tentativa punible, sin intención manifiesta acompañada de actos de ejecución, o directamente relacionados con el fin propuesto. Así faltaría lo segundo en el caso del que, habiendo anunciado su designio delictuoso, compra un revólver y se encamina al lugar donde piensa dar muerte a su adversario. Falta en cambio lo primero casi siempre en las heridas, los disparos de arma de fuego, las violaciones de domicilio en ciertas y determinadas circunstancias, por lo que estos hechos tienen su penalidad propia como delitos perfectos.

De estas dos cuestiones, o sea la relativa a la intención y la de la relación directa del acto con el delito, una es de hecho y la otra de derecho. Mientras ésta se resuelve siempre en orden a la naturaleza de los actos realizados, para resolver la pri-



mera hay que recurrir algunas veces a los antecedentes o circunstancias que los acompañan.

Ejemplo de ello puede ser el del sujeto que, a altas horas de la noche, es sorprendido en el interior de una casa, armado de revólver o puñal, y munido de una linterna sorda e instrumentos aptos para ejercer fuerza en las cosas y violencia en las personas, con las circunstancias de que en la casa hay dinero o alhajas que sustraer, siendo él un ladrón conocido, y que en la misma viven una mujer con quien el intruso mantenía relaciones amorosas y un hombre con quien se halla seriamente enemistado.

Para que haya tentativa, por consiguiente, es indispensable que la dirección de la voluntad hacia un fin ilícito determinado sea claramente puesta de manifiesto, y que además el criminal propósito se proyecte al exterior por actos que importen, como dice Impallomeni, impulsar la causalidad delictuosa, o, como con más precisión se expresa Alimena, mover la actividad criminal dentro de la esfera del derecho protegido por la ley, de tal manera que pueda considerársele en peligro.

La diferencia, por consiguiente, entre la tentativa y los actos preparatorios, no estriba propiamente, como es corriente creer, en la particularidad de que éstos no manifiestan la intención y los de aquella sí, puesto que en ocasiones la intención es clara y lo que falta son los actos de ejecución, como en la amenaza seguida de la compra del arma. La verdadera diferencia consiste, en que los actos preparatorios no son de los que, como dice Alimena, mueven la actividad criminal dentro de la esfera del derecho protegido por la ley, poniéndolo en peligro. Vale decir que en ellos concurren, en ese orden de ideas, únicamente dos elementos, el moral y el material, en tanto que en los de ejecución deben necesariamente concurrir los tres, hallándose el jurídico representado, no por la amenaza o peligro temido, sino por el peligro corrido. Las diferencias, por lo tanto, en orden al elemento moral y al material son accidentales y contingentes, al paso que en lo referente al elemento jurídico son substanciales y constantes.

El art. 42 requiere el propósito manifiesto y el principio de ejecución, sin la premeditación propuesta por la comisión de diputados.



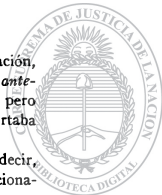
Esta innovación, sin precedentes en la legislación comparada, importaba una verdadera revolución en la materia.

Del punto de vista jurídico la innovación significaba un error fundamental de doctrina, toda vez que exigía para la parte una condición no requerida para el todo. En materia de elemento moral, el delito no se consuma en consideración a que la intención sea premeditada, simplemente deliberada o de impetu, determinada o eventual; basta que el resultado de la acción responda al propósito. Toda la diferencia que cabe anotar en cuanto a este elemento en la tentativa y en el delito consumado, es que en éste el resultado constituye por sí mismo la prueba de la dirección de la voluntad. en ausencia de otras pruebas o de pruebas contrarias, por obra de una presunción fundada en la observación de los hechos conforme a la naturaleza humana, prueba que puede faltar en la tentativa, en la que, por lo tanto, hay necesariamente que recurrir a veces a otra clase de pruebas.

Por consiguiente, lo que se exigía, y es lo único que puede exigirse en orden al elemento moral, en la tentativa, es una prueba que supla la del hecho consumado. Pero sin alterar, y menos exigiendo más, ni la naturaleza, ni la clase, ni el grado de dicho elemento: todo es cuestión de que la prueba sea clara.

En lo único, pues, que existe una diferencia, precisamente en menos, que es en lo que realmente se diferencia la tentativa del delito consumado, es en el elemento material; dado que éste supone la materialidad completa y aquella esa misma materialidad incompleta.

Hay entre la tentativa y la culpa, respecto del delito consumado y el dolo, respectivamente, una similitud, aunque inversa, casi perfecta. La tentativa representa en el elemento material con relación al delito consumado, lo que la culpa en el elemento moral con relación al dolo: lo que varía en menos en la primera es el elemento material únicamente, pues el moral permanece inalterado, en tanto que lo que varía en la segunda, también en menos, es el elemento moral, pues el material permanece el mismo. De tal manera que, así como en la definición de la culpa no hay por qué alterar el elemento material de la infracción, no hay por qué alterar el elemento moral en la de la tentativa.



Y como si no fuese suficiente requerir la premeditación, todavía se exigía que se hubiese premeditado el delito *de antemano*; exigencia que en verdad no empeoraba el error, pero afeaba la propiedad literaria de la definición, porque importaba una redundancia.

Del punto de vista práctico, lo único que había que decir, y mucho y muy grave por cierto, era que el requisito sancionaba de hecho casi la impunidad de la tentativa.

Del punto de vista de las razones invocadas por la comisión, finalmente, había que lamentar desde luego que hubiese tenido el mismo poco acierto que al dar las que tuvo para apartarse del proyecto de 1906, al suprimir la represión de la instigación a cometer delitos indeterminados, y el del doctor Moreno al quitar lo proyectado sobre delitos contra el sentimiento nacional.

Por lo demás, era de todo punto inaceptable que la supuesta injusticia a que puede dar lugar una determinada clase de prueba, fuese razón para que se alterase la doctrina criminal en orden a lo que es de la esencia de la infracción,¹ y se pretendiese salvar la dificultad alterando sus elementos.

Pero es que la razón no concordaba con la realidad, y la dificultad quedaba en pie, sin otro resultado que el de reducir considerablemente la represión de la tentativa.

Manifestaba la comisión que lo que la había movido a requerir la premeditación, era que, siendo de difícil constatación la intención del agente cuando el mismo no la ponía de manifiesto, era general que el proceso se instruyese y se condenase sobre la base de la declaración del reo. De manera que era este mismo quien proporcionaba el arma con que habían de ultimarlo, o el elemento protector con que había de salvarse. Y agregaba que la ley no debía permitir esta situación que exponía a que se condenase más que al inocente al ignorante, y que permitía se salvase al experto, aún cuando debiera sufrir un castigo serio.

Admitiendo que eso fuese cierto, lo que con la autoridad de veinte años de magistratura penal afirmo no ser exacto, el inconveniente habría sido el mismo para muchos delitos consumados, y habría quedado subsistente para la misma premeditación, que podría haberse probado por la confesión.



Por otra parte, no se comprende cómo la sociedad hubiera de renunciar a defenderse de los ignorantes porque los vivos supiesen escurrirse, ni cómo pudiera en buena lógica y sana doctrina jurídica, salvarse el supuesto inconveniente, de determinada clase de prueba, alterando los elementos de la infracción.

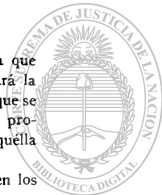
Oportunamente la comisión del senado atendió mis observaciones al respecto (ver p. 61).

Garraud distingue aún los *actos de ejecución* de los de consumación. Estos son aquellos actos que recaen sobre la materialidad misma del delito, como el acto de poner el ladrón las manos sobre el objeto que intenta substraer, aunque sin removerlo de su lugar, o el de inferir a la víctima, cuya muerte se procura, una o más heridas que no la producen. Los actos de ejecución propiamente dichos, son, en cambio, los actos vecinos o próximos a los de consumación, y son respecto de éstos, lo que los preparatorios con relación a los de ejecución. Ejemplo el acto de comprar un arma, e ir en procura de la víctima y apuntarle. Claró está que los actos de consumación no dejan lugar a dudas sobre su carácter ejecutivo, y son los que proyectan mayor luz sobre la intención del agente; pero esta distinción sólo cabe en ciertos delitos.

Casos hay, finalmente, en los que, no revelándose claramente la intención y siendo los actos manifiestamente conducentes a un fin ilícito, la ley los reprime, según queda dicho, como delitos *per sé*, de lo que son un ejemplo las lesiones, los disparos con armas de fuego y las agresiones con otras armas.

En resumen, la tentativa punible supone las siguientes *condiciones*: resolución de cometer un delito determinado; actos materiales que la pongan claramente de manifiesto; que estos actos importen el comienzo de la realización del delito; interrupción de esta realización; que esta interrupción responda a causas extrañas a la voluntad del delincuente, aunque en virtud de ellas haya desistido de consumarlo (art. 42).

153.—Tejedor llamaba *tentativa calificada* a la que por sí misma constituye ya otro delito consumado, caso previsto por el art. 13 del código derogado; es el delito medio.



Puede ocurrir que como tentativa tenga mayor pena que como delito perfecto, y v. v. : en ambos casos se aplicará la regla de la prevalencia de lo más grave, lo que quiere decir que se reprimirá al agente como autor de la tentativa del delito propuesto o del delito consumado, según que la pena de aquella sea más o menos grave que la de éste.

La doctrina de la ley sobre este punto se encuentra en los arts. 54 a 57, 80, 85, 122, 124, 165, 166, 186, 187, 190, 191, 194, 195, 200, 201 y 236.

154.—a). No todos los delitos son susceptibles de tentativa. Puede citarse como ejemplo los delitos formales, los de costumbre y los de omisión (el falso testimonio, el encubrimiento habitual, la infracción al enrolamiento). Esto es sin embargo más verdadero en la práctica que del punto de vista racional, dado que no todo delito material supone la posibilidad de la tentativa, como no todo delito formal la excluye, según observan Carrara y Alimena.

Esta dificultad de resolver si ciertos delitos son susceptibles de tentativa punible, ha sido resuelta por algunos códigos y proyectos, como el alemán y el sueco, a la manera de la culpa en tantos códigos, no reprimiendo la tentativa sino cuando se halla prevista expresamente, lo que se hace en cada delito en particular.

b). Aunque teórica y prácticamente sea posible, la ley, por razones exclusivamente utilitarias, no reprime la tentativa en algunos casos; como, dejando de lado la tentativa desistida, acontece con la de la madre en el aborto, y con la culpa y las faltas. A este respecto tienen disposiciones expresas las leyes francesa, brasilera, peruana y española, y la nuestra en sus arts. 43, 88, 217 y 232.

155.—Lo relativo a la *tentativa de culpa y de complicidad*, se encuentra tratado en los capítulos respectivos.

156.—No es lo mismo hablar de *tentativa imposible* que de delito sin tentativa. Mientras en el primer caso el delito es irrealizable, lo es en el segundo.



En términos generales podría decirse que un delito es imposible, cuando el acto, no obstante su apariencia delictuosa, no reviste tal carácter del punto de vista jurídico, lo que puede ocurrir por ausencia del elemento moral o del elemento legal, como sería el robo ejecutado por un demente o el hurto de cosa propia.

No es, sin embargo, en este sentido que se habla de delito imposible: en sentido estricto hay delito imposible cuando la falla se produce en el elemento material. El concepto, pues, de imposibilidad del delito, se relaciona propiamente con uno solo de sus elementos, no de otra suerte que lo que ocurre con el fundamento de la responsabilidad, que radica principalmente en el elemento moral.

Es por lo tanto con el proceso externo de realización del delito que se vincula el concepto de su imposibilidad, y es fácil comprender, por lo mismo, por qué es que la cuestión se plantea exclusivamente en la tentativa.

La imposibilidad, por lo demás, puede consistir en la inidoneidad del *medio* o en la inexistencia del *objeto* sobre el cual recae la acción, y ser *absoluta* o *relativa*.

El medio, por otra parte, puede ser inidóneo por sí mismo, en calidad o cantidad, como el azúcar y la estricnina para envenenar, o por razón de su aplicación, como un instrumento cuyo empleo requiere el conocimiento de su mecanismo, ignorándolo el agente. Pero la imposibilidad ha de resultar de una u otra cosa, y no de una circunstancia extraña, como lo ha declarado la cámara de lo criminal de la capital federal, al resolver en el caso de Casimiro Gómez, que un documento de crédito prescripto y falsificado, es un medio idóneo de estafar, pues el perjuicio puede producirse por la ignorancia o negligencia del supuesto deudor demandado.

Ejemplo de imposibilidad por razón del objeto: absoluta en la tentativa de matar a una persona muerta y en el aborto de una mujer no embarazada; relativa en el disparo hecho contra una persona que se supone en el lecho en momentos que lo ha abandonado.

Ejemplo de imposibilidad por razón de medio: absoluta en una tentativa de muerte con azúcar o con un revólver des-



cargado; relativa en una tentativa igual, pero con una dosis de estricnina insuficiente o con un revólver de manejo secreto.

La jurisprudencia francesa (Garraud), y con ella la austriaca, la bávara, la prusiana, la italiana y en general la de los países latinos (Liszt), no reprimen la tentativa absolutamente imposible, en tanto que la alemana (Liszt) reprime lo mismo la relativa que la absolutamente imposible. Liszt critica esta última jurisprudencia. Irureta Goyena cita, sin embargo, un último fallo de la casación francesa, que adopta la jurisprudencia alemana.

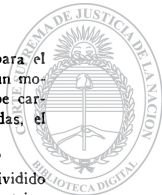
La jurisprudencia de la cámara de lo criminal de la capital federal no incrimina, hasta hoy, la tentativa absolutamente imposible.

Garraud critica la distinción formulada por Ortolán, Haus y Mittermaier, generalmente aceptada, entre la imposibilidad absoluta y relativa, aduciendo como fundamento que, debiendo considerarse la imposibilidad con relación al caso concreto, existirá o no, pero de manera radical; en lo que se encuentra de acuerdo con Von Buri.

El mismo Garraud reconoce que la imposibilidad del delito no debe verse tan sólo en su materialidad, sino también de su punto de vista jurídico; o, lo que es lo mismo, que el delito es imposible por la ausencia de cualquiera de sus elementos. Sin embargo acepta que, habiendo el delincuente puesto de manifiesto su aptitud para delinquir, sería contrario a la justicia y a la razón permitir se aproveche de una circunstancia material ajena a su voluntad, así sea aquélla la causa de la ineficacia de ésta.

En verdad, la imposibilidad puede ser relativa sólo teóricamente, pues en el caso concreto, que es lo que realmente reviste interés, será siempre absoluta. Es, por lo tanto, inconveniente fundar conclusiones de trascendencia práctica, sobre consideraciones doctrinarias que, en su apreciación en el caso particular, carecen de razón de ser.

Por otra parte, son perfectamente pertinentes en este punto las observaciones apuntadas al final del n° 158; al menos respecto de aquellos individuos cuya incapacidad para el delito no resulte demostrada. De suerte que si la impunidad estaría aconsejada para el que pretendió envenenar con un terrón



de azúcar, estaría en cambio aconsejada la represión para el que acuchilló en el lecho, creyéndolo dormido, a quien un momento antes había muerto a consecuencia de un síncope cardíaco. Así la jurisprudencia alemana y francesa citadas, el código ruso y el proyecto suizo.

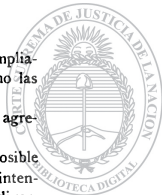
Pero la tentativa imposible, debe o no ser reprimida?

Esta cuestión, ya debatida entre los romanos, ha dividido la opinión de los juristas: los partidarios de la doctrina objetiva y los de la subjetiva. Para los primeros el delincuente no es el todo en la cuestión penal: sin descuidarlo, atienden en primer término el delito con todo su material constructivo, intención, acción y daño; si el daño es imposible, no hay delito por falta de uno de sus elementos. Para los segundos, colocados en el punto de vista defensivo contemporáneo, el delito no es más que el accidente que pone de manifiesto la peligrosidad del sujeto, que es de lo que hay que defenderse. Militan entre éstos Pacheco, Caravantes, Prins, Seuffert, Lammach, Garófalo y los positivistas en general, y entre los primeros los eclécticos y clásicos, como Garraud, Liszt, Carrara, Chauveau, Haus, Rossi, Lefort, Bertauld, Le Sellyer y Obarrio.

En general la legislación guarda silencio al respecto, y entre los pocos códigos que tienen disposiciones pertinentes puede citarse: el italiano y el paraguay, que requieren la posibilidad del delito por razón de la idoneidad del medio; el ruso, que no incrimina la tentativa en que el sujeto, por razones de superstición o insuficiencia mental, emplea medios inofensivos, como los sortilegios y los encantamientos; el noruego, en fin, que requiere la existencia del objeto sobre el cual el delito debe recaer.

El proyecto suizo exime de responsabilidad por insuficiencia mental, y en los demás casos prescribe que la imposibilidad absoluta del delito por razón de medio u objeto, determinará una atenuación de la pena. Más o menos, el italiano.

El código resuelve la cuestión en la segunda parte del art. 44, con una disposición que textualmente propuso a la comisión del senado, y dice lo siguiente: "Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad, y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente".



Es una solución netamente subjetiva, que consulta ampliamente las necesidades sociales defensivas, como así mismo las características particulares de cada caso.

Ha sido, sin embargo, mal colocada, pues ha debido agregársela como apartado final del artículo.

La idea de reprimir la tentativa absolutamente imposible como una infracción *sui generis*, a la manera de la sola intención conocida y de ciertos actos preparatorios, ya que la divergencia surge únicamente, al menos en la doctrina y la jurisprudencia más generalizadas, en lo concerniente a la represión de esa clase de imposibilidad, constituiría también una solución, pero de menor eficacia.

157.—La ley, art. 43. dispone que quedará exento de pena el delincuente si desistiere de la tentativa, y esta doctrina, que únicamente en Inglaterra no ha tenido aceptación, se funda en razones atendibles de justicia y utilidad social. En realidad quien desiste de un delito en su período de ejecución, sin que ninguna causa extraña a los impulsos de su propia voluntad se haya puesto de por medio, no solamente no ha alcanzado a producir mayor alteración en el bien objeto del delito, si es que alguna ha producido, sino que ha demostrado, que así como ha sido incapaz de resistir el impulso inicial criminoso, ha sido capaz de evitar sus deplorables consecuencias, mostrándose como un elemento social de una temibilidad casi inapreciable. Por otra parte, está en las conveniencias sociales brindar a los delinquentes la oportunidad de detenerse en el camino del delito.

En Alemania se lleva la teoría hasta eximir de pena al que repone las cosas a su estado anterior, antes que el delito haya sido descubierto, acto de *arrepentimiento eficaz*, equiparado a la tentativa desistida.

El art. 10 del código derogado, declaraba que en caso de duda se presumía voluntario el desistimiento. El bávaro y el peruano establecen lo contrario.

Para que el desistimiento sea considerado voluntario, es menester que, encontrándose el agente en condiciones de consumir el delito, la voluntad actúe libre de obstáculos extraños, y obedeciendo tan sólo a motivos que radican en fuerzas intrínsecas de inhibición susceptibles de ser estimuladas por las su-



gestiones del bien o la repulsión al delito o a lo sumo por un espontáneo temor a la pena, de tal manera que el sujeto aparezca ante los ojos de la justicia con un índice de temibilidad substraída a las necesidades defensivas de la represión, y no a motivos provenientes de dificultades o peligros derivados de obstáculos que le son extraños. Así lo ha resuelto la cámara de lo criminal de la capital federal, con arreglo a la doctrina más difundida, según puede verse en el proyecto de Tejedor (art. 11), Alimena (t. I, p. 466), Carrara (parte general, t. I, n° 385), Crivellari (t. IV p. 10), Liszt (t. I p. 314), Merkel (t. I, p. 192), Nypels (t. I, p. 123) y Pessina (p. 478).

Aparte de este efecto del desistimiento respecto del que desiste, en el n° 170 se estudia el que produce con relación a los demás partícipes, a los que hay que agregar el relativo a los delitos conexos, en cuyo sentido puede decirse, con Merkel y Liszt, que no lo produce, si ya recibieron un principio de ejecución.

158.—Dos son los sistemas conocidos en materia de penalidad de la tentativa: el *subjetivo* y el *objetivo*. Sigue el primero el código francés, que, tomando por modelo el sistema romano que reprimía la tentativa en los crímenes ordinarios por excepción y en todos los casos en los atroces con la misma pena que el delito consumado, hace otro tanto con relación a los delitos y a los crímenes de su división tripartita. Lo mismo el proyecto italiano.

Los demás códigos siguen el sistema objetivo de pena inferior a la del delito consumado. Así el nuestro prescribe en el art. 44 reclusión de quince a veinte años en los casos de reclusión perpetua, prisión de diez a quince en los de prisión perpetua y para los demás una disminución de un tercio o la mitad, criterio que también adopta para la complicidad (art. 46). Véase la penalidad de los arts. 37 letra b), 107, 232 y 234.

El proyecto alemán adopta el mismo criterio represivo de la tentativa (más benigno que el delito consumado), para los menores de diez y ocho años, la complicidad, la responsabilidad atenuada, el exceso en la legítima defensa y el error penal, y el código para los menores en edad de transición (art. 37 letra b), concordante con el 44 y el 46).



Tengo por superior el sistema subjetivo, porque consulta mejor el fin de la pena y el objeto del derecho penal. ¿Es menos peligroso acaso el delincuente que ha¹ hecho cuanto de él dependía para realizar su criminal intento, nada más que porque circunstancias ajenas a su previsión y voluntad se opusieron, impidiendo el resultado que se proponía alcanzar? ¿Que tiene que hacer este valor, absolutamente objetivo, en la solución de un asunto tan eminentemente subjetivo, si no tiene con él relación alguna, ni indirecta ni remota siquiera? Bien está que el daño y el peligro corrido, sean contemplados cuando en alguna forma revelan la ecuación personal del delincuente; pero tengo por impropio e inconveniente que se los incorpore al material informativo, cuando no existe entre ambas cosas la menor vinculación.

El mecanismo adoptado por el código vigente para la fijación de la pena de la tentativa, es menos preciso que el del código derogado, siendo este uno de sus defectos, porque según el derogado la pena fijada al delito se disminuía *en un tercio*, lo que podía ser entendido por cualquiera, y así nadie dudaba que si la pena para el delito consumado era de 3 a 6, la de la tentativa era de 2 a 4. El vigente, en cambio, dice que se disminuirá *de un tercio a la mitad*, lo que por cierto no resulta claro: a menos que se interprete que la pena del delito consumado (p. e. 2 a 6) se disminuirá en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo (p. e. 1 a 4 en el caso propuesto).

La dificultad se repite en el art. 46 con la represión de la complicidad, y en el 37 letra b). Era preferible la claridad del sistema derogado y la de los arts. 104, 105, 107, 232 y 234.

Puede verse el n° 179 letra b). en lo referente a la diferencia de medida establecida en el art. 44 y el 65. para la reclusión y la prisión perpetuas.



SECCION TERCERA

DEL DELINCUENTE

CAPITULO XIX

De la participación en general

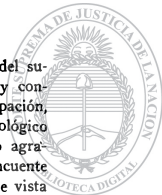
159.— Del delincuente y su peligrosidad social y sus clasificaciones. De la participación en general. Concepto, clasificaciones y caracteres de la participación. Utilidad del aporte y participación por actos posteriores. Clasificación de la participación y los partícipes y su importancia legal. 160.— Ejecutores y modos de ejecución. Instigadores. La instigación. Casos especiales de instigación. Criterio aplicable en la determinación de la responsabilidad con relación al instigador y al provocado. Auxiliares. Aquel mismo criterio. 161.— Diferencia entre autores y cómplices. Casos de equiparación con los autores. Encubrimiento habitual.

159.—En el n° 13 del t. I se ha estudiado al delincuente del punto de vista de su capacidad jurídica, física y moral, para poder ser considerado el único posible sujeto activo, agente o causa del delito. En éste y el que le sigue se examina el régimen de su responsabilidad, en orden a la calidad e importancia de su intervención en la realización del delito, estudio que provoca una nueva clasificación, distinta, en su concepto, de la hecha en el n° 5, t. I, donde se le estudia en su personalidad condicionada por su temperamento y carácter.

Es pues bajo tres aspectos que se estudia al delincuente, los que fundamentalmente se reducen a dos: el de su capacidad para ser sujeto activo del delito (n° 13); el de su personalidad para serlo pasivo de la pena o sanción (n° 5, y el presente capítulo y el XVI).

Establecida su imputabilidad física en el delito, corresponde establecer su responsabilidad y grado, lo que se hace sobre la base de su grado o índice de peligrosidad social, fijado con





el auxilio del conocimiento de la categoría psico-física del sujeto (temperamento y carácter), de sus antecedentes y conducta, naturaleza de la acción, forma y grado de participación, motivo determinante, y modalidades del elemento psicológico (dolo o culpa) y accidentales del delito (atenuantes o agravantes). Por lo que se ve que la participación del delincuente que aquí se va a estudiar, es uno de los varios puntos de vista comprendidos en el segundo aspecto recordado.

En cuanto a su clasificación, la del código se reduce a lo que tiene que ser legalmente: mayores y menores, normales y anormales, primarios, reiterantes y reincidentes, éstos en comunes y habituales, y aquéllos en corregibles e incorregibles (arts. 51 y 52).

Por la clasificación de otros puntos de vista, el t. I n° 5 letra b).

La *peligrosidad social* del delincuente, especialmente prevista por el proyecto italiano en capítulo aparte, con lo que da a ese punto toda la importancia que le asigna la corriente penal contemporánea, no ha sido descuidada en el código. Ya en el informe de la comisión de diputados se le atribuía una señalada trascendencia, y si bien no ha llegado, como en el proyecto italiano, a constituir el fundamento mismo de la responsabilidad, bastan los arts. 34, 41 y 44 para poder afirmar que el código le tiene acordado lugar de preferencia, a tal punto que, fijada la responsabilidad moral, la fijación de la pena, en calidad y cantidad, le queda por entero subordinada; y, declarándose la irresponsabilidad moral, el moralmente irresponsable, pero peligroso, queda sometido a las medidas de seguridad propias del caso. También se refieren a ella los arts. 26, 36 y 37.

El código, por lo tanto, se ha colocado en esta materia a la altura del movimiento científico presente.

El delincuente, por otra parte, puede hallarse solo o en unión de otros en la realización del delito. En el primer caso únicamente habrá un *ejecutor*, con sus dos aportes: moral y material (voluntad y acción). En el segundo habrá pluralidad de delincuentes o participación, y por lo tanto, además del ejecutor podrá intervenir el *cooperador*. En el primero sólo se hallará un *autor*; en el segundo podrá hallarse también *cómplices*. Esto quiere decir, que mientras puede haber autores entre los



cooperadores, entre los ejecutores jamás se hallará un cómplice, el que únicamente se hallará entre los cooperadores. Quiere decir aún más: que caso de cooperación es caso de participación, y que la idea del ejecutor excluye la de actos posteriores.

Frente pues al *ejecutor* (participe material, directo, inmediato), se hallan el *instigador* (participe moral, intelectual, motor, indirecto, mediato) y el *auxiliador* (participe material, indirecto, mediato), que forman el grupo de los cooperadores.

Por lo demás, se puede intervenir con voluntad sin acción, o con ambas cosas, más no con acción sin voluntad, pues semejante situación no comporta responsabilidad, por falta de base.

Participación, por lo demás, es la acción de tomar parte en la realización de un delito. Y tomar o tener parte, importa concurrir con un valor de producción. Únicamente aportando alguno de los materiales de construcción del delito es que se puede participar en él y contraer la responsabilidad consiguiente; pues no cabe imputar el efecto, a quien en forma alguna y bajo ningún concepto ha sido su causa.

Siendo, por lo tanto, la utilidad de la participación lo que comporta responsabilidad para el agente, esa responsabilidad desaparece cuando el aporte resulta de todo punto inútil. Tal el caso del que proporciona un arma, llave o instrumento parecido, que no se emplea en la ejecución del delito, y otros análogos. (Crivellari y Haus). Si se probare, sin embargo, que la ayuda influyó para que el otro se decidiese a ejecutar el delito, aunque lo haya efectuado de otro modo que el indicado o convenido, o valiéndose de otros medios que los proporcionados, por haberse apercibido, una vez en el lugar, o en presencia de la víctima, de otra facilidad accidental más ventajosa, no podría dejar de reconocerse en el aporte no utilizado una causa influyente en la realización del delito (Crivellari).

De aquel principio es esta la primera consecuencia, siendo la otra que los actos de participación deben ser anteriores o concomitantes, lo que no excluye el auxilio posterior, si fué prometido antes o durante la realización del delito, toda vez que la promesa hecha antes o durante el delito, importa un acto de cooperación, aunque su cumplimiento sea posterior, por cuanto representa una fuerza productora del delito, que la ley debe



contemplar. En realidad la ayuda prometida ha influido en la realización del delito, y lo justo y razonable es que el autor de la promesa cargue con su parte de responsabilidad, en un hecho a cuya realización ha contribuido con un aporte moral de un valor indiscutible (art. 46).

Respecto del acuerdo de voluntades, que algunos autores como Nypels, Haus y Prins incluyen entre las condiciones de la participación, puede verse el n° 168.

Junto a estas condiciones, y a la de que en la realización del delito intervengan más de una persona, se acusan determinados caracteres que dan lugar a clasificarla, según la calidad y la importancia de la participación, o la relación que la misma guarde con el delito.

La primera calificación contempla la *relación de causa o efecto* entre la participación y el delito, y en este sentido la participación es *directa e inmediata o indirecta y mediata*.

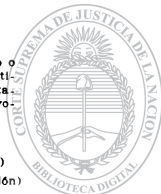
La participación directa e inmediata es la del *ejecutor*, y la indirecta y mediata en general la del *cooperador*.

La segunda responde al punto de vista de la *calidad* de la participación o naturaleza *del aporte* o fuerza con que concurre cada partícipe a la realización del delito, y la tercera a su *importancia*.

La participación por razón de la *calidad* se divide en *material o física y moral o intelectual*, según que el delincuente ponga en la obra la voluntad y la acción, o solamente la voluntad; y la por razón de la *importancia*, en *principal y secundaria*, según que sea ella necesaria, indispensable, determinante, decisiva, o meramente conveniente, ventajosa. La principal es la del autor y la secundaria la del cómplice.

Los siguientes cuadros aclaran los conceptos expresados:

Partícipes	Autores (ejecutores o cooperadores).	
	Cómplices (cooperadores).	
	Materiales (ejecutores, auxiliares).	
	Morales o intelectuales (instigadores, incitadores o provocadores).	
	Ejecutores (directos, inmediatos),	{ instigadores auxiliares
	Cooperadores (indirectos, mediatos)	



	Del punto de vista de su relación con el delito.	{ material moral	{ ayuda, auxilio o asistencia institucional. Incitación o provocación.
Participación de su calidad o naturaleza del aporte	{ directa e inmediata (ejecución) indirecta y mediana (cooperación)	
 de su importancia.	{ principal (ejecución y cooperación determinante o necesaria). secundaria (cooperación no determinante o necesaria pero útil).	

No todas estas clasificaciones revisten igual importancia. Desde luego, la distinción entre autores y cómplices carece de razón de ser en un sistema de penalidad de represión igual para ambos, o en uno que, sin considerar esa distinción, regule la pena con relación a los otros puntos de vista expresados.

En resumen: es participe todo individuo que en alguna de las formas previstas por la ley, toma parte en la realización del delito; con aportes materiales o morales, directa o indirectamente, inmediata o mediatamente, de manera principal o secundaria, por actos anteriores o concomitantes, o de cumplimiento posterior, siempre que respondan o se vinculen a otros anteriores o concomitantes, como es el caso del instigador por promesa de recompensa que cumple una vez consumado el delito, o el del que presta, después del crimen, una ayuda ofrecida antes.

Puede verse los arts. 614, 716 y 717 del código de justicia militar, y el t. I, n° 28, letra e).

160. — *Ejecutor* es el autor que realiza el delito por sí mismo, por su propia acción, sin intermediarios.

La ejecución del delito no implica que el ejecutor se valga de sus propios medios, pues puede recurrir a una bestia, o también a medios morales, como si engañando a un ciego le hiciere caer en un precipicio, o diere la muerte a un cardíaco con una repentina e infausta noticia. Puede, por lo demás, efectuarse por acción u omisión, como en el caso del infractor a



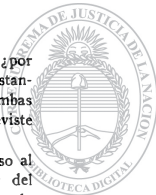
la ley de elecciones y a la de enrolamiento, el de la muerte dada a una persona privándola de lo necesario, el del funcionario público que omite instruir sumario, etc.

Es el único que puede no ser copartípe. toda vez que puede estar solo en la realización del delito.

Son partícipes *morales* o intelectuales, instigadores, incitadores o provocadores, los que, análogamente a los auxiliares, compensas, dádivas, consejo, mandato, orden, coacción moral o mediato, valiéndose de terceros y por medio de promesa de recompensa, dádivas, consejo, mandato, orden, coacción moral o maquinaciones o artificios dolosos, tendientes a hacer incurrir en error al autor material o a confirmarlo en el que se encontraba, o de cualquier otro medio análogo. Es en esta clase de partícipes que cabe la complicidad y la participación por actos posteriores.

La condición según la cual la instigación además de directa debe ser *determinante* de la actitud del tercero. para que el instigador pueda ser equiparado en la pena al ejecutor, es más fácil de fijar teóricamente que de establecer en la práctica. Será relativamente fácil concretar esa condición en la orden, en la coacción y en las maquinaciones o artificios dolosos encaminados a hacer incurrir en error al ejecutor o a confirmarlo en el que se encontraba, y aún en las dádivas, pero será sumamente difícil hallarla en el consejo. En este caso habrá de por medio casi siempre un interés personal del tercero, y por consiguiente con más frecuencia se hallará en el instigador un cómplice. Puede citarse como excepciones las proclamas políticas, sectarias o dogmáticas.

Es por eso que no hay uniformidad de opiniones sobre el carácter de estos partícipes, los que en algunos códigos como el de Hungría, y en opinión de autores como Carmignani y Livingstone, son considerados meros cómplices. Mas la razón no es por cierto convincente. Será raro, en verdad, que el empleo de la sola fuerza moral determine en algunos casos la comisión del delito, como ya se ha hecho notar; pero eso no quita que haya otros en que esto ocurra. Es, entonces. cuestión de prueba. Por lo demás, si peligroso es el ejecutor, no lo es menos el que busca la impunidad a la sombra de una dádiva, de una orden, etc. Si en la ejecución del delito vale tanto la fuerza



moral que concibe e impele como la material que sirve, ¿por qué esa importancia habrá de venir a menos por la circunstancia de que la una obre en un sujeto y la otra en otro, si ambas se unifican en el delito? Ambas son su causa y a veces reviste mayor importancia la de carácter moral.

Es también por eso que hay que recurrir en cada caso al examen de las condiciones personales del provocador y del provocado, como ser: el sexo, la edad, la educación, el grado de instrucción, los vínculos de superioridad o dependencia militar o civil; la naturaleza del hecho; la forma de la orden; el menor, mayor o igual interés que cada cual pueda tener, y, en general, todas aquellas particularidades que sirvan para establecer, con el mayor acierto posible, el grado de influencia que haya ejercido el primero sobre el segundo. Particularmente tratándose del consejo, la orden y la coacción.

Es por el examen de particularidades como las anotadas que podrá arribarse a la conclusión de que la instigación fué o no la causa determinante o simplemente influyente, del acto. Si lo primero, se estará en presencia de un autor, aunque así no lo llame el código, y si lo segundo, en presencia de un cómplice; siempre, naturalmente, que la instigación represente algún valor apreciable en la realización del delito.

También de ese examen resultará con frecuencia que la responsabilidad del provocador estará en razón directa de esa influencia, mientras que comúnmente estará en razón inversa la del provocado. Cuanto mayor sea esa influencia, tanto menor será la responsabilidad del último, hasta llegar a desaparecer en algunos casos, como en los previstos por los incs. 2º y 5º del art. 34, (la coacción y la orden), o en los de las maquinaciones o artificios dolosos recordados.

En otros, a la inversa, la influencia de la provocación por razón de su calidad, podrá agravar la responsabilidad del provocado, como el de las dádivas o promesas de recompensa, que constituyen un motivo de agravación general.

En una palabra: la instigación comportará responsabilidad para el instigador, siempre que represente algún valor en la producción del crimen, y será la responsabilidad tanto mayor (autor o cómplice), cuanto mayor sea la entidad del mismo,



Cabe observar que el intermediario de quien se vale el instigador puede no ser el ejecutor, sino un otro instigador, de suerte que puede haber entre un eslabón (instigador) y el otro de la cadena (ejecutor), uno o más eslabones (instigadores y auxiliares).

Debe tenerse presente, finalmente, que la instigación es reprimida por sí sola como un delito *sui generis* (art. 209), lo que no acontece con la asistencia: ésta comporta responsabilidad únicamente en el caso que el delito haya empezado a ejecutarse.

La ley se refiere expresamente, además, a casos de instigación, en los arts. 83, 99 y 213.

Llámase *auxiliador* o cooperador por asistencia, al que presta ayuda o auxilio, la que si es prestada al ejecutor y es al mismo tiempo *indispensable*, hace incurrir al cooperador en la pena del ejecutor (art. 45). Si la ayuda sólo fuere útil, habrá mera complicidad. ¿Y por qué no ha de prestarse ese auxilio indispensable al partícipe moral? ¿Se podrá negar que incurre en la misma responsabilidad quien facilita al instigador el dinero indispensable para determinar al ejecutor?

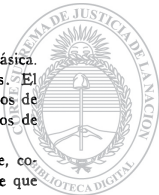
El criterio del carácter necesario, *indispensable* de la ayuda, para poder afirmar que el auxiliador no es un mero cómplice, se presta a la misma observación que sugiere la condición de *determinante* de la instigación en la participación moral, y que en su oportunidad se ha hecho resaltar.

Los partícipes por asistencia pueden, como los ejecutores, participar por actos de omisión, y como los instigadores, por actos posteriores; y como ellos son cooperadores, aunque materiales.

Es también en esta categoría o grupo de partícipes, como en la de los partícipes morales, que cabe la complicidad, pues si puede haber ejecutores sin cooperadores, no cabe la posibilidad de lo contrario.

Corresponde hacer aquí la misma salvedad hecha respecto de los instigadores: cuanto mayor sea el valor que en la producción del crimen represente la cooperación, tanto mayor será la responsabilidad del auxiliador.

El código afirma esta doctrina en su art. 45, con la salvedad de la instigación indirecta, pues requiere sea *directa*.



161.—La distinción entre autores y cómplices es clásica. La establecían el código derogado y todos los proyectos. El código dividía la complicidad en dos grados y los proyectos de Tejedor e intermedio en tres. La ley 4189 y los proyectos de 1891 y 1906 suprimieron esa división.

La distinción se ha establecido siempre sobre la base, como ya se hizo notar, de ser considerado autor el partícipe que ha tenido un desempeño principal y cómplice el que lo ha tenido secundario. Sobre esta diferencia fundamental, vienen otras, como ser: el cómplice es siempre simple cooperador, nunca ejecutor; la calidad de cómplice implica necesariamente la participación, mientras que la de autor no.

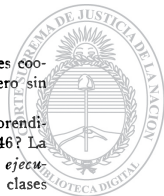
Y aunque a veces la ley equipara a ambas clases de partícipes a los efectos de la penalidad, como puede verse, entre otros, en los casos previstos por los arts. 133, 139, 140 y 146, es lo cierto que eso constituye la excepción, pues la regla es que la penalidad se regula en orden al grado de participación: más severa para la principal, más benigna para la secundaria.

Es este el criterio regulador de la pena en el código, y no veo, en consecuencia, qué inconveniente había en conservar la clásica denominación de autor al partícipe principal (ejecutor, auxilio indispensable e instigación determinante) y de cómplice al secundario (toda cooperación útil no considerada principal).

El código ha intentado, sin embargo, aunque en vano, eludir la definición del autor y del cómplice. Vano ha sido su intento, porque en los arts. 45, 47 y 48 llama autor al ejecutor, y porque en los arts. 46, 47 y 48 queda definido el cómplice, como cualquier otro partícipe cooperador no comprendido en los términos del art. 45 (véase el art. 46 y el informe, p. 86).

Y así tenía que suceder, puesto que el proyecto seguía el sistema anterior de la penalidad desigual para el autor y para el cómplice. Comprendo que se pudiese eludir la definición en el sistema francés.

Pero como además del ejecutor hay otros partícipes principales, ha equiparado al autor (ejecutor), el auxiliador necesario y el instigador determinante (cooperadores): pero sólo equiparado en la penalidad. Hay, pues, en el sistema del código, esta clase intermedia de partícipes, que ni se les llama au-



tores ni se les llama cómplices. Son únicamente partícipes cooperadores principales. Especie de hijos con apellido, pero sin nombre.

Y los instigadores no determinantes, quedan comprendidos en la categoría de los cómplices prevista por el art. 46? La ley no es clara, pues mientras en el art. 45 se ocupa del *ejecutor*, el *cooperador* y el *instigador*, como de categorías o clases distintas de partícipes, concepto que reproduce en el 47, al ocuparse del cómplice en los arts. 46 y 47 sólo habla de *cooperación*. Es, sin embargo, una verdad sólo aparente, producto confuso de un manejo descuidado del tecnicismo jurídico, pues aparte de que la instigación constituye una fuerza productora del crimen, y por lo tanto causa o materia punible, el vocablo *cooperación* implica, en derecho penal, tanto el aporte material como el moral, según resulta del art. 46 al incluir la *promesa* de auxilio posterior, y según también expresamente sostiene Herrera (p. 521). a quien ha seguido en esta parte el legislador.

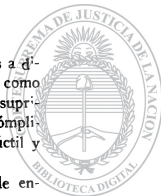
Repito, por lo demás, que el delito es el resultado de tres fuerzas: la de ataque (moral y material) y la de resistencia (legal). Tanto vale la moral como la material: todo es cuestión de aquilatar cada valor en cada caso concreto. En ocasiones representa un valor mayor una inteligencia y una voluntad que imponen una obediencia ciega, que un brazo que sirve. ¿Se negará los honores del autor al artista que hace ejecutar su maravillosa creación bajo sus órdenes y vigilancia, nada más que porque no puso materialmente las manos en el mármol? Creo que el código ha hecho una mala cuestión de palabras, sin los resultados plausibles que debieron ser su corolario.

La reforma habriase recomendado ciertamente, si se hubiese limitado a decir que es partícipe toda persona que ejecuta el delito, o que presta una cooperación, moral o material, conducente y útil, aunque sea después de realizado, cumpliendo compromisos anteriores, y a disponer que los jueces graduarán la pena, tomando en consideración, además de las razones de otro orden, el carácter y la importancia de la participación, según sea ella directa o indirecta, mediata o inmediata, principal o secundaria, más o menos útil y eficaz. Esa sí, habría sido una reforma de verdad, racional y útil.

Habría fijado así los únicos caracteres no ocasionados a dificultades prácticas de clasificación en la participación, como son los relacionados con la ejecución y la cooperación, suprimiendo las tan frecuentes de la distinción en autores y cómplices, y puesto en manos de la justicia un resorte más, dúctil y flexible, de individualización de la pena.

El caso del *encubridor habitual*, que preve como de encubrimiento el código en el art. 277 inc. 5º, para códigos como el francés y el belga, y en opinión de tratadistas como Rivarola, Haus y Nypels, reviste el carácter de complicidad. La verdad es que un hábito semejante, suficientemente conocido, importa un ofrecimiento anticipado y tácito de ayuda, algo más que probable, cuya influencia, como causa del delito, no es posible desconocer.

Cabe recordar lo que, respecto de la complicidad en el delito de quiebra, dispone el art. 139 de la ley de quiebras, como así mismo lo que respecto de la participación en general dispone el código en los arts. 83, 86, 102, 103, 128, 136, 137 y 178.







De la participación en particular

162. — Tentativa de complicidad. 163. — Sistemas de legislar la complicidad. 164. — Penalidad de la complicidad. 165. — La coparticipación en los delitos cometidos por la prensa. 166. — La complicidad negativa. 167. — De la coparticipación simple y calificada. Asociación para delinquir. Complot y banda. Su valor en la penalidad. 168. — De la coparticipación en la culpa. La doctrina y la ley. 169. — De la comunicación entre los coparticipes, de las eximentes, atenuantes y agravantes. 170. — Del desistimiento de la coparticipación.

162.—La ley 4189 reprimía en el art. 4º, letra c), la *tentativa de complicidad* (con más propiedad habría legislado la tentativa de cooperación), negada en general por los más reputados tratadistas, que la consideran un contrasentido jurídico. Entre ellos figuran Carrara, Liszt, Garraud, Pessina y Crivellari.

La disposición, reproducida en el proyecto de 1906, había sido tomada del proyecto de 1891, el que la tomó de Tejedor, quien la tomó a su vez del código bávaro. El código la ha suprimido, conforme con la opinión de Haus.

Los autores del proyecto de 1891 fundaban la reforma en estos términos: "No existe razón alguna para eximir de pena "al que, por actos externos, directa o inequívocamente relacionados con el delito, ha tentado cooperar en su realización, "si según los principios legales relativos a la tentativa merece "ser reprimido".

A estas buenas razones agregaba Rivarola las siguientes: "La complicidad prometeda puede muy bien ser determinante "de la ejecución del delito. La ayuda esperada puede ser la "causa de ejecución o comienzo de ejecución".

Milita aquí la misma razón que en la ayuda posterior prometida antes o durante la realización del delito: la promesa re-



presenta un valor de producción como causa del delito; y únicamente un desistimiento comunicado oportunamente puede irresponsabilizar al autor de la promesa. Tejedor art. 45, y arts. 25, 29, 33 inc. 4º, 36 inc. 4º y 40 del código derogado.

La ley decía: “Cuando un cómplice no preste la participación que había convenido dar o desista de la que hubiere comenzado, antes de que haya podido ser útil al autor principal, habrá complicidad tentada; y siempre que su cooperación sea punible, según los principios sentados, se aplicará las disposiciones referentes a la tentativa”.

Los casos de complicidad, no todos previstos en la disposición transcrita, podían ser los siguientes: ayuda no prestada y ayuda suspendida.

Esta condición hacía surgir la posibilidad de que el cómplice resultase responsable de tentativa de complicidad, o en la tentativa (tentativa de tentativa) o en la consumación del delito proyectado, lo que no puede ocurrir en el caso de complicidad en una tentativa, en el que la complicidad es siempre perfecta y de ninguna manera puede haber pasado el delito proyectado del estado de tentativa.

El código la ha eliminado, adoptando un criterio objetivo en desacuerdo con el subjetivismo moderno.

163.—Entre el *sistema* de una enunciación genérica y el de enumerar los casos de complicidad, la ley 4189, siguiendo el ejemplo del código español y del proyecto de 1891, el que también adopta el de 1906, había optado por el segundo.

El código derogado, siguiendo a los dos proyectos que le precedieron, adoptó un sistema mixto; pero sólo teóricamente, dado que del punto de vista práctico adoptó el segundo. En efecto, mientras en el art. 32 establecía una regla general, en los arts. 33 y 36 enumeraba taxativamente los casos de complicidad, y como en los arts. 34, 35 y 37 refería la penalidad a los casos previstos en dichos arts. 33 y 36, la regla del art. 32 quedaba sin aplicación. La enumeración que hacen estos artículos es sin embargo útil e ilustrativa.

En cuanto al sistema adoptado por el código, se ha dicho lo pertinente en el nº 161.



164.—Desde luego, como ya se ha dicho, no habrá lugar en principio a imponer pena a un cómplice sin un hecho principal punible de parte del autor, ya sea consumado o simplemente tentado. En cuanto al sistema de *penalidad*, el código, siguiendo el sistema alemán, ha optado por el de reprimirlos con la penalidad prevista para la tentativa, o sea con pena inferior a los autores (art. 46).

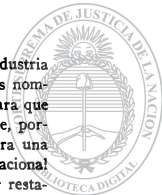
Véase lo dicho en el n° 158.

165.—El código dispone en su art. 49, que “No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa, a las personas que *solamente* prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación *material necesaria* para su publicación, difusión o venta”.

La ley no ha hecho más que aceptar un principio consagrado en la legislación comparada, siendo digno de memoria cuanto sobre el particular escribe Groizard en el tomo primero, comentando los arts. 14 y 15 del código español.

La disposición fué tomada del proyecto de 1891 y había sido reproducida en el de 1906, con el agregado de que la excepción sólo tendrá lugar “cuando el autor fuese conocido y se encontrase en el país”. El código ha agregado los vocablos *difusión o venta*.

Los autores de aquel proyecto fundaron la disposición en los siguientes términos: “Hemos completado la legislación sobre la codelinuencia con un precepto que declara exentos de responsabilidad por los hechos punibles cometidos por la prensa, a los editores, impresores y demás personas que prestan al autor del escrito o grabado la cooperación *material necesaria* para su publicación. Este artículo deroga aparentemente el principio común en materia de codelinuencia, según el cual se presume responsables a todos los que han cooperado en la realización de un delito, y se presume que todos han concurrido con intención de delinquir. A pesar de la apariencia el artículo puede no ser, y no será a menudo, una derogación del principio. El editor, los cajistas, etc., cooperan, es verdad, a realizar el hecho; pero lo hacen ordinariamente sin propósito criminal, sin el menor deseo de agraviar derecho alguno, sin conocimiento del escrito o gravado y del



“ fin a que se encamina ; lo hacen sólo para ejercer su industria
“ o su modo de vivir. Sin embargo, aunque las personas nom-
“ bradas presten sus servicios con intención criminal y para que
“ el hecho punible se cumpla, el artículo debe mantenerse, por-
“ que de la manera amplia como está redactado consagra una
“ garantía de la libertad de la prensa. La constitución nacional
“ ha desechado la censura previa ; y sería restablecerla y resta-
“ blecer la peor de las censuras (la de la ignorancia), respon-
“ sabilizar a los editores, grabadores, cajistas, etc., por los ac-
“ tos punibles cometidos mediante la prensa. En efecto, antes
“ de imprimir cualquier trabajo examinarían si es o no ofensi-
“ vo ; y, si a su juicio fuera susceptible de comprometer su res-
“ ponsabilidad, se reusarían a imprimirlo”.

Como el precepto legal irresponsabiliza tan sólo al que prestar al autor del escrito o grabado *solamente* una cooperación *material necesaria*, lo que regularmente hacen los editores e impresores, es fuera de duda que cuando esas mismas personas prestan una cooperación que no importe la exclusiva y necesaria facilidad material, serán considerados fuera de la excepción, y por lo tanto sujetos a las reglas generales sobre responsabilidad. Encuéntrase en este caso el director de un diario, o quien bajo otra denominación cualquiera haga sus veces, puesto que estas personas no hacen, como el editor o el impresor, un mero comercio o *modus vivendi*, sino que tienen la dirección de lo que en el diario debe publicarse, contralor del que depende el prestigio y la vida del mismo, no en su carácter de empresa comercial, carácter que puede faltarle, sino en el de órgano de progreso y de cultura social.

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ha resuelto el punto de acuerdo con estas mismas ideas. “Debe considerarse, dice el tribunal, que el director de un diario hace siempre más que prestar una cooperación material a los autores de los artículos publicados, desde que está en su mano disponer qué publicaciones contendrá la hoja impresa y cuáles no : debe concluirse, pues, que hay en el director cooperación, no ya material, sino moral, voluntaria, consciente, y no puede atribuirse a la ley el propósito de amparar la impunidad de esta cooperación, sin la cual el delito no se habría cometido ; pues, lo que precisamente constituye delito, es el he-



“cho de la publicación que se encuentra a cargo exclusivo del director”.

Dedúcese también del texto de la disposición recordada, que para que proceda la excepción ha de ser conocido el autor, porque de lo contrario se presumirá que el autor es el director. De acuerdo el proyecto de 1906 con este principio, no da lugar a la excepción si el autor no es conocido, ni aún siéndolo, si se encontrare fuera del país.

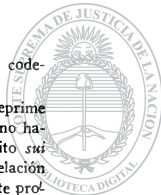
Tratándose de la reproducción de calumnias o injurias por otros inferida, rige el art. 113.

Puede verse el capítulo IX, t. I.

166.—Ni el código ni el derogado, han adoptado el tercer grado de complicidad previsto en los proyectos anteriores, o sea el de *complicidad negativa*, tomada del decreto patrio del 31 de mayo de 1822, leyes rusas y códigos bávaro, sueco, portugués y Las Partidas. Salvo los casos de los funcionarios (arts. 33 inc. 4º y 36 inc. 3º derogados), la doctrina moderna es contraria a este género de complicidad, pues el que calla, ni provoca ni ayuda. En todo caso podría convertirse el caso en materia de una infracción *sui generis* (Rossi, Quiroga, Pacheco, Garraud, Chauveau).

Son reos de complicidad negativa, según Tejedor, los que ven preparar o comenzar un delito, o tienen de ello conocimiento, y no lo impiden, dando aviso a la persona o a la autoridad, o llamando a otros en su ayuda sino lo pueden impedir solos, o dejando de emplear cualquier otro medio a su alcance sin peligro para sí o un tercero. Luego distribuía la penalidad según se hubiese procedido con o sin interés, y establecía excepciones derivadas del vínculo de parentesco.

167.—La coparticipación puede ser *simple* o *calificada*. La calificada implica una asociación organizada en mira de la perpetración de delitos indeterminados de cualquier naturaleza, y se llama *banda o asociación ilícita* (arts. 166 inc. 2º, 167 inc. 2º, 184 inc. 4º, y 210), y exposición de motivos del proyecto de 1891 (p. 99) y del de 1966 (p. XLVI), o de la realización de los delitos de traición, rebelión y sedición, y se denomina *conspiración, conjuración o complot* (arts. 216 y 232).



La simple o accidental es cualquier otra participación o codefluencia.

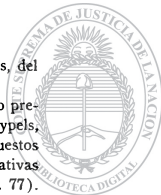
Las diferencias son las siguientes: en la banda se reprime la sola asociación (aunque los delitos que son su objeto no hayan recibido un principio de ejecución), a título de delito *sui generis*, y lo mismo la mera conspiración, aunque con relación al delito que es su objeto, y por consiguiente con una parte proporcional de la pena prevista para el mismo; la banda es considerada como agravante calificativa en los arts. 166 inc. 2º, 167 inc. 2º y 184 inc. 4º; la participación simple es agravante calificativa únicamente en el caso del art. 122; la conspiración o complot no actúa en calidad de agravante calificativa, en lo que también se distingue de la banda.

En los demás casos, la banda y la participación simple (y la conspiración, según queda dicho), tienen el valor de una agravante ordinaria, en orden a lo que disponen los arts. 40 y 41.

No hay, pues, más coparticipación calificada que la banda o asociación ilícita, cuya penalidad especial impuesta a la mera organización a título de delito *sui generis*, cesa cuando se trata de juzgar los delitos cometidos por la asociación, para dar lugar en ese caso a la aplicación de las reglas generales relativas a la participación en general.

Esta misma regla, salvo lo que especialmente se prescribe en los arts. 122, 216, 232 y 233, se aplica en el complot, que, como ya se ha dicho, no constituye un caso de coparticipación calificada.

168.—Nypels, a quien acompañan Haus y Prins, niega que pueda haber coparticipación en *hechos* meramente *culposos*, y se funda en que la coparticipación supone el concierto o acuerdo previo de los coparticipes. Más esto es sólo verdad en modo relativo, puesto que, tanto en los casos de asistencia como en los de ejecución, puede ocurrir, si bien por excepción, que falte ese acuerdo. Ejemplo el caso del que, sabedor de que una persona, con quien no tiene vínculo alguno de relación, daría muerte a otra si dispusiese de algún arma o de veneno, interesándose en esa muerte, y con el propósito de obtener su reali-



zación, pone ocultamente a su alcance uno de esos medios, del que éste se sirve para realizar la muerte.

Chauveau, al contrario (nº 1427) la admite; y ha sido precisamente su opinión la que ha provocado la réplica de Nypels, quien concluye reconociendo, al fin, que los casos propuestos por Chauveau tienen su represión en las disposiciones relativas a la culpa, así como que el acuerdo puede ser tácito (t. I p. 77).

Acompañan a Chauveau, Carrara, Rivarola y Tejedor. También Liszt; si bien sólo en cuanto a los autores, que, en lo que a los cómplices se refiere, acompaña a Nypels, por entender que este caso supone el acuerdo.

Nadie desconoce la posibilidad práctica de que en un hecho puedan intervenir varias personas como causa inmediata o mediata, directa o indirectamente, de modo principal o accesorio, por actos anteriores o simultáneos, con dolo unos y otros por culpa. El mismo Liszt prevé casos (t. I p. 336), que son los siguientes: instigación dolosa y ejecución culposa; instigación culposa y ejecución dolosa; instigación y ejecución culposa. De suerte, pues, que si todos ellos son causa del delito, y se reconoce en la sociedad el interés de reprimir los actos delictuosos aun simplemente culpables, no se alcanza el valor útil de semejantes sutilezas doctrinarias, si por otra parte la penalidad se arreglara, en cada caso y para cada cual, en orden al grado y clase de su participación.

Los arts. 33 inc. 4º y 36 inc. 3º del código derogado, prevenían expresamente casos de complicidad sin acuerdo, como los de los funcionarios que, sin inteligencia con los autores, facilitan la ejecución del delito, omitiendo cumplir con sus deberes de impedirlo.

Concordaba con esta conclusión la disposición contenida en el art. 19 letra k). de la ley 4189, que expresamente admitía la codelinuencia por culpa por parte del oficial público, que, por negligencia en llenar los requisitos legales, autorizaba un matrimonio ilegal doloso, disposición que reproduce el art. 136 vigente.

Ser partícipe en un delito implica la idea de causa del mismo, con entera prescindencia de las modalidades que en cada caso revistan el elemento moral y el material. No se deja de ser causa del delito, porque se haya obrado con culpa y no con



dolo, en modo grave o leve, con premeditación o por impulso súbito, aportando una fuerza moral o una física, directa o indirectamente, de modo inmediato o mediato, principal o secundario: basta con haber incorporado a los valores de construcción un valor útil, cualquiera que él sea. Hay, entonces, participación, cuando hay en un delito concurrencia causal: no se requiere ni acuerdo ni concordancia en la calidad, cantidad e importancia del valor aportado. Y como la responsabilidad no es solidaria, la penalidad corresponderá a cada cual en relación a la que personalmente le incumba, de acuerdo con su participación. Así podrá resultar corresponder por culpa a unos y por dolo a otros. El código resuelve el punto en el art. 136, de acuerdo con esta manera de ver.

En suma: la coparticipación no requiere el acuerdo sino simplemente la concurrencia de voluntades sobre lo que constituye el objeto de la acción, aunque la relación sea indirecta y remota.

Para lo que se requiere el acuerdo, es para que entre los partícipes se establezca cierto vínculo solidario, de tal manera que la participación importe cargar con las consecuencias más graves de la acción de los otros copartícipes, o al menos agravar la responsabilidad de todos. Faltando el acuerdo, cada cual carga con lo propio y la agravación sólo surge para el que la ganó por sí mismo.

En la legislación extranjera no se establece la solución de una manera precisa, pero en general se habla de *causar* u *oportunar* la muerte, la lesión, el daño..., conceptos que indudablemente comprenden los casos de culpa.

Ejemplo de participación exclusivamente culposa es el del que anima al cochero que anda de prisa entre la multitud, propeuesto por Chauveau; de participación por culpa en un hecho doloso, el del farmacéutico que vende un abortivo, sin prescripción médica, a una joven evidentemente en estado de embarazo, y de participación dolosa en el hecho culposo de un tercero, el del que constándole que el arma está cargada y queriendo vengarse de un enemigo, anima al primero, que creyéndola descargada, amenaza en broma martillarla apuntando al último.

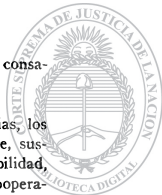


169.—Una de las cuestiones que con la coparticipación se relaciona, es la de la comunicación recíproca entre los coparticipes de las *causas de exención, atenuación y agravación* de responsabilidad, a cuyo respecto tanto la doctrina como la legislación comparada han fijado reglas, algunas de las cuales figuraban en las disposiciones sobre complicidad, derogadas por la ley 4189 y que fueron incluidas en los últimos proyectos.

En principio no se comunican a los demás coparticipes los motivos de exención, atenuación o agravación de carácter personal que concurren a favor o en contra de alguno de ellos, en cuyo caso no les apravechan las excusas ni les perjudican las agravaciones. Así, será responsable quien haya hecho hurtar por intermedio de la mujer del damnificado, aun cuando esté ella exenta de pena en virtud de lo que sobre el particular dispone el art. 185 del código. Tampoco el instigador gozará de los beneficios propios de la menor edad del ejecutor, y v. v., ni al ejecutor perjudicará la condición en el provocador de hijo de la víctima. Más si el motivo de agravación personal inherente al ejecutor o auxiliador fuese utilizado en la realización del delito, el provocador cargará con sus consecuencias legales, como ocurre en el hurto efectuado por intermedio o con ayuda de un doméstico, caso que preveía el art. 22 letra b) nº 5º de la ley 4189.

En cuanto a las agravantes impersonales, llamadas también objetivas o materiales, se comunican siempre que, no habiendo sido reservadas, sean necesarias o útiles a la ejecución del delito, o fuesen una consecuencia natural del mismo. Se entiende aquí por agravaciones, tanto las circunstancias agravantes en general, cuanto los delitos cometidos como medio, con ocasión o a consecuencia del mandado, y las consecuencias más graves de él derivadas.

Tratándose, especialmente del mandato y de la orden, puede ocurrir que el mandatario se haya excedido. En tal caso, el mandante no responderá de todo aquello que hubiese ultrapasado los límites o reservas expresamente hechas, aunque resultare necesario o conveniente, ni de lo no exceptuado, si resultare antojadizo e inconducente. Responderá, en cambio, de todo lo que, no habiendo sido reservado, fuese necesario, útil o consecuencial.



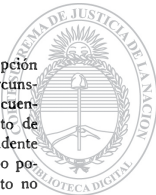
Los arts. 22, 23, 24, 39 y 41 del código derogado consagraban esta doctrina.

El informe de 1891 dice al respecto lo siguiente:

“Es conocida la teoría según la cual las circunstancias, los accidentes y las condiciones personales de un partícipe, susceptibles de agravar, disminuir o excluir la responsabilidad, no se comunican, ni afectan a los otros partícipes o cooperadores. La edad, el sexo, la calidad de padre o de hijo de la víctima, el estado mental, el hábito del crimen, etc., son elementos personalísimos, propios sólo del sujeto que los posee. que no puede modificar la situación de sus copartícipes ante la ley y ante la justicia. Tal es el principio que consagra la primera parte del artículo 71”.

“Pero, es posible que algunas circunstancias, cualidades y relaciones personales que agraven la criminalidad concernientes a alguno de los partícipes, hayan servido para facilitar el delito y hayan sido, al mismo tiempo, conocidas por los otros cooperadores; en ese caso, las circunstancias, cualidades, y relaciones mencionadas se tomarán en cuenta también al apreciar la responsabilidad de estos últimos, de acuerdo con la segunda parte del art. 71. Así sucederá, por ejemplo, con la condición de criado de la víctima en uno de los codelincentes, cuando se halla valido de ella para hacer penetrar en la casa a sus compañeros, porque entonces dicha circunstancia habrá sido utilizada por todos y revestirá un carácter real, como se ha observado, desde que sin ella habría sido menester que los copartícipes se sirvieran de otro medio para entrar en el domicilio”.

“La segunda parte del art. 71, concordante con el art. 65 del código italiano, no sanciona para caso alguno la comunicabilidad de las condiciones personales, sanciona únicamente (por una excepción, que explica cuando ciertas circunstancias individuales de un partícipe se tomarán en cuenta para estimar la responsabilidad de los otros) la verdad de la teoría que sostiene la incomunicabilidad de las condiciones y cualidades subjetivas, pues lo que en virtud de la regla se comunicará será la parte *objetiva*, la parte realmente aprovechada por todos, de las circunstancias personales”.



“Más inconcusa aún que la precedente es la prescripción del art. 72 que establece la comunicabilidad de las circunstancias materiales agravantes, o que ordena se tomen en cuenta, aunque hagan cambiar la especie del delito, respecto de todos los partícipes, porque el hecho y sus diversos accidentes vinculan y afectan a los cooperadores que los conocían o podrían preverlos. Empero, si algunos concurrentes al delito no conocían, ni podían prever una o más circunstancias materiales, éstas no se tomarán en cuenta a su respecto, porque faltará la condición indispensable de la comunicabilidad. Sería injusto e ilógico agravar la situación de un hombre por hechos que ignoraba y que no entraron en sus previsiones”.

La doctrina que queda expuesta tiene la autoridad de los tratadistas, de la jurisprudencia y de las disposiciones contenidas en los arts. 24, 39, 41 y 224 del código derogado, 52 y 55 del proyecto de Tejedor, 26 del de Villegas, Ugarriza y García, y 71 y 72 del de 1891. Puede verse además lo dicho en los núms. 103 y 126.

El código la consagra una vez más disponiendo en el art. 48, que no se comunican las eximente y atenuantes provenientes de las *relaciones, circunstancias y cualidades personales*, como tampoco las agravantes, a menos que fuesen *conocidas* por el partícipe.

Respecto de la complicidad, cabe hacer notar, que según establece el art. 47, “Si de las circunstancias particulares de la causa resulta que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor principal, la pena le será aplicada únicamente en razón del hecho que prometió ejecutar”. Estas palabras *prometió ejecutar* deben ser interpretadas en el sentido de *quiso o entendió cooperar*. Puede verse como concordantes los proyectos anteriores al código derogado, el art. 38 de éste y el proyecto de 1906.

Y si la responsabilidad del cooperador no debe ir hasta donde el ejecutor quiera llevarla contra su voluntad, tampoco debe pasar de lo que éste haya realizado de acuerdo con ella. Así, si éste no consumió el delito convenido, la responsabilidad de aquel se reducirá a la de la tentativa, siempre que los actos realizados por el ejecutor revistan las condiciones necesarias para



ser considerados como tentativa del delito proyectado, de acuerdo con el precepto del art. 42, que es lo que dispone la parte final del art. 47.

170.—La cuestión relativa al *desistimiento* en la participación puede ofrecer dificultades prácticas.

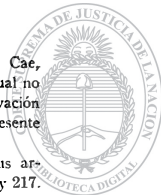
Si el que desiste fuere el partícipe moral, y el material, no obstante conocer el desistimiento, ejecutase el delito hasta entonces no comenzado, la responsabilidad será exclusivamente suya. Mas si lo conociere comenzada ya la ejecución, pero en tiempo para no consumarlo, el partícipe moral responderá sólo por tentativa, aún cuando el autor material haya perfeccionado el delito. Si el desistimiento llegare a conocimiento del partícipe material estando ya consumado el delito, la responsabilidad alcanzará por igual al partícipe moral, aunque probare haber comunicado su desistimiento con tiempo suficiente para impedirlo, así como la circunstancia de no haber él llegado a conocimiento del partícipe material por circunstancias imprevistas o que no hayan podido ser salvadas, no obstante los esfuerzos que en ese sentido hubiese hecho con la mayor diligencia. (Haus, citado por Nypels en la p. 189 del t. I). Sostiene el mismo autor que no se admite el desistimiento tácito.

Si, al contrario, fuese el partícipe material quien desistiere, opina Haus que el desistimiento aprovecha al partícipe moral, en razón de que la tentativa voluntariamente desistida no constituye delito. En contra Nypels y Legraverent (Nypels, t. I ps. 126 y 190; Liszt, t. I p. 314, y Merkel, t. I p. 193).

Comparto la manera de ver de estos últimos autores, porque la impunidad por la ley acordada para el desistimiento voluntario se relaciona únicamente con el autor del desistimiento, como una compensación a su arrepentimiento, el que por ese medio procura obtener. Es pues en razón de un motivo exclusivamente personal que la ley dispensa en tal caso de la pena, por lo cual no cabe extender la excepción al partícipe moral, a cuyo respecto se han realizado las condiciones psicológicas, materiales y jurídicas necesarias para que la ley considere existente la materia punible. Ha habido por su parte instigación, el designio delictuoso ha recibido un principio de ejecución, no ha demostrado el menor arrepentimiento y continúa

siendo, como era antes, un sujeto temible y peligroso. Cae, por lo tanto, dentro de los términos de la regla según la cual no se comunican los motivos de exención, atenuación y agravación de carácter personal, debiendo a este respecto tenerse presente las citas hechas al tratar de esta materia en el n° 170.

El código derogado consagraba esta doctrina en sus artículos 39 y 41, y la consagra el vigente en los arts. 43, 48 y 217.





SECCION CUARTA

DE LA PENA

CAPITULO XXI

Consideraciones generales

171.— De las sanciones del delito: de la sanción civil y de la sanción penal. Diferencias. De la indemnización civil y la justicia indemnizante. 172.— De las distintas formas de sanción social. Medidas preventivas y reparatorias. Medidas represivas: no eliminatarias y eliminatarias. 173.— Medidas de seguridad, preventivas y reparatorias. 174.— La pena. Su evolución histórica, su concepto actual y manera de obrar. 175.— Naturaleza, contenido y función de la pena. Absolutismo y relatividad, individualismo y colectivismo. Utilización de la pena. 176.— Caracteres. Legales, morales y personales, divisibles, reparables, remisibles y educadores. 177.— De la calidad, la clase, la cantidad, el grado, la escala y el sistema de penas. 178.— De la clasificación de las penas. Según su calidad, cantidad, duración y efectos; principales, complementarias, accesorias, conjuntas, alternativas, comunes, políticas, criminales y correccionales. 179.— Del sistema de penas del código. Generalidades. a) De la pena de muerte. Su legitimidad y su necesidad. Ventajas e inconvenientes. Tendencia abolicionista. b) De las penas privativas y restrictivas de la libertad. Casos en que la pena de reclusión está excluida. Diferencia con la de prisión. Accesorias. Régimen y duración. Agravaciones carcelarias. c). De la pena pecuniaria, y de las demás penas privativas o restrictivas de otros derechos civiles y políticos.

171.—El delito produce determinadas consecuencias de carácter legal, como se ha hecho ver en el n° 18, t. I, y entre ellas figuran *la sanción* penal, que es constante, como es natural, en todo delito, y la de carácter civil, que únicamente tiene lugar cuando el delito criminal es a la vez un delito civil. Así no dará lugar a una sanción civil un disparo de arma de fuego que no ha producido daño, una asociación para delinquir, etc.

Por las demás diferencias entre ambas sanciones puede recurrirse al n° 74, t. I, y el arriba citado.



El código, a diferencia del derogado, legisla el punto relativo a la reparación civil y al ejercicio de la acción, en los arts. 29 a 33, punto del que se trata en el t. I n° 73, pudiendo agregarse aquí, que en el art. 19 inc. 4° prevé un caso de refuerzo de los fondos a que se refiere el 11.

172.—Refiriéndose Ferri a las *distintas formas de sanción social*, encuentra que, aparte de los medios preventivos y meramente reparatorios, aconsejables para aquellos actos nocivos que no revisten carácter criminal (medios policiales, y destrucción del estado antijurídico por la anulación del acto y el resarcimiento del daño), cabe, en modo general, o en abstracto, adoptar medios represivos, los que considera bajo dos aspectos: los no eliminatorios y los eliminatorios. Los primeros para los delinquentes ocasionales y por pasión, y los segundos para los atávicos, los habituales, los locos y los que cometen delitos de una especial gravedad.

En cuanto a la penalidad en particular o en concreto, estima que debe consultarse la cualidad antisocial del acto y del delincuente. Lo primero teniendo en cuenta la calidad del derecho herido y los motivos determinantes, y lo segundo en orden a la categoría antropológica del delincuente; criterios que respectivamente corresponden a los aconsejados por Garófalo, de la adaptación social y de la temibilidad del delincuente.

Son estos criterios cualitativos por excelencia, y se complementan con el de las circunstancias particulares del caso, a los efectos de la medida de la pena.

A ellos tiende la legislación contemporánea, por lo que ya no es dado hablar, en materia de proporción penal, de analogía de la pena con el delito, ni de ningún otro criterio que no sea de los que consultan la personalidad del delincuente y al mismo tiempo la defensa social.

Se ha dicho ya, por lo demás, que las medidas represivas (prevención directa), aunque necesarias, no son las únicas de que puede servirse la sociedad para luchar contra el delito. Ahí están los medios preventivos puros (prevención indirecta), que, adoptados con acierto y en toda su magna complejidad y extensión, serían acaso más eficaces que los represivos, dado que

se atacaría el mal en sus fuentes y no en sus manifestaciones. Aquí, sin embargo, se trata sólo de las medidas represivas.

Cabe hacer resaltar, que las medidas de seguridad desempeñan el papel de substitutivo penal en el caso de locura previsto en el art. 25.

173.—Existe actualmente, en el sistema de la escuela intermedia, al que responden los métodos de los proyectos y códigos modernos, la tendencia a adoptar, además de las penas, las llamadas *medidas de seguridad*. Se las destina a los delinquentes moralmente irresponsables, y a los que demuestran una particular peligrosidad por sus hábitos criminales o viciosos, y es así como se somete a ellas a los menores y a los alienados delincuentes, tanto como a los reincidentes de cierta categoría y a los delinquentes alcoholistas o vagos.

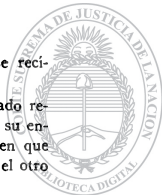
Consisten en el internamiento de los alienados absueltos en manicomios especiales, en el asilamiento de los alcoholistas en asilos de bebedores, en la colocación de los vagos y mendigos en casas de trabajo, en la detención suplementaria de dichos reincidentes después de cumplida la pena, y la custodia de los menores en hogares o instituciones de educación y reforma.

Son impuestas algunas en mira exclusiva del interés social en peligro, como en los casos de reincidentes, y otras en interés también de los a ellas sometidos, a quienes por ese medio se procura curar de sus malos hábitos, vicios, afecciones o deficiencias psíquicas.

Se ha llegado a ellas por la insuficiencia demostrada del sistema represivo, por una parte, y por otra, como un medio de transigir entre el principio de la responsabilidad moral y la necesidad de defender los intereses sociales, amenazados por los moralmente irresponsables, pero peligrosos.

Autores como Birkmeyer, Beling, Köhler, Lenz, Löffler, Meyer, Aldffeld, Stoos y otros, han tratado de demostrar que las medidas de seguridad son distintas de las penas. Otros que, como Liszt, no creen en esta separación, sino cuando se impone, p. e., a los jóvenes abandonados o a título de protección a los niños, sin que las motive un hecho delictuoso, piensan que, en definitiva, penas y medidas de seguridad son círculos secantes que actúan en un terreno común: la seguridad y la co-





rrECCIÓN, en el que se identifican, pudiendo substituirse recíprocamente.

Prins dice: "Porque es indudable que para el alienado recluso es tan cruel su reclusión como para el culpable su encarcelamiento. Ambos reclaman su libertad y sostienen que están aprisionados por error; el uno diciéndose cuerdo, el otro protestando su inocencia".

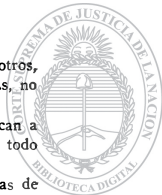
"¿En virtud de qué derecho es lícito suponer que el uno acepta su prisión como una pena y el otro como un medio de protección contra sí mismo y de proteger a los demás?"

El mismo Birkmeyer llega a reconocer que en el proyecto alemán una medida de seguridad puede substituir a la pena, y en la exposición de motivos del mismo se llega a la conclusión de que no existe diferencia práctica.

Garraud no advierte más diferencia entre penas y medidas de seguridad, que la del carácter retributivo de las primeras de que las últimas carecen, lo que importa establecer que toda medida defensiva reviste el carácter de pena si es aplicada con relación o en virtud de un delito, y por lo tanto a un delincuente, porque es únicamente el delito el que ofrece el aspecto ético de la culpa moral, y que reviste el carácter de medida de seguridad en el caso contrario. Si bien ambas consultan la peligrosidad del agente, las penas lo hacen sobre la base del delito cometido, mientras que las medidas de seguridad contemplan sólo la posibilidad del delito a causa de un estado de peligrosidad revelado por otras manifestaciones.

Conti hace esta misma distinción, y llega a la conclusión de que las penas corresponden a la justicia y las medidas de seguridad a la jurisdicción administrativa.

Propiamente, en consecuencia, debiera considerarse medidas de seguridad las impuestas a los deficientes mentales y niños abandonados, peligrosos no delincuentes, y a los moralmente irresponsables, como los locos y los menores de catorce años, y penas a las impuestas con relación a uno o más delitos, y por lo tanto a verdaderos delincuentes, aunque lo fueran en calidad de accesorias o complementarias, como las de deportación a los reincidentes, y también el asilamiento de los vagos y alcohólicos. Más o menos el parecer de P. Montes.



Y siendo así, habría que convenir, con Prins entre otros, que las medidas de seguridad, de tal manera consideradas, no pertenecen al derecho penal propiamente dicho.

En el código son de resorte jurisdiccional y se aplican a los moralmente irresponsables, durando para los jóvenes todo el período de la menor edad.

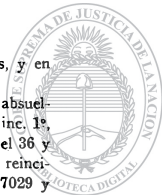
La cuestión sobre la diferencia entre penas y medidas de seguridad, en realidad carece de importancia para los clásicos y los positivistas. Para los primeros, porque nunca consideraron posible tomar medidas contra los moralmente irresponsables, y las únicas adoptadas contra los responsables, tuvieron siempre el carácter de penas, en su doble aspecto: el jurídico, preventivo, y el ético, retributivo. Para los segundos, porque fundando la responsabilidad en la peligrosidad social del sujeto, abstracción hecha de la culpa moral, las medidas defensivas revisten un sólo y único carácter, el jurídico preventivo, en cuyo concepto la distinción entre penas y medidas de seguridad no tiene razón de ser. Es así como el proyecto italiano las considera de ese único punto de vista, bajo la denominación común de *sanciones*.

Esa diferencia, por consiguiente, sólo se explica en el sistema intermedio de los proyectos y códigos modernos, incluso el nuestro y excluido el proyecto italiano de orientación positivista, porque conservando el concepto de la culpa moral como elemento del delito y fundamento de la responsabilidad, para defender a la sociedad contra el peligro de los moralmente irresponsables, se ve forzado a establecer la separación correlativa en las medidas defensivas, reservando las penas, con su doble carácter jurídico (prevención) y ético (retribución), para los primeros, y arbitrando unas medidas que llama de seguridad para los segundos, de carácter exclusivamente jurídico (prevención).

En definitiva: penas y medidas de seguridad son idénticas en lo jurídico, puesto que, siendo defensivas, tienen por función común la prevención de los hechos considerados socialmente nocivos, y se diferencian únicamente en el aspecto ético retributivo, tan sólo propio de las primeras.

Puede verse además el n° 81 del t. I.

Hállanse previstas en la ley inglesa *Prevention of crime* de 1906, en el código de Noruega, que las extiende a los casos



de penas atenuadas impuestas a delincuentes peligrosos, y en los proyectos austriaco, alemán, suizo y sueco.

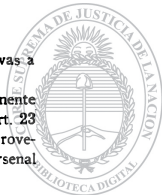
El código las tiene previstas para los que resulten absueltos por algunos de los motivos expresados en el art. 34 inc. 1º, como son los alienados y pueden ser los alcoholistas, en el 36 y siguientes para los menores, y en cierto modo para los reincidentes en los arts. 51 y 52. También las leyes 4189, 7029 y 3335, las tenían para los reincidentes, y la de corrupción de mujeres para el reiterante.

A continuación de las medidas de seguridad figuran las *medidas de prevención*, que en el proyecto suizo se hallan representadas por la caución preventiva, la confiscación de objetos peligrosos y la publicación de la sentencia.

La caución, de origen suizo, adoptada luego en el derecho alemán y en el español, e incorporada al código derogado en los arts. 161 y 170 que trataban de los delitos de substracción de menores y de amenazas, es para los casos en que el individuo amenaza cometer o repetir el delito; *la confiscación* se impone respecto de los objetos que han servido o deban servir para cometer un delito, o que sean el producto de un delito, si son de tal naturaleza que la seguridad personal, la moral o el orden público quedan comprometidos; *la publicación de la sentencia* se hace a expensas del condenado, si el interés público lo exige o lo requiere el damnificado, y a expensas del estado o del denunciador o querellante en su caso, si el interés público lo exige o lo requiere el procesado absuelto.

No debe confundirse la confiscación de objetos o efectos peligrosos de que aquí se habla a título de medida preventiva, lo que quiere decir que no es menester se haya cometido el delito, con la confiscación o comiso de los instrumentos o efectos del delito como pena, de que se habla más adelante.

En el código derogado y los proyectos anteriores figuraban la caución de no ofender, el comiso de los instrumentos del delito y la sujeción a la vigilancia de la policía, como así mismo en caso de duelo la detención preventiva de los duelistas, hasta que prometiesen bajo palabra de honor desistir del duelo, por lo que se ve que estas medidas preventivas, aunque a base de hechos consumados casi todas no tienen su origen en las nuevas orientaciones del derecho penal, de las que proceden más di-



rectamente las llamadas medidas de seguridad y las relativas a los menores.

El código adopta de esas medidas preventivas únicamente el *comiso* de los instrumentos del delito, y dispone en el art. 23 que no podrán venderse y serán destruidos, pudiendo aprovecharse sus materiales por los gobiernos de provincia o el arsenal de guerra de la nación.

Funda la comisión de diputados esta disposición, diciendo que como la generalidad de las personas no se interesan en la venta que de ellos se acostumbra hacer para descongestionar los depósitos judiciales o policiales, por tratarse de objetos que han sido utilizados en la perpetración de crímenes, resulta que la justicia proporciona la oportunidad de adquirir elementos bárratos de delincuencia, a los individuos azeados al delito, que son los únicos que se presentan como compradores.

Entre estas *medidas* preventivas y las de seguridad encuéntrase las *precaucionales*, que más próximas se hallan de las primeras, y que son las que el código adopta respecto de los menores y sus representantes legales en sus arts. 36 y siguientes.

174.—Etimológicamente se hace derivar la palabra *pena*, del vocablo *pondus*, que significa peso, explicándose así el clásico símbolo de la balanza puesta en manos de la justicia, encargada de mantenerla en el fiel, colocando el peso o la pena representada por la espada, en el platillo que el delito, puesto en el otro, ha hecho subir; verdadera dosificación objetiva del delito, a título de retribución moral y jurídica. También se la hace derivar de los vocablos *poiné* y *punia*, del griego y del sánscrito, que significan resarcimiento, purificación, expiación.

Fué la pena en los primeros tiempos un instrumento de venganza individual, familiar o colectiva (pena o reacción instintiva), o impuesta en nombre de la divinidad, del soberano o de la colectividad, en concepto de escarmiento o expiación, pero siempre de un punto de vista particular, retributivo (pena razonada). De aquí las expresiones aún en boga, *castigo*, *vindicta pública*. Y aun cuando posteriormente evolucionó hacia una finalidad preventiva, más que la prevención del delito (*nec peccetur*) tuvo siempre en mira el delito mismo, cuyo mal procuraba retribuir (*quia peccatum*). Su punto de vista estaba más



en el pasado que en el porvenir; más en una consideración de orden moral y de justicia absoluta, la retribución, que de orden utilitario, la prevención, concordante con el concepto moderno del delito de fenómeno jurídico de carácter social.

Fueron en general crueles, impersonales, desproporcionadas, infamantes. Del talión se pasa a las composiciones, y la muerte (prodigada por delitos hoy considerados leves, en formas realmente brutales), las mutilaciones, los azotes, la exposición pública, la cruz, el emparedamiento, la marca, y otras tantas penas torturantes y afrentosas, constituían la abominable escala penal, para horror y no para resguardo de la sociedad. Y a tal punto había llegado el exceso, que Beccaria, con su libro "De los delitos y de las penas", publicado en el siglo diez y ocho, no hizo sino arrimar fuego a la pólvora, pues su protesta contra semejante estado de cosas no fué más que la manifestación de lo que se había hecho carne en la opinión, y sólo necesitaba de un pretexto cualquiera para manifestarse por el órgano de un pensador.

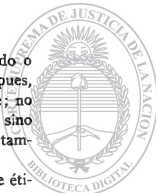
En materia de antigüedad, priman la pena de muerte, las mutilaciones y los golpes, sobre las penas pecuniarias, y éstas sobre las privativas de la libertad y las inhabilitaciones.

Puede verse el n° 1, t. I.

El atraso en la penalidad pesó sobre nosotros hasta que en el orden nacional se dictó la ley de 14 de septiembre de 1863 y algunas provincias adoptaron el código de Tejedor. Para el resto del país pesó hasta la sanción del código de 1886, habiendo entre tanto regido las antiguas leyes españolas, tres veces derogadas en España.

El concepto actual de la pena es otro. A la violencia del individuo contra el derecho, la sociedad opone un acto de fuerza, la fuerza del estado, de tal manera que el sujeto activo del delito se convierte en sujeto pasivo de la pena, al propio tiempo que la sociedad se convierte, de sujeto pasivo del primero en sujeto activo de la segunda. Es decir que la sociedad reacciona, por lo cual puede decirse, con Garraud, que la pena es la reacción social contra el delincuente, reacción eminentemente jurídica, pero que aún conserva su aspecto ético.

La pena es así ante todo defensiva, aunque conserve un resto de su carácter retributivo: es el medio de que la sociedad



se sirve para protegerse contra los delincuentes, previniendo o procurando impedir la realización de los delitos. No es, pues, un fin sino un medio; no mira el delito sino al delincuente; no contempla el pasado sino el porvenir; no procura remediar sino prevenir; no es un mal sino un bien. En este sentido es también un motivo de coacción psicológica opuesto al delito.

Es la *pena* de tal suerte una fuerza o energía, más que ética jurídica, y *obra de dos maneras*: estática y dinámicamente. De manera estática, mientras figura en la ley como una espada levantada en son de amenaza a todo aquel que ose infringirla, y de manera dinámica, cuando, producida la infracción, a la manera de la simbólica espada, se mueve cayendo sobre el culpable.

La energía estática de la pena es puramente preventiva y actúa sobre todos colectivamente por medio de la intimidación, en tanto que la dinámica, aunque también preventiva, tiene su aspecto represivo, y actúa particularmente sobre el delincuente por medio de un sufrimiento considerado capaz de reformarlo, a menos de que fuese un caso de eliminación. Pero aún en su forma dinámica actúa sobre todos preventivamente con mayor fuerza todavía, puesto que intimida más una espada que golpea que una que sólo amenaza.

La energía dinámica tiene por otra parte un punto diferencial notable, cual es el del doble momento de actividad: la aplicación y la ejecución de la pena.

175.—En conocimiento ya del concepto y la manera de obrar de la pena, toca estudiar ahora su *naturaleza*, su *contenido* y la *función* o *finalidad* que *desempeña* o está destinada a llenar en el mecanismo penal, del cual es el principal resorte.

La pena es de *naturaleza* jurídica, porque su *contenido* importa la privación o la restricción en el uso y goce de alguno de los bienes jurídicos del culpable: la vida, la libertad, el patrimonio, etc. De aquí que implique la imposición de un sufrimiento, porque una privación o una restricción semejante lo lleva aparejado. Más es un sufrimiento impuesto como medio necesario y para bien de la sociedad, y no para mal del culpable, cuyo bien se procura en principio y al mismo tiempo conseguir: la pena *bien*, no la pena *mal* (castigo, retribución).



Y su naturaleza es jurídica no sólo por razón de su contenido, sino porque implica el poder o la fuerza del estado puesta al servicio y con fines de utilidad social.

Si, pues, la pena es sufrimiento, va de suyo que es intimidante, importa una amenaza que, al hacerse efectiva, una vez realizado el delito, da como resultado eliminar al culpable del seno social, perpetua o temporalmente, de modo absoluto o relativo, como medio o como fin, o procurar su reforma, creando, cambiando o fortificando los motivos de obrar, de manera a obtener su readaptación social.

Se advierte claramente, en consecuencia, que sin perjuicio de la finalidad genérica defensiva del complicado mecanismo penal (ley, pena, instituciones, autoridades, leyes procesales), de la que participa en modo mediato o remoto, tiene la pena, como *función propia*, inmediata o próxima, en su carácter de resorte u órgano de dicho mecanismo, prevenir, evitar el delito, lo que obtiene de dos maneras: en forma intimidante, indirecta e impersonal, de su punto de vista de energía o fuerza estática; en forma directa y personal de eliminación o segregación y de reforma, de su punto de vista de fuerza o energía dinámica. Por donde se ve que el fin de la pena no está, como en otros tiempos estuvo, en ella (castigo, retribución), sino fuera de ella, en mira de un resultado doblemente útil, para la sociedad y el sujeto.

El fin preventivo de la pena era ya considerado en la antigüedad. "Castigad para que todo Israel sea herido de espanto y nadie se atreva a repetir un hecho semejante", decía Moisés. El mismo fin preventivo por el ejemplo tenía en las leyes de India.

Entre los griegos, Platón decía: "Cuando en la imposición de las penas se procede acertadamente, el castigo no se aplica por la falta perpetrada, puesto que es imposible impedir el mal causado, sino para oponerse a una falta futura, a fin de que el reo no reincida y sirva de ejemplo el testimonio de su castigo".

Entre los romanos, donde se sintetizaba el fin de la pena diciendo: *quia peccatum et nec peccetur*, Séneca y Plauto enseñaban que ese fin debía ser puramente educador y moraliza-



dor. *Ut eum quem punit emendet* decía el primero; *Poenā constituitur in emendationem hominum*, decía el segundo.

Y como las legislaciones se orientaban en el mismo sentido que sus pensadores, se ve que desde Grecia la pena agregaba al fin preventivo intimidante, el de la enmienda del culpable, punto de vista que acentúa el derecho eclesástico, y al que la tendencia contemporánea asigna una importancia extraordinaria.

La constitución, sin embargo, dice en su art. 18 que las cárceles son para *seguridad* de los reclusos. Es cierto que dice que no son para *castigo*, pero también es igualmente cierto que para nada menciona la *reforma* del recluso. La pena de cárcel, en consecuencia, si para los constituyentes no importaba un castigo, tampoco era un instrumento de reforma, de tal manera que el encierro tenía como fin la eliminación, cuando en realidad ésta no es, en la pena de cárcel, sino el medio de asegurar la reforma.

Kenny, agrega a la función principal de la pena, la secundaria de carácter retributivo, consistente en dar satisfacción, por una parte a los sentimientos de la víctima, y por otra a los de la sociedad, función ésta que realmente conserva en la legislación contemporánea: función ética paralela a la jurídica de prevención.

Al sistema absolutista kantiano de la pena *mal*, pena retributiva, pena castigo, pena con finalidad individual, sucedió el sistema relativo de la pena *bien*, pena medio, pena útil. Este bien y esta utilidad, fueron de orden individual preponderante en el correccionalismo histórico, que perseguía en primer término la enmienda del culpable, y de carácter eminentemente social en la escuela positiva y en las intermedias contemporáneas, que atienden en primer término a la defensa de los intereses sociales, a cuyo fin se procura obtener la readaptación del delincuente. Absolutismo y relatividad, por una parte, e individualismo y colectivismo, por otra.

A la utilización genérica de la pena (prevención del delito por la ejemplaridad y la readaptación del culpable), se asoció luego la específica de las de cárcel, que se procuró hacer económica, mediante el aprovechamiento del trabajo de los delincuentes, y la aplicación de su producto a la satisfacción de los



gastos carcelarios, al resarcimiento del daño a la víctima y la formación de un peculio para el penado.

Pero junto a la función fundamental, finalidad utilitaria de la pena (prevención y defensa), obra aún la función paralela de carácter ético de antiguo abolengo, en su aspecto retributivo. Vale decir que la pena es una reacción social, no sólo jurídica sino también moral.

Si como función jurídica tiende a extirpar el delito, como función ética se caracteriza, primero por su acción restauradora del orden moral alterado, en cuanto, dando satisfacción al humano sentimiento de venganza, fruto del odio a todo atentado a las condiciones de vida individual y colectiva y del temor por la inseguridad del orden, restablece la calma y fortifica la confianza educadora, en cuanto inspira la repugnancia por los actos ilícitos.

176.—Si para prevenir, la pena debe intimidar primero y luego eliminar y corregir; si ha de conjurar el delito por coacción psicológica ante todo, y más tarde del mismo modo y por coacción física, es forzoso convenir que a tales efectos deben corresponder determinados *caracteres*.

Así las penas han de ser sin excepción *legales, morales y personales*.

Si las penas no estuviesen *determinadas* con claridad en la ley; si los jueces pudiesen imponer penas arbitrarias, de las que tanto abuso se hizo hasta su definitiva abolición por la revolución francesa, no solamente no contendrían el impulso criminal por falta de fundamento cierto para intimidar, sino que su aplicación arbitraria daría lugar a injusticias, que en vez de enmendar levantarían resistencias y provocarían rebeldías contraproducentes, al herir el sentimiento jurídico de la masa.

Nulla pœna sine lege, que es el postulado constitucional del art. 18.

Morales han de ser las penas, porque no se concibe que se combata la inmoralidad del delito con la inmoralidad de la pena, y porque la pena requiere para su eficacia el asentimiento de la opinión, el que, de ser *inmorales*, les sería contrario.

Han de ser además *personales*. Si la pena no fuese impuesta al culpable, no se comprende cómo podría hablarse de pre-



vención del delito. El delito es el efecto y el delincuente su causa inmediata: la pena, que tiende a herir la causa, tiene por fuerza que dirigirse al delincuente. De lo contrario, a su ineficacia se uniría su injusticia. Pero la verdad es que por mucho que se personalice la pena, no se consigue que no hiera indirectamente a los miembros de la familia del culpable.

Aparte de estos caracteres comunes a todas las penas, sea del punto de vista de su poder intimidante o del de su aplicación y cumplimiento, otros hay que son propios del primer punto de vista únicamente, o sólo del segundo y con relación a determinadas penas.

Como caracteres propios del punto de vista de su aplicación y cumplimiento, y particularmente respecto de ciertas penas, puede anotarse el ser *divisibles, reparables y proporcionadas*.

Divisibles, movibles o elásticas, porque siendo la pena para el delincuente, a cuya personalidad ha de adaptarse, el legislador no puede dosificarla *a priori* sobre datos incompletos, sin caer en el inconveniente de arbitrar medidas ineficaces en su aplicación. Valdría tanto eso como dar el resultado de una suma sin el conocimiento de uno o más sumandos. Esa es tarea de la justicia, con conocimiento pleno en concreto de todos los elementos e información.

Deben también ser *reparables*, porque el error es humano. Es este uno de los más graves inconvenientes de la pena de muerte. Es menester, por lo demás, que sean varias, por así requerirlo la individualización de las mismas, consecuencia lógica de su finalidad preventiva.

177.—Además de los distintos aspectos hasta aquí examinados, cabe considerar en las penas la *calidad*, la *cantidad*, el *grado*, la *clase*, la *escala* y el *sistema*.

La *calidad* de la pena se relaciona con la naturaleza del bien jurídico que la pena hiere, y sirve de dato fundamental para clasificarlas en penas de muerte, privativas y restrictivas de la libertad, pecuniarias, etc.

No cabe confundirla con la *clase de penas*, o división ordenada que de ellas se hace en general, según su calidad. La calidad no denota una idea de relación, y por lo tanto no su-



pone pluralidad de penas, en tanto que la clase implica un concepto de comparación, y por consiguiente el de pluralidad de las mismas. Si la ley adoptase una sola pena, habría calidad y no clase. La idea, pues, de *clasificación* es más extensa y comprensiva que la de *calificación*. Puede de tal suerte suceder que una misma calidad de pena dé lugar a varias clases de la misma, como ocurre con la pena que hiere el derecho a la libertad. La clase supone, de tal suerte, la calidad.

Llámanse *cantidad* a la proporción en que la pena se impone. Puede ser fija o variable.

El *grado* en la pena denota la idea de su valor con relación a las demás, tanto en calidad cuanto en cantidad, en el sentido de su mayor o menor gravedad.

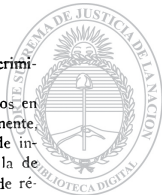
La *escala* es la clase informada del grado.

Se dice que hay un *sistema* de penas, cuando el legislador ha adoptado un conjunto o variedad de ellas.

La pena de muerte (pena supresiva o eliminatória absoluta) en sus distintas formas; las mutilaciones del tiempo bárbaro; la cárcel perpetua, la deportación, el destierro y el confinamiento (penas eliminatorias relativas); el encierro temporal; la multa; la marca y la afrenta pública de los tiempos yaidos, y la represión, la retractación y la satisfacción, son formas que, con mayor o menor crueldad, con mayor o menor intensidad, ha adoptado la sanción penal a través de las edades.

Ningún sistema penal, así se halle informado de un espíritu individualista, como el correccionalismo histórico, o colectivo, como el defensorista que anima el movimiento de la legislación contemporánea, puede prescindir de esos aspectos morfológicos de la pena, si se exceptúa las mutilaciones y las formas bárbaras de las otras.

178.—Puede hacerse la *clasificación*: de las penas de distintos puntos de vista, a saber: del de su *calidad*, en corporales, privativas o restrictivas de la libertad, pecuniarias y privativas o restrictivas de los derechos civiles y políticos; del de su *cantidad*, en fijas y divisibles; del de su *duración*, en temporales y perpetuas; del de sus *efectos*, en reformadoras y eliminatorias; de *otros puntos de vista*, en principales, accesorias y comple-



mentarias, alternativas y conjuntas, comunes y políticas, criminales y correccionales.

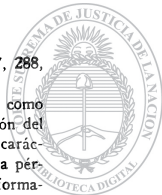
Son *reformadoras* todas las penas en términos amplios en su actividad dinámica, obrando en concreto e individualmente, porque de alguna manera agregan algún nuevo motivo de inhibición a los que ya poseía el delincuente. Exceptúase la de muerte. Pero estrictamente, reformadoras son las penas de régimen, o sea las de cárcel con tratamiento a base de educación, instrucción y trabajo.

Son *penas de eliminación* absoluta las de muerte y cárcel perpetua, y de eliminación relativa, únicamente con relación al territorio, las de destierro, deportación, expulsión o confinamiento. No debe, sin embargo, confundirse las con las de cárcel en general, en las que la segregación del individuo del seno social, más que al propósito de imposibilitarlo de seguir delinquiendo, obedece al de hacer factible su reforma, asegurando el tratamiento. A diferencia, pues, de los demás casos, en éste la eliminación es sólo un medio.

Son *penas principales* las que obran como instrumento directo de represión, como las de muerte, reclusión, prisión, multa, etc.; *complementarias* las que acompañan a la principal a objeto de asegurar su eficacia, de lo que es un ejemplo la inhabilitación en los arts. 143, 151, 176, 177, 207, 246, 248 a 258, 260, 261 y 265 a 271 (puede verse también lo que dispone el art. 140 de la ley de quiebras respecto de los cómplices en dicho delito), y *accesorias* las que son una consecuencia de la principal, como las de reclusión y prisión, las de inhabilitación, interdicción civil, etc. Penas hay, no obstante, que juegan a la vez el rol de principales, complementarias o accesorias, como la de inhabilitación.

Así como la división de las penas en *comunes y políticas* responde a la de los delitos en idéntico sentido, la de aquellas en *criminales y correccionales* obedece a la misma nomenclatura en la división de la jurisdicción penal.

El código impone penas *conjuntas* en los arts. 84, 86, 94, 136, 143, 151, 156, 174, 176, 207, 214, 223, 235, 238, 242, 243, 246, 248, a 258, 260, 261, 265, 272, 275, 276, 281, 287, 291 y 298, y *alternativas* en los arts. 79, 81, 82, 85, 90, 95, 100 a 107, 109 a 126, 140, 146, 165, 186, 187, 190 a 194, 198 a 202, 210,



214 a 216, 219 a 222, 225, 261, 269, 275, 282, 283, 287, 288, 292 y 293.

En ciertos casos la ley agrega una sanción especial, como la pérdida de la patria potestad (art. 12), o la publicación del fallo (art. 114). Estas sanciones revisten en verdad el carácter de penas complementarias. Puede verse, respecto de la pérdida de la patria potestad, el art 307 del código civil, reformado por la ley de patronato de menores.

179. — Las necesidades inherentes a la individualización de la pena que haya de sufrir el delincuente, impone la adopción de un *sistema* adecuado de *penas*, que por su variedad y elasticidad permita dar la más amplia satisfacción a esas exigencias.

No es únicamente la diversidad y la distinta *gravedad* objetiva de los delitos, sino también la variedad subjetiva de los delinquentes que hacen indispensable la adopción de un sistema en esas condiciones.

Desde luego los delitos graves no deben ser confundidos con los leves en una penalidad de una misma calidad, y otro tanto podría decirse de los delitos comunes con relación a los exclusivamente políticos. Por otra parte no hay para qué mentar la necesidad de establecer una línea de separación entre delinquentes primarios y reincidentes, dolosos y culposos, por un móvil vil o uno respetable. Los dictados de una recta justicia y las conveniencias de la reforma procurada, aconsejan no incurrir en equiparaciones de cosas objetiva y subjetivamente distintas, cuyo resultado puede ser el de deprimir la moral del delincuente, estorbando su enmienda, e introducir confusiones en la opinión respecto a la entidad de la falta y la personalidad del culpable.

Cierta variedad, en consecuencia, en las penas adoptadas, y aun dentro de esa misma variedad otra que responda directamente a su nomenclatura, sin afectar la calidad y el régimen en su caso, es de una importancia acaso mayor que la de ordinario se le atribuye.

No es indiferente, por cierto y no habría por lo demás ningún inconveniente, ni doctrinario ni práctico, que la pena dé a conocer por su solo nombre, independientemente de su



calidad y cantidad, la entidad de la infracción y la clase del delincuente, en forma tal que por él pudiera saberse si ha sido condenado por un delito grave o leve, si ha sido impulsado por un móvil bajo o confesable, si es un primario o un reincidente, si ha obrado con dolo, únicamente con imprudencia, etc.

Claro está que los que han cometido un delito leve o por mera culpa, por primera vez, o animados de un móvil no despreciable, se sentirán deprimidos si se les impone la pena del mismo nombre que la impuesta a los responsables de un delito grave o doloso, reincidentes o de móvil torpe o vergonzoso, de tal manera que ante los demás aparezcan con éstos confundidos. Y hay que atender a ese interés, porque es de justicia y de utilidad. De aquí que la variedad no es sólo interesante con relación a la clase de penas, sino también en lo concerniente a su nomenclatura.

En el positivismo moderno un buen sistema de penas debe responder a los siguientes conceptos, según Lombroso (punto de vista antropológico), Garófalo (id. jurídico), Marro (id. fisiológico) y Ferri (id. integral): clasificación de los delinquentes y tratamiento o régimen de las distintas penas.

Sobre la base de las clasificaciones de los delinquentes, ya conocidas, y descartando las penas de muerte, destierro, deportación y multa, estos sistemas tienden a caracterizarse por el tratamiento de la pena de encierro o restrictivas de la libertad.

Según Lombroso, los criminales locos o los criminaloides de tipo epiléptico, deben ser tratados en *manicomios criminales*, los habituales reincidentes peligrosos en *establecimientos especiales para incorregibles* de régimen vario, y los pasionales y ocasionales en *colonias* (agrícolas o industriales) y *reformatorios*. Según Garófalo, los del primer grupo lombrosiano han de ser tratados en *asilos para criminales alienados*, los habituales no peligrosos en *colonias agrícolas*, y los delinquentes de una inmoralidad compatible con los sentimientos altruistas (delitos políticos, contra la autoridad, falsificación de moneda, etc.) en *prisión* (retributiva, de puro castigo). Marro encerraría en *manicomios criminales* a los tarados física e intelectualmente, sin esperanza de curación, y en *prisión* a los reformables por el tratamiento del trabajo, etc. Ferri, por fin, piensa en *manicomios judiciales* para los del primer grupo lombrosiano, en *es-*



tablecimientos especiales de incorregibles para los del segundo grupo del mismo, a los que agrega el criminal nato, y en las escuelas industriales, colonias agrícolas y otras instituciones análogas para los de ocasión.

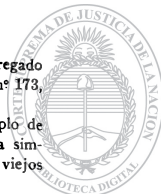
El proyecto italiano adopta 17 especies principales de sanciones y 5 complementarias. De las primeras, 7 son para delinquentes comunes, 3 para político-sociales, 4 para menores y 3 para enfermos mentales. Son dignas de mención entre las primeras el destierro local y el trabajo diurno en establecimientos con libertad nocturna. (Véase el capítulo preliminar del t. I).

Pasando ahora a la legislación patria, hay que empezar por el proyecto de Tejedor, que adoptó un sistema compuesto de diez y seis penas y la caución (muerte, presidio, penitenciaría, prisión, arresto, destierro, confinamiento, multa, inhabilitación, destitución, suspensión, vigilancia, retractación, satisfacción, reprensión y comiso).

El intermedio las redujo a doce (todas las anteriores menos las cuatro últimas), pero las elevó a veinticuatro, subdividiéndolas en grados mayores y menores.

El código derogado adoptó como penas principales las de muerte, presidio, penitenciaría, prisión, arresto, destierro, inhabilitación y multa, a las que agregó en casos particulares: la de suspensión en los arts. 77, 244, 265 y 297; la de destitución en los arts. 77, 232, 250, 251, 262, 263, 264, 274 y 276; la de servicio a las armas en el art. 233; la de la pérdida de los derechos provenientes del parentesco en el art. 154, y la de inhabilitación profesional en los arts. 198, 199 y 248, y 17 cap. II, n° 8° de la ley 4189. Como penas accesorias la de deportación en la ley 4189 (art. 11) y las de interdicción civil, sujeción a la vigilancia de la autoridad y comiso (arts. 63, 67, 78, 80 y 254 del código). Por su parte, la ley de 14 de septiembre de 1863 había adoptado las penas de trabajos públicos y forzados, la de satisfacción pública y privada y la de sufrir el culpable la violencia por él cometida, y la ley 7029 la de la pérdida de la ciudadanía. Total, veintiuna.

El proyecto de 1891 las redujo a ocho (muerte, presidio, penitenciaría, destierro, deportación, multa, inhabilitación y comiso), el de 1906 substituyó penitenciaría y destierro por prisión y detención, y el código las ha reducido a cinco (reclusión,



prisión, multa, inhabilitación y comiso), a lo que ha agregado las medidas de seguridad y precaucionales recordadas en n° 173, y aún las sanciones especiales de los arts. 12 y 114.

En esto han seguido los últimos proyectos el ejemplo de la codificación moderna, de una marcada tendencia a la simplificación de los complicados sistemas de penas de los viejos códigos.

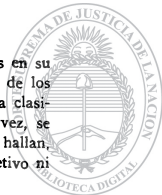
El código ha ido quizá demasiado lejos en ese camino, superando en dicha tendencia a sus propios modelos. Habría sido conveniente una mayor variedad, en vista de las razones anteriormente expuestas.

No se reputan penas, decía el art. 51 del código derogado, la separación o suspensión de los empleados públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administradores en uso de su jurisdicción disciplinaria o atribuciones gubernativas, y el art. 5 de la ley 4189 agregaba que tampoco la detención o la prisión preventiva en caso de absolución.

No hay que olvidar que no es solamente la calidad lo importante en un sistema de penas cualquiera; también la cantidad representa un valor de alto interés. Cabe hacer notar a este respecto, que, comprobado por los datos estadísticos que las penas de privación de la libertad de corta duración constituyen un factor apreciable en la reincidencia, el derecho penal moderno se caracteriza, entre otras cosas, por su tendencia a substituir dichas penas por el perdón judicial, la reprobación y la condena condicional.

Debe tenerse presente, finalmente, que el art. 305 dispone, que las penas de presidio y penitenciaría que establecen las leyes especiales no derogadas, quedan reemplazadas por la de reclusión, y las de prisión y arresto por la de prisión, como así mismo lo que respecto de la gravedad relativa de las distintas penas dispone el 57.

Con relación, sin embargo, a las penas de cárcel, un sistema variado puede resultar en ciertos países, según su sistema de gobierno y en lo concerniente al régimen, inconveniente por lo impracticable, como resultó siempre entre nosotros, en casi todas las provincias.



Demás está decir, que aun no ha logrado, al menos en su forma orgánica, introducirse en los sistemas de penas de los códigos actuales el concepto positivista de la base de la clasificación de los delinquentes. Apenas si, una que otra vez, se consulta el móvil o la naturaleza de la infracción. No se hallan, pues, informados por ningún criterio definido: ni subjetivo ni objetivo.

El gobierno nacional ha tratado varias veces de subsanar aquella dificultad, proyectando construir cárceles regionales en las que serían admitidos los penados de las provincias sin cárceles adecuadas; pero el loable propósito no ha pasado de ahí. Mas es indudable que a ello se ha de llegar, si es que no se arriba a una conclusión más radical y conveniente, con la adopción del sistema unitario en la aplicación y ejecución de las penas, dirección en la que se han encaminado ya algunas felices indicaciones. Y si al respecto alguna provincia como la de Buenos Aires ha marcado una alta tendencia científica, ofreciendo la nacionalización de su presidio de Sierra Chica, alguna otra como la de Corrientes ha tenido la poca suerte de acentuar un paso atrás, introduciendo en la última reforma de su constitución un precepto por el cual se prohíbe sacar sus penados fuera de su jurisdicción.

El código resuelve en parte el inconveniente en su art. 18, por el que se dispone que los condenados por los tribunales provinciales, a más de cinco años de reclusión o prisión, serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales, facultándose a las provincias a mandarlos siempre que no tuvieren establecimientos adecuados.

a) Ninguna como la *pena de muerte* tan grave, tan anti-gua, de tan variada ejecución, ni tan discutida. Los juristas, los filósofos y los moralistas han agotado el tema en libros, revistas y congresos, y aun no se han entendido ni se entenderán, porque nada nuevo hay ya que decir. No es, pues, el caso de re-abrir la discusión, para saber si tienen razón los que sostienen que la pena de muerte, aparte de su legitimidad, responde a las necesidades de existencia social, o la tienen los que la niegan, aun admitiendo esa necesidad. Abolida como está entre nosotros, esta investigación carece, por otra parte, de positivo interés.



De una parte está, por lo tanto, la cuestión relativa a la legitimidad de dicha pena, y de otra la que se relaciona con su necesidad. Parece, en realidad, que si el derecho emana del orden social y responde a sus necesidades, la cuestión de la legitimidad debe quedar fuera de lugar, siempre que se demuestre que la pena de muerte es necesaria a la conservación social. Y es esta necesidad la que, en el actual estado de civilización y progreso no resulta demostrada; al menos en términos generales, puesto que es posible sustituirla por penas de cárcel segura.

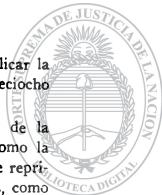
Por cierto que ello no importa desconocer que la sustitución no siempre es posible en estados de sistema federal de escasos recursos. De cualquier manera la dificultad sería de orden local. Y la misma objeción que se formula relacionada con la parte económica es por completo subalterna, dado el reducido número de casos de pena de muerte, y la responsabilidad indudable que incumbe al estado en la represión de la delincuencia cuya prevención le corresponde, sin contar con que las cárceles bien organizadas y administradas se costean sus gastos.

Además de innecesaria, la pena de muerte es irreparable y contraria a la posibilidad de la enmienda del culpable, la que, por muy improbable y remota que se crea, no es imposible ni debe dejarse por lo mismo de intentar.

Aparte de esto, el espectáculo brutal de hombres al servicio del estado matando en frío a otro indefenso, es conmovedor y repugnante. Si ya es triste cosa reclutar hombres para producir matanzas en la guerra, donde se lucha bajo la influencia del ardor patriótico, cuanto más chocante es esta escena de una teatralidad espeluznante.

¿Por qué, sino por repugnante, es que se prohíbe la muerte de las mujeres, de los menores y de los ancianos, según explica Tejedor al dar el fundamento de esas excepciones tomadas de su proyecto, aún cuando militen además respecto de las mujeres la posibilidad de un embarazo y de una enmienda respecto de los menores? ¿Por qué, sino por repugnante, es que la ley ordena que se la ejecute en privado?

Es de advertir que esas excepciones habían quedado reducidas en la ley 7029, pues se suprimió las atenuantes del art. 83



ins. 8º y 9º del código derogado, y la prohibición de aplicar la pena de muerte a los menores quedó limitada a los dieciocho años, pudiendo aplícarla a las mujeres.

Opónese a estos serios inconvenientes la ventaja de la ejemplaridad de la pena de muerte, proponiéndosela como la pena intimidante por excelencia; lo que sería cierto si de reprimir con ella la generalidad de los delitos se tratase. Más, como únicamente se la emplea en la represión de los grandes crímenes, que figuran en número muy reducido, y sus autores son precisamente los menos susceptibles de intimidación, dado que obran a impulsos de causas mórbidas, la eficacia tan ponderada de tal pena viene a quedar reducida, en la realidad desnuda de las cosas, a una mentira vestida de verdad. Agréguese a lo dicho la esperanza siempre presente en el espíritu del criminal de burlar la acción de la justicia, o de conseguir una absolución o una pena menos severa por razón de la deficiencia de la prueba, cuando no la clemencia *in extremis* del soberano, y se advertirá con toda evidencia, cuán insignificante es la fuerza de inhibición que ella representa, comparada con la de acción representada por el impulso mórbido.

No queda, pues, en definitiva, frente a sus serios inconvenientes, más ventaja que la de ser una pena económica; la única indiscutible, pero también la más despreciable.

Agréguese a lo dicho dos consideraciones más.

Una se relaciona con la familia de la víctima y la otra con la del delincuente. Respecto de la primera resulta esta situación chocante; que las víctimas de los delitos más graves son las que precisamente sufren las consecuencias del desamparo social, que les priva del ejercicio del derecho de indemnización que podría obtener con parte del producto del trabajo del victimario, sin tomarla el estado a su cargo. Respecto de la familia del delincuente ocurre algo análogo; queda desamparada y expuesta a los peligros de la miseria. Y nadie desconoce en el estado actual de la ciencia penal el papel importantísimo que desempeñan estas cuestiones de carácter previsor y tutelar, paralelamente a la función punitiva.

La otra se relaciona con nuestro sistema político. El permite que el presidente en lo nacional y los gobernadores en las provincias ejerciten la facultad de gracia según su mejor crite-



rio, lo que prácticamente importa romper la igualdad ante la ley, ya que, como dice Stoos, examinando la misma cuestión con relación a Suiza, todo dependerá de que esos magistrados sean o no partidarios de la pena de muerte.

Así se explica que la idea abolicionista haya hecho, en un tiempo relativamente breve, tanto camino en la opinión y en la legislación comparada. Entre nosotros se encontraba legalmente suprimida para los delitos políticos, y puede decirse que de hecho también para los comunes; no sólo por la liberalidad con que practicaban el presidente y los gobernadores la facultad de conmutarla, sino por las numerosas trabas puestas a su aplicación, tanto por el código penal derogado con relación a la prueba de presunciones (art. 55), a los menores, mujeres y ancianos (art. 59) y a las atenuantes previstas en el art. 83, ins. 8º y 9º, cuanto por las constituciones y leyes orgánicas y procesales locales en lo tocante a la prueba de confesión y al número de opiniones conformes requeridas en los jueces que intervienen en las distintas instancias.

Ya el proyecto de Tejedor pronosticaba la desaparición de la pena de muerte en los códigos modernos, tendencia que se viene realizando paulatinamente, y que se ha acentuado en los proyectos de 1891 y 1906, aparte de varios proyectos especiales presentados en el congreso en varias oportunidades.

El primero de estos proyectos la imponía únicamente al reincidente en delito reprimido con pena perpétua, dando así un paso práctico hacia su abolición, como una solución impuesta por la falta de uniformidad de opiniones sobre la conveniencia de suprimirla de plano; y el segundo, andando por el mismo camino y tocando con las mismas dificultades, adoptó el sistema de penas paralelas: muerte o presidio indeterminado. Como al mismo tiempo unificaban, aumentándolos, los inconvenientes opuestos dispersamente a su aplicación en las distintas constituciones y leyes de jurisdicción y procedimientos, en el hecho quedaba abolida, que es lo que más francamente y con mejor criterio ha hecho el código, debido a la insistencia de la cámara, contra la enmienda del senado que intentó mantenerla alternativamente con las de reclusión y prisión.

Por lo que a la legislación extranjera se refiere, basta decir que la pena de muerte ha sido eliminada en Uruguay, Bra-



sil, Venezuela, varios de los Estados Unidos de Norte América, Noruega, Holanda, Portugal, Italia, Rumanía, Grecia, Rusia, en la que sin embargo se conservaba hasta hace poco para ciertos delitos de carácter político, once cantones y cuatro medio cantones suizos contra ocho y dos medios, y el proyecto suizo de 1915, con diez y seis votos contra seis.

b) Sino en antigüedad, siguen a la pena de muerte en gravedad las *privativas y restrictivas de la libertad*. Limitada la primera a casos verdaderamente extraordinarios, y destinadas las pecuniarias y las restrictivas y limitativas de otros derechos civiles y políticos a la represión de delitos de menor importancia, el grupo de las segundas, de aplicación al mayor número de delitos, que por otra parte son los que representan un mayor peligro social, constituye el medio represivo más ponderado y de una eficacia superior en su ejecución, si bien el más complicado y costoso de que dispone la sociedad.

No debe confundirse sin embargo, la privación y la restricción de la libertad como pena, con esas mismas medidas usadas, en concepto de simple seguridad o de reforma preventiva, con los locos y los menores irresponsables o abandonados, ni con las detenciones o prisiones preventivas adoptadas con fines procesales de índole judicial o administrativa, o en calidad de correcciones disciplinarias.

La ley penal argentina tiene adoptadas, entre las penas privativas de la libertad, la reclusión y la prisión, las que en general se diferencian por su distinta gravedad cualitativa y de régimen (art. 57), pero que entre sus diferencias, de las que se trata más adelante, cuenta en alguno de los numerosos casos en que figuran paralelamente, con una de carácter cuantitativo, como puede observarse en los arts. 13, 44, 46, 65 y 81 (en contra el 62). Cabe recordar, con este motivo, la incongruencia que existe en el art. 13, la que se examina en el n° 193.

Todas las penas mencionadas son temporales, salvo la reclusión y la prisión perpetuas previstas en modo general por los arts. 6, 9, 13, 44, 46 y 65, y particularmente por los arts. 80, 214, 215 y 227 (homicidio calificado y traición). Salvo el caso del art. 80, en el que figura como pena única la reclusión perpétua, en los demás figura alternativamente con la de prisión, también perpetua.



La cárcel perpetua, pena de eliminación como las de muerte, destierro, confinamiento y deportación, y cuya adopción se explica tan sólo como una transacción con la tendencia abolicionista de la pena de muerte y en su reemplazo, no tendría por qué ser una pena de régimen reformador, puesto que no debiera ser revocable y deriva de un concepto por lo menos discutible acerca de la imposibilidad de la enmienda de ciertos criminales, cuya especial peligrosidad se demuestra por la naturaleza del delito y determinadas circunstancias preestablecidas. Es susceptible, sin embargo, de la libertad condicional a los veinte años (art. 13), por lo que más propio habría sido substituir el vocablo *perpetua* por *tiempo indeterminado*, tal como por excepción se la aplica en el art. 52, a los delinquentes considerados incorregibles, a título de medida de seguridad.

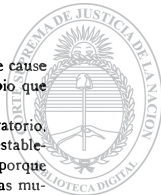
La pena de reclusión, la más grave y por lo tanto de aplicación menos frecuente que la de prisión, debe cumplirse, según disposición del art. 6, sea perpetua o temporal, en establecimientos especiales, y con trabajo obligatorio, pudiendo ser, los condenados, empleados en obras públicas de cualquier clase, siempre que no fuesen contratadas por particulares.

La temporal no es inferior a un mes ni superior a veinticinco años. El máximo en los arts. 79, 82, 100, 101, 124, 165, 191, 192, 194, 199, 200, 201, 214, el mínimo en el 210 (es de seis en el 93, y de un año en los arts. 90, 95, 103, 104, 216 y 222).

Las mujeres y los menores deben cumplirlas en establecimientos especiales (art. 8), y los hombres débiles o enfermos y los mayores de 60 años en prisión (art. 7).

"La reclusión y la prisión por más de tres años, dice el "art. 12, llevan como inherente la inhabilitación absoluta por "el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años "más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del "delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, "de la patria potestad, de la administración de los bienes y del "derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado "quedará sujeto a la curatela establecida por el código civil "para los incapaces."

El trabajo del penado es retribuido, y su producto debe ser destinado, simultáneamente, a satisfacer las responsabilidades emergentes del delito, si no tuviese bienes con que satis-



facierlas, al sostén de su familia, al pago de los gastos que cause en el establecimiento, y a formarle además un fondo propio que se le entregará a su salida (arts. 11 y 19 in. 4°).

La pena es, pues, de régimen a base de trabajo obligatorio, el que, como queda dicho, puede ejecutarse fuera del establecimiento en los casos previstos, razón por la cual, y porque regularmente tales trabajos son penosos, se dispone que las mujeres, los menores, los mayores de 60 años y los débiles o enfermos cumplan la pena en establecimientos especiales los dos primeros, no debiendo ser sometidos sino a trabajos adecuados, y en prisión los demás. He aquí, por lo tanto, la principal diferencia de esta pena con la de prisión (ver p. 37 del informe de la comisión de diputados).

Sobre esta base del trabajo obligatorio, única norma del régimen establecida por el código, las leyes y reglamentos locales fijan las demás condiciones, que regularmente consisten en instrucción científica, industrial, literaria y artística, y en educación moral y religiosa, realizándose el trabajo en común, hablando o en silencio, según el caso. El trabajo aislado y en silencio no se aconseja sino en casos excepcionales, en los comienzos y con criminales de especial temibilidad, o con presos reacios a la disciplina, por considerársele en general poco adecuado a la enmienda del delincuente. Puede verse el capítulo preliminar del t. I, sobre la nueva orientación del proyecto italiano.

Sigue a esta pena la de *prisión*, cuya menor gravedad resulta principalmente del régimen (p. 11 del informe de la comisión de diputados), por lo cual los penados no pueden, como los de reclusión, ser obligados a trabajar en obras públicas, han de cumplirla en establecimientos distintos a los de reclusión, y substituye, en su cumplimiento, a la de reclusión para los débiles, enfermos, mayores de sesenta años, menores y mujeres (arts. 7, 8 y 9). Pueden además cumplirla a domicilio las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valedudinarias (art. 10), tiene un mínimo menor (cuatro días — art. 96 —, siendo de quince en los arts. 93, 105, 128, 153, 160, 182, 183, 208, 239, 241, 243, 244, 277 y 290 — el máximo de veinticinco años se encuentra en los arts. 79, 82, etc., ya citados —), es aplicada a algunos delitos a los que no se aplica la



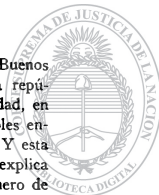
reclusión, y, finalmente, como una excepción al sistema adoptado de equipararla en general en medida ya que no en calidad (arts. 5 y 57), a la de reclusión, en el art. 13 se le fija un mínimo de cumplimiento para la libertad condicional, de ocho meses contra un año de reclusión, en el 44 y el 46 se le fija una proporción menor que la fijada a la reclusión para la represión de la tentativa en los delitos con pena perpetua, diez a quince años para aquella y quince a veinte para ésta, en el 65 veinte años para la prescripción de la reclusión perpetua y quince para la de prisión, y en el 81 tres a seis para la reclusión y uno a tres para la prisión.

Es de lamentar que la cámara de diputados, procediendo con poco acierto, según lo demuestran los arts. 44 y 55, haya suprimido, en los arts. 6 y 9, los máximos y mínimos generales propuestos por el senado para las penas de reclusión y prisión.

El código ha suprimido la *agravación carcelaria* de reclusión solitaria por determinado número de días en los aniversarios del crimen, que los jueces podían imponer en los casos de pena de presidio o penitenciaría. En el código penal noruego, y en los proyectos alemán y austriaco se adopta este sistema de agravaciones carcelarias en los casos de "delitos que "manifiestan una especial brutalidad, maldad o depravación en "su autor, o cuando éste, en vista de sus condenas anteriores, "parezca poco sensible a la ejecución de la pena en las condiciones ordinarias. Estas agravaciones consisten en disminuir "la ración alimenticia del penado en proveerle de un lecho "más duro" (Cuello Calón).

Repito lo que ya dije en otro lugar, que la ley habría hecho bien en imponer penas de denominación y régimen distintos a los que delinquen por un móvil confesable, noble, altruista, como son, entre otros, los delincuentes políticos. Para ellos Thyren aconseja la *custodia honesta* y Ferri el destierro en unos casos y la simple detención en otros. En Francia se impone detención simple en los casos de delitos de ese carácter, cuando no revisten mayor gravedad.

Las penas comunes deben ser, indudablemente, para los delincuentes comunes; aquellos que delinquen por un móvil egoísta, inconfesable, torpe.



Únicamente disponen la nación y la provincia de Buenos Aires de establecimientos adecuados; en el resto de la república las penas se cumplen en cárceles de simple seguridad, en las que se encuentran confundidos condenados con simples encausados, primarios y reincidentes, mayores y menores. Y esta falta de establecimientos especiales en las provincias se explica por dos razones: la falta de recursos y el reducido número de condenados a esa pena.

Es ese el resultado del ingerto jurisdiccional de carácter federal en el sistema unitario adoptado para la ley de fondo. Las cárceles del país son en general hacinamientos informes y vergonzosos, en los que se practica un sistema contrario al del código, de efectos contraproducentes por la promiscuidad física y moral, en que se confunden, en medio de un ocio lastimoso, penados de toda edad, condición y tendencia, que viene a convertirlas precisamente en escuelas de corrupción y hasta de delincuencia.

Es teniendo eso en cuenta, y más que nada con el fin de obtener la unidad del régimen en materia de penas de cárcel, que el art. 18 dispone que las provincias podrán mandar a las cárceles nacionales, siempre que no tuviesen establecimientos adecuados, los condenados por sus tribunales a reclusión o prisión por más de cinco años.

En cuanto al régimen de la pena de cárcel y los distintos sistemas, puede verse el n° 188.

c) Restan por examinar la pena pecuniaria y las privativas y restrictivas de otros derechos civiles o políticos.

Mucho se ha escrito en contra de la *pena pecuniaria*, por considerársela algo así como un resabio de las antiguas composiciones, desigual e ineficaz. La objeción ha sido sin embargo contestada, y la pena de multa sigue incorporada en la penalidad de los códigos modernos, con la tendencia a su aplicación en las infracciones culposas.

Se aplica de preferencia a los delitos leves, con la ventaja de no aumentar, sin una verdadera necesidad, la población carcelaria, y de no afectar la persona del delincuente, quien de esa manera puede atender a las necesidades de la familia, si la tiene, y sufre menos en su reputación, salvándose de tal suerte los



inconvenientes inherentes a la pena de cárcel en esos órdenes de ideas.

En la ley figura impuesta con frecuencia conjuntamente con otra u otras penas, y debe aplicarse en proporción a la situación económica del delincuente, sin perjuicio de tenerse además en cuenta lo dispuesto en el art. 40 (art. 21). Esa proporción que tiende a evitar en lo posible lo que de desigual indudablemente tiene la pena, como debe observarse dentro del máximo y mínimo fijado en cada caso.

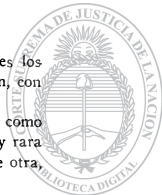
Como en los proyectos alemán y suizo, el código permite los pagos parciales y también amortizarla con prestación de trabajo libre personal. El primero prohíbe además hacerla efectiva en la herencia del condenado, y se autoriza a los jueces para imponerla libremente, hasta un máximo de diez mil marcos, conjuntamente con la privativa de la libertad establecida para el delito, cuando éste hubiere obedecido a un propósito de lucro. El tribunal, consultando la condición económica del condenado, fijará las cuotas y los plazos (art. 21).

Prescribe además el mismo artículo, que si el penado no pudiese pagar en el plazo fijado, sufrirá prisión equivalente, la que sin embargo no pasará de año y medio. Esa equivalencia se establecerá con arreglo a la norma establecida por el art. 24, para el cómputo de la prisión preventiva. El tribunal procurará hacer efectiva la multa en los bienes de cualquier clase del penado, agrega el artículo, lo que es indudablemente superfluo. Pero la imposición de prisión en reemplazo de la multa no satisfecha, dispone el art. 22, no impedirá poner en libertad al reo tan pronto como la satisficiera, a cuyo efecto se computará la prisión sufrida con arreglo al art. 24. Esta disposición del 22 no concuerda del todo con la del 64.

Imponen la pena de multa los arts. 90, 99, 103, 108, 110, 129, 136, 156, 159, 175, 203, 204, 242, 247, 249, 252 a 255, 269, 270, 271, 284, 286 y 290.

Como máximo 5000 pesos (art. 290), y como mínimo 50 (arts. 129, 247, 252, 254, 255 y 286).

Puede considerarse pena pecuniaria el *comiso* de los efectos provenientes del delito y de los instrumentos del mismo, siempre que no pertenecieren a terceros no responsables (art. 25). Estos no podrán venderse, agrega el artículo, y de-



berán ser destruidos, pudiendo aprovechar sus materiales los gobiernos de provincia o el arsenal de guerra de la nación, con lo que el código adopta una medida preventiva indirecta.

La pena de *inhabilitación*, que unas veces se aplica como principal y otras como accesorio o complementaria, y muy rara vez como pena única, pues casi siempre va acompañada de otra, puede ser absoluta o especial, perpetua o temporal.

En la parte general sólo está prevista como absoluta y especial, encontrándose impuesta como perpetua y temporal en los casos particulares.

La inhabilitación absoluta importa: la pérdida del empleo o cargo público que ejerza el penado, aunque provenga de elección popular; la privación del derecho electoral; la incapacidad para obtener cargos, empleos o comisiones públicas durante la condena; la pérdida de toda jubilación, pensión o goce de montepío de que disfrutase, salvo que tuviera esposa, hijos menores o padre anciano y desvalido, a quien corresponderá la jubilación, pensión, etc. (art. 19). Fué aquí atendida mi observación al proyecto de 1906 (C. N. P. de 1914), lo mismo que las referentes a los arts. 7, 8, 12 y 27.

La inhabilitación especial produce la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere, y además la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena, o para ejercerlos si recayese sobre derechos políticos (art. 20).

Se halla impuesta como *absoluta*: a) perpetua en los arts. 214, 257, 261, 267 y 209; b) temporal, en los arts. 256, 259, 265, 270, 273 a 275, 281, 287, 291 y 298. Máximo de 20 años en el art. 275, y mínimo de 6 meses en el 274.

Se halla impuesta como *especial*: a) perpetua, en el art. 174; b) temporal, en los arts. 84, 85, 94, 136, 143, 151, 156, 176, 177, 207, 223, 235, 238, 242, 243, 246, 248 a 255, 258, 260, 264, 266, 268 y 271. Máximo 50 años en los arts. 207 y 235, y mínimo 1 mes en los arts. 243, 260, 264 y 266.

No tiene la ley la pena de *reprensión*, pena de carácter moral que figuraba en el proyecto de Tejedor, y que figura en los proyectos suizo y austriaco para los menores, y con carácter general en casos de escasa importancia en los códigos español, portugués e italiano; en éste como substitutiva.

Es digna de tenerse en cuenta, finalmente, la disposición final del art. 19 in. 4º que dispone que la jubilación, pensión o goce de montepío que pierde el condenado, pasa, a falta de esposa, hijos menores o padre anciano o desvalido, a aumentar los fondos provenientes del art. 11.







De la aplicación de la pena

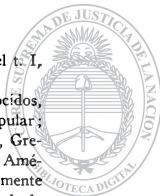
180. — De la acción penal. La acción civil. Objeto, ejercicio y clases. 181. — Autoridad a quien corresponde aplicar la pena. La unidad penal y el sistema federal. 182. — De la determinación de la pena. Criterios y mecanismo. 183. — De la individualización de la pena. Origen. Tendencias y dificultades. Roeder. Las penas arbitrarias. La Constitución. Criterios y medios. 184. — De la condena condicional. Origen y sistemas. Condiciones. Las penas accesorias y las indemnizaciones. Ciertos delitos. La prescripción. 185. — De la sentencia indeterminada.

180.—Cuando la pena, obrando por coacción psicológica en su actividad estática de simple amenaza (prevención colectiva indirecta), no ha logrado contener el impulso criminoso y la ley es violada, un resorte del mecanismo penal defensivo, el poder judicial, entra en funciones mediante el ejercicio de la acción penal, cuyo objeto es obtener la represión del delito, por la aplicación y el cumplimiento de la pena: doble momento de su actividad dinámica (prevención individual directa).

Además de la acción penal, puede el delito dar lugar a la acción civil sobre indemnización. El código derogado no se ocupaba, ni de una ni de otra, sino incidentalmente: de la pena en la prescripción y los delitos contra el honor, la honestidad y electorales, y de la civil en los arts. 47, 65, 80, 139, 176 y 225. Se regía, pues, esta materia, en todo lo no previsto en lo concerniente a la acción penal, por lo que al respecto disponen las leyes procesales, y en lo relativo a la acción civil, por lo que disponen el código civil (arts. 1097 y 1101 y siguientes) y las leyes de procedimientos.

Tampoco lo hicieron los proyectos anteriores, en cuanto a lo penal, que en lo tocante a lo civil lo hizo el de Tejedor.

Los posteriores, siguiendo el ejemplo de casi todos los códigos extranjeros, se han ocupado de ambas acciones.



Puede verse lo que se dice en los ns. 18, 71 y 73 del t. I, y el 171.

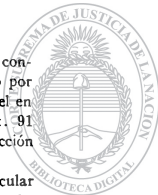
En materia de acciones cuatro son los sistemas conocidos, a saber: el inglés, en el que la acción es esencialmente popular; el francés, que es el de Italia, Holanda, Rusia, Rumania, Grecia, Turquía, y de varios de los Estados Unidos de Norte América y Cantones Suizos, en el cual la acción es exclusivamente fiscal; el mixto, que consiste en el ejercicio simultáneo de la acción pública y privada, y el alemán, que es el de Austria Hungría, Noruega, Suecia, Dinamarca, Serbia y varios Cantones Suizos, y según el cual la acción es pública, pero es substituida en caso de inacción o abandono por la acción privada.

En el sistema inglés es a cualquiera del pueblo, y principalmente a las asociaciones formadas con ese fin, que está acordado el ejercicio de la acción penal, sin perjuicio de algunos funcionarios oficiales, como el *Attorney General*, el *Solicitor General*, el *Director of Public Prosecution*, con sus substitutos y auxiliares, encargados en ciertos casos de su ejercicio.

El sistema mixto del ejercicio simultáneo de la acción pública y de la particular es indudablemente defectuoso. La represión de los delitos es de interés público, y está demás decir que el ministerio público, que representa el interés colectivo, representa por lo mismo el del damnificado. Este no puede tener particularmente otro interés que el civil, y concederle al mismo tiempo la acción penal, conjuntamente con el ministerio público, no sólo es contradictorio, sino que es injusto, puesto que se coloca al delincuente en condiciones de desigualdad.

El código, sobre la base de los proyectos de 1891 y 1906, ha dedicado a esta materia el título XI, así como ha dedicado el IV a la reparación de perjuicios.

En el sistema del código, la acción penal es pública en todos aquellos delitos a cuyo respecto no se establece la acción privada exclusiva. Más a veces ocurre que su ejercicio, que se halla confiado al ministerio fiscal, depende de la instancia privada; lo que acontece con los delitos de violación, estupro, rapto y ultraje al pudor. Dispone que en tales casos no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, o de su tutor, guardador o representantes legales.



Se exceptúa los casos en que el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, como también el en que resultare muerte o lesiones de las previstas en el art. 91 (arts. 71 y 72). En estos casos procede de inmediato la acción pública. Puede verse el tomo III en la parte respectiva.

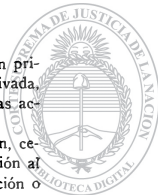
La acción pública no es excluyente de la del particular ofendido, en el sistema procesal vigente, y el desistimiento del acusador particular no ejerce influencia alguna sobre la acción fiscal.

Son acciones privadas, dice el art. 73, las que nacen de los delitos de adulterio, injuria, calumnia, violación de secretos (salvo en los casos del art. 154) y concurrencia desleal (art. 159). Aquí fué también atendida mi observación a los incs. 2º y 4º del proyecto.

La acción por delito de adulterio, dispone el art. 74, corresponde únicamente al cónyuge ofendido que no haya consentido o perdonado el adulterio, quien habrá de acusar a ambos culpables, previa declaración del divorcio por causa de adulterio. La sentencia civil, sin embargo, no produce efecto en lo penal, fuera de la declaración del divorcio. Se trata, pues, de un caso de cuestión prejudicial imperfecta, por cuanto hay que probar de nuevo el adulterio en lo criminal. Muerto el cónyuge ofendido, se extingue la acción o cesa la pena.

La acción por injuria y calumnia, sólo puede ser ejercida por el ofendido, o por su cónyuge, hijos, nietos o padres, después de su muerte (art. 75), y como, a diferencia de lo que se dispone en los arts. 72 y 76 y de acuerdo con lo que se dispone en el 74, no se menciona la representación del ofendido incapaz, no obstante mencionarse a las personas que pueden acusar una vez él muerto, y dado, además, el empleo del vocablo *sólo*, cabe concluir que dicha representación queda excluida, no obstante cualquier disposición en contrario de los códigos de procedimientos, por tratarse de materia cuyo régimen incumbe a la ley de fondo.

En los demás casos del art. 73, se procederá únicamente por querella o denuncia del agraviado, o de sus representantes legales o guardadores (art. 76). Estos casos son los de los incs. 3º, 4º y 5º, y como en ellos basta la denuncia de la parte



interesada, resulta que no son en realidad casos de acción privada, sino de acción pública dependiente de instancia privada, lo mismo que los del art. 72. El carácter privado de esas acciones resulta, sin embargo, de los arts. 59 inc. 4º y 69.

Según se ve, el código y el proyecto de 1906, si bien, cediendo a la moderna tendencia, han aumentado, con relación al código derogado, el número de delitos dependientes de acción o instancia privada, han reducido el muy considerable que adoptara el de 1891.

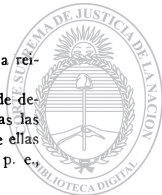
El proyecto alemán, además de establecer que en los delitos de acción privada, ésta pasa, por muerte del ofendido, al cónyuge y sus hijos, y, por falta de ellos, a los parientes en línea recta y a los hermanos, prescribe que la persecución se extenderá a todos los partícipes, aunque la instancia se presente contra uno sólo, y que el desistimiento contra uno aprovecha a todos, y fija un plazo de tres meses para la presentación de la querella, el que empezará a correr desde el momento en que el damnificado haya tenido conocimiento del delito y de su autor. Análogas disposiciones contiene el código de Caracas.

Agrega el artículo, lo que no era menester, que la renuncia de la acción popular no afecta la acción fiscal, la que no puede ser renunciada.

De las causas que impiden o suspenden el ejercicio de la acción, o que la extinguen, se trata en el cap. XXIV, y respecto del ejercicio de la acción en los delitos contra la honestidad, puede verse el cap. XIV del t. III.

181.—El ejercicio de la acción penal es el antecedente inmediato de la *aplicación de la pena*, punto inicial del proceso dinámico de la misma, el que termina con su ejecución o cumplimiento, a cuya consideración se dedica el capítulo siguiente.

Corresponde la aplicación de la pena, en principio al poder judicial; en ningún caso puede el presidente ejercer facultades judiciales, según prescribe la constitución en sus arts. 18, 23, 29 y 86 inc. 19º. Por lo demás, en nuestro sistema federal de gobierno es del resorte de las jurisdicciones locales, tanto de la nación como de las provincias, y ello, dado el régimen de unidad penal establecido para todo el país, aparea las inconvenientes consecuencias que se ha puesto de relieve en los nú-



meros 55 del t. I, y 147 y 186, y que se relacionan con la reiteración y la reincidencia.

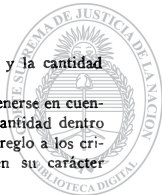
Y digo que en principio, porque, aunque tratándose de delitos la jurisdicción judicial es única, en materia de faltas las leyes acuerdan la facultad de juzgar y reprimir algunas de ellas a determinados funcionarios administrativos; como son, p. e., los de policía en las llamadas contravenciones.

182.—En la aplicación de la pena el juez realiza lo que se conoce con las denominaciones de *determinación, fijación o regulación de la misma*, y procede sobre la base de las normas legales establecidas para el caso, prácticamente de la siguiente manera.

Reconocida la exactitud de los hechos, y establecida la responsabilidad del delincuente, califica el delito y determina su cantidad, según que haya sido consumado o simplemente tentado; fija el grado de participación del culpable como autor o cómplice; determina las modalidades y grados del elemento psicológico, traducido en forma de dolo o de culpa; establece las circunstancias calificativas que concurren, y, hallada de tal suerte la ubicación legal del caso en una clase y grado determinados de pena, completa esta materia de información, con la consideración de las circunstancias ordinarias de tiempo, lugar, modo, ocasión, medio empleado; número, calidad y condiciones personales; móvil, vínculos personales, antecedentes, costumbres y educación del culpable, y demás particularidades que se haya logrado aclarar en el proceso, con el fin de fijar el *quantum* de la que corresponda, dentro de su mínimo y su máximo.

Una vez en presencia de este conjunto de datos o *criterios*, el juez, que además debe tomar conocimiento *de visu* del delincuente, la víctima y las circunstancias del hecho *en la medida requerida para el caso*, se encuentra ya en condiciones de apreciar la personalidad y peligrosidad del mismo y la pena (arts. 40 y 41).

Esta fijación tiene que hacerse dentro del margen que en el caso autoriza la ley, el que puede comprender, tanto la calidad como la cantidad de la pena. Comprende la calidad en los casos que la ley impone más de una, para que el juez opte



por una de ellas o las imponga conjuntamente, y la cantidad en todos los casos de penas divisibles.

Fijada la clase de pena, para lo que deberá tenerse en cuenta lo que dispone el art. 305, fijará el juez su cantidad dentro de los límites máximo y mínimo previstos, con arreglo a los criterios circunstanciales expresados, estimados en su carácter más que en su número.

Hará, además, el cómputo de la prisión preventiva con arreglo a lo que dispone el art. 24.

Pero en esta tarea de individualizar la pena, nada tiene que hacer la proporción penal en el sentido objetivo de la escuela realista (la pena adaptada al delito); la proporción penal tiene aquí un sentido subjetivo, el que en la escuela sintomática importa proporcionarla o adaptarla, no al delito, sino al delincuente, consultando su grado de peligrosidad, en cuya revelación el delito desempeña el papel de mero síntoma indicador, conjuntamente con otros muchos datos informativos.

Debe recordarse aquí que en ciertos casos el código, sobre la base de las mismas penas y de máximos y mínimos determinados, establece nuevas bases de máximos y mínimos, o de unos u otros, únicamente, con arreglo a aumentos o disminuciones en proporciones variables. Así aumentan ambos términos en un tercio y disminuyen en la mitad los arts. 104, 105 y 107, los reducen de un tercio a la mitad el 37 letra b), el 44, el 46 y el 47, a la mitad el 232 y el 234 y la cuarta parte el 233, y reduce el máximo solamente a la mitad el 112.

Habiéndose suprimido el término medio como punto de partida, el contenido del art. 41 no tiene otro valor que el de una enunciación ilustrativa de los criterios que deben guiar al juez al fijar la pena, según así se desprende del informe de la comisión reformadora, p. 83.

Se adopta así la amplitud del arbitrio judicial que consagraba el art. 53 del código derogado para los casos de concurrencia de atenuantes y agravantes, y con tal motivo cabe recordar a los jueces lo dicho sobre las penas de corta duración en los núms. 34 del t. I, y 142 y 179.

Pero la aplicación de la pena puede ser obstaculizada por causas cuyo examen se hace en los núms. 103 y 191.



183.—La aplicación de la pena, además de ser el punto inicial de su proceso dinámico, constituye el segundo momento del proceso de su *individualización*, o sea la individualización judicial, que en las de cárcel termina con su cumplimiento, o individualización administrativa. Es, además, una parte integrante de la misma: la que se relaciona con los criterios, ya que la otra parte de la individualización la constituyen los medios.

La individualización de la pena, consecuencia de la personalidad de la misma, y cuyo origen ha sido fijado por Saleilles en la institución popular del jurado, pero que ya había tomado forma en la doctrina de Platón, significa adaptarla al delincuente de manera que resulte ser esa y no otra la que le corresponde, de modo análogo al tratamiento para el enfermo. El delito es un inconveniente para la vida de relación, como lo es un árbol colocado en las vías de un tren. Pero la verdad es que si el hecho se repite, el inconveniente está en el que produce aquel hecho. Hay, pues, que ir a la causa, y en este terreno es forzoso reconocer que la investigación debe empezar por el conocimiento del culpable. No solamente los informes de ambas cámaras, sino el código son explícitos al respecto, como es posible constatar en los arts. 26, 34, 36, 37 y 41.

Individualizar la pena implica, en consecuencia, estudiar al delincuente a través del mayor número de datos o *criterios* posibles, y además disponer de *medios* conducentes. Importa realizar el primer término de su proceso de adaptación en mira de su finalidad preventiva: la adaptación inmediata o directa (prevención individual), correlativa a la mediata o indirecta (prevención colectiva).

Es fuera de duda que ella debe ser la obra combinada y armónica de los poderes legislativo y judicial, y también administrador en las de cárcel. El primero, que no puede contemplar la personalidad del delincuente sino con la ayuda de un reducido número de datos sobre posibilidades abstractas, como son los provenientes de la naturaleza del delito y determinadas circunstancias, debe poner en manos de la justicia el poder suficiente, en criterios y medios, de adaptar la pena a la temibilidad del agente, que ella, en posesión de datos más completos y concretos, puede apreciar más cumplidamente. A su vez el poder administrador, en lo que le concierne como encargado del

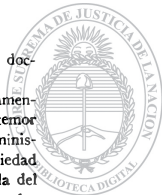


cumplimiento de las penas de cárcel, debe encontrarse habilitado, no sólo para someter al culpable al régimen y disciplina más convenientes, sino para advertir oportunamente que en el delincuente se ha operado la reforma buscada, ya que ni el legislador ni la misma justicia pueden pronosticarla a plazo fijo, sino a lo sumo dentro de un margen de tiempo más o menos amplio, entre un máximo y un mínimo de cierta consideración.

Pasando revista Garraud a la evolución de la pena en el tiempo, y refiriéndose a que cien años atrás la justicia no podía regular la pena, porque hallábase ésta impuesta en la ley de una manera fija, con relación tanto a su naturaleza cuanto a su duración, ni el poder administrador estaba facultado para moderarla, remitiéndose en todo o en parte por medio de la gracia, dice que la historia de la penalidad se resume en una abdicación constante y progresiva del legislador en beneficio de los poderes judicial y administrador. El punto de partida, agrega, es la indivisibilidad de las penas, mientras que el punto de llegada es la facultad reconocida al juez para proporcionarlas en cada caso a la situación personal del delincuente, y el derecho acordado al poder administrador de abreviarlas o remitirlas bajo vigilancia y control.

En la tendencia hacia la individualización se va desde la reforma moderada hasta la más radical. Es la primera la que poco a poco va tomando carta de ciudadanía en la ley, pues la última tropieza con algunos inconvenientes de orden práctico, con el viejo prejuicio del abuso del poder, y con una consideración de justicia, aún acogida, que aconseja no imponer al culpable una pena aparentemente desproporcionada. Según la tendencia radical, el legislador debiera establecer en la parte general las clases de penas, sin marcarles límites máximos ni mínimos, ni determinarlas en la parte especial. Sería el juez quien elegiría, en cada caso y entre las previstas, la pena que considerase más conveniente, y fijaría su cantidad, quedando en la de cárcel la clase y el límite sujetos a las rectificaciones que aconsejase la autoridad encargada de velar por el resultado de su cumplimiento, al tiempo de convencerse que el delincuente estaba ya reformado, o que la impuesta era inconveniente.

La idea no es del todo nueva, sin embargo, pues se la practicó en cierto modo con las *penas arbitrarias* y data, en substan-



cia, desde Röeder, que inspiró su correccionalismo en las doctrinas de Krause.

Pero esta plausible aspiración parece ser desgraciadamente irrealizable, aunque más no sea que por el tradicional temor a la arbitrariedad de los jueces y de las autoridades administrativas, objeción que contesta Silvela diciendo: "Arbitrariedad, por arbitrariedad, si me dieran a escoger, yo preferiría la del juez a la de la ley. He aquí mi profesión de fe: es la de todos aquellos que quieren individualizar la pena". A esto yo agregaría que no todos los funcionarios son capaces de cometer arbitrariedades, y que los que lo son, no lo harán en todos los casos, mientras que la arbitrariedad de la ley es general, permanente e imperativa. Y vaya una injusticia posible por tantas injusticias seguras.

Del punto de vista de la indeterminación cuantitativa, hay en la legislación extranjera sólo ejemplos discretos, entre los que cabe recordar el código japonés, que fija mínimos bajos y máximos altos, y el holandés, que no fija mínimos, así como la ley del Transvaal de 1909, que no fija plazos en las penas impuestas a los reincidentes en delitos de cierta gravedad.

Bueno es hacer notar, de paso, que la indeterminación legislativa no es lo mismo que las *penas arbitrarias*, tan en uso durante la edad media, y contra las cuales se levantó airada la poderosa voz de Beccaria y descargó la revolución francesa su golpe mortal.

Nada se opone, entre nosotros, a que se adopte el sistema de penas legislativamente indeterminadas, en el sentido antes expresado, pues todo lo que la constitución exige en el art. 18, es que no se imponga penas no previstas en una ley anterior al hecho del proceso.

El código derogado era pobre en criterios y medios. Las circunstancias, que son las que más auxilian al juez, eran taxativas. Lo mismo fué el proyecto intermedio. El de Tejedor y los tres últimos han sido superiores también, en este sentido.

Algo análogo cabe decir de los medios, pues los proyectos primeros, la ley federal de 1863, el código derogado y las leyes posteriores, aunque ricos en variedad de penas, han adolecido del defecto de los mínimos demasiado altos, y carecido de la condena condicional y de penas paralelas. Exceptúase la ley



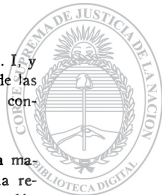
federal de 1863 que las adoptaba con bastante frecuencia, ya en opción o conjuntamente. En cuanto a la libertad condicional, los arts. 73 y 74 de dicho código la legislaban de manera deficiente. Entre las medidas de seguridad cabe citar únicamente la deportación de las leyes derogadas 3335, 7029 y 9143.

Los proyectos últimos introdujeron una marcada mejora en esa parte; pero muy particularmente el código vigente. Establece éste normas amplias para la apreciación de la personalidad del delincuente, suprime el término medio como punto de partida en la fijación de la pena, y adopta sin reservas el sistema de penas paralelas, mínimos bajos, la condena condicional, las llamadas medidas de seguridad y la sentencia indeterminada aunque ésta en su concepto limitado, a lo que agrega la legislación especial para menores.

La comisión de diputados se ha inspirado en las nuevas orientaciones, y, con un criterio bastante liberal, ha dejado al arbitrio judicial ancho campo, al mismo tiempo que ha puesto a disposición de la justicia medios variados, numerosos y eficaces de llevar a cabo una buena y adecuada individualización de las penas.

En resumen: como *criterios* de individualización (conjunto de datos reveladores de la personalidad del delincuente), cabe citar los especificados en el número precedente y en el cap. XVI. a cuyo efecto habrá que reunir en el proceso el mayor número posible de datos informativos, sin descuidar los antecedentes hereditarios, el estado, la profesión, número de personas de familia y género de vida de las mismas, etc.; como *medios* (arbitrios e instituciones de adaptación de la pena a la personalidad del delincuente), las leyes tienen adoptados hasta el presente la variedad en las penas, los mínimos bajos y los máximos altos, las penas paralelas, la condena condicional, la legislación para menores, las medidas de seguridad, la sentencia indeterminada, la variedad de cárceles y regímenes carcelarios, la clasificación y separación de los delincuentes, y en cierto modo la gracia.

Puede verse el cap. XVI y consultarse, a mayor abundamiento, a Giménez de Azúa en su "Sentencia Indeterminada", a Quirós en su "Criminalidad", a J. Herrera en "La Reforma Penal" y a Secllles "L'individualization de la peine".



Debe tenerse muy presente lo dicho en los ns. 34 del t. I, y 142 y 179, sobre los inconvenientes del abuso o mal uso de las penas de corta duración, de las penas paralelas y de la condena condicional.

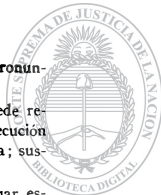
184. — Uno de los medios de individualización, a la manera de un puente tendido entre la prevención pura y la reclusión, es la condena condicional, institución de origen inglés, que se aplica a los delincuentes primarios por delitos leves, y que consiste en no imponerse o en no hacerse efectiva la pena, si el delincuente observa buena conducta durante un tiempo determinado. Constituye, como la libertad condicional, una especie de perdón judicial, y por lo tanto, una manera de cumplir la pena condicionalmente.

El juez inglés Sir Mathew Davenport Hill, en uso de la latitud que los usos acordaban a sus facultades, se limitaba a poner en observación a los jóvenes delincuentes no reincidentes, bajo la dirección de una persona que él elegía, y a término, sin condenarlos, lo que únicamente hacía, si dentro del término de observación cometían un nuevo delito. Año 1842.

De Inglaterra pasa este arbitrio prudencial a Estados Unidos de Norte América en 1869, aunque ya con el carácter de institución legal. Aquí se establece la vigilancia oficial del condenado, y se exige durante un tiempo una prueba de buena conducta.

Es recién en 1879 que Inglaterra adopta oficialmente el mismo sistema, pero todavía sin vigilancia y sólo bajo promesa de buena conducta. Tiene actualmente adoptado la *probation officers*. Adoptan la condena condicional sucesivamente: Bélgica en 1888; Francia en 1891 (la conocida ley Beranger); Luxemburgo en 1892; el cantón de Ginebra en 1892; Portugal en 1893; Noruega en 1894; Sajonia y Prusia en 1895; Baviera en 1896; el Tesino en 1900; el ducado de Brunswick, cantón de Friburgo y ducado de Hesse en 1903; Italia en 1904; Bulgaria en 1904; España en 1908; en Austria y Estados Unidos de Norte América, y ha sido proyectada para Japón y Grecia, y va incluida en los proyectos alemán, austriaco y suizo.

En el sistema continental europeo se condena y sólo se suspende la ejecución de la pena impuesta, en lo que se diferencia



del sistema anglo-americano, en el que se suspende el pronunciamiento.

Entre las distintas denominaciones que se le da puede recordarse las siguientes: suspensión condicional de la ejecución de la pena; condena con ejecución condicional de la pena; suspensión de la pena.

Es de aplicación facultativa, y el juez debe averiguar escrupulosamente los antecedentes del delincuente, las circunstancias del hecho, y en general todos aquellos motivos que tiendan a convencer de la conveniencia que el delincuente no sufra la pena.

Se aplica a penas de corta duración (2 y 3, a lo sumo 4 o 5 años), y el período de prueba excede siempre del de la condena.

Las penas accesorias, así como el resarcimiento del daño, no quedan comprendidos en la suspensión, la que queda revocada en caso de nuevo delito, o, a veces, de malos antecedentes descubiertos durante el término de observación.

Se aplica a las penas privativas de la libertad, sin prisión preventiva; pero algunas legislaciones, como las de España e Italia, la extienden a las penas pecuniarias.

Estas mismas leyes hacen varias distinciones y admiten numerosas excepciones. Así por ejemplo es de ley tratándose de menores de quince años, y en cambio no procede en delitos privados, de funcionarios, de falsificación, contra la propiedad, etc.

Se objeta que importa un aliciente y una gracia judicial, así como que es ocasionada al abuso de los jueces.

Puede valer la primera objeción contra el sistema inglés. De todos modos no está mal sacrificar algo de la prevención colectiva a la individual, si por ese medio se ha de obtener la prevención de la reincidencia, más grave que el delito primario. Aparte de que, no siendo de aplicación obligatoria, nadie puede contar con que le será otorgada.

Tampoco es propiamente una gracia judicial, puesto que el penado gana el incumplimiento de la pena con su buena conducta. Por lo que al posible abuso de los jueces respecta, queda



dicho lo suficiente en el n° 182. Pero no hay que olvidar lo dicho en el n° 133, última parte.

Giménez de Azúa dice: "La condena condicional, especialmente en el tipo continental europeo, se funda en un enorme error: la determinación *a priori* de la carencia de peligro de ciertos criminales. El acto insignificante de un delincuente primario puede ser un paréntesis aislado en su vida, pero también puede ser el síntoma primero de su estado peligroso de naturaleza continua. Esto *a priori* no puede decidirse. Renunciar, en tal caso, a la medida correctiva, educadora y de defensa que la pena representa, es aumentar la criminalidad en vez de restringirla".

Prácticamente esta objeción es excesiva. Primero, porque el delincuente primario en delitos leves será peligroso por excepción; y segundo, porque sometido a la prueba vigilada el peligro de reincidencia disminuye.

En los últimos proyectos (alemán, austriaco, suizo, serbio, sueco e italiano) se impone como condición el resarcimiento del daño; otros, como el suizo, la extienden a las medidas de seguridad; otros la dejan sin efecto, por la simple inconducta o la inobservancia de las reglas establecidas por el tribunal (suizo, alemán, austriaco, danés, sueco); otros, como el alemán, el danés y el serbio, distinguen el carácter doloso del simplemente culposo del segundo delito, para hacer solamente facultativa la caducidad de la condena condicional; otros incluyen la pena de multa (austriaco, serbio y sueco); otros, en fin, como el alemán y el austriaco, incluyen expresamente las contravenciones, las que es indudable quedan excluidas allí donde la ley se refiere a *delitos*, a cuyo respecto cabe decidir si son los de carácter común, o si también quedan excluidos los militares, los políticos y otros especiales, como así mismo si se tiene en cuenta o no las condenas en el extranjero.

El de 1906 fué el primero de nuestros proyectos que adoptó la condena condicional, y el código la legisla en sus arts. 26 al 28, sobre la base del sistema continental europeo, de la suspensión del cumplimiento de la pena. Además de establecer que su concesión es facultativa, y que únicamente se la acordará al delincuente primario, teniendo en cuenta su personalidad moral, puesta de manifiesto por la naturaleza y circunstancias del



delito, y demás antecedentes, como así mismo que no comprenden de las indemnizaciones y gastos del juicio, prescribe: que se la podrá acordar tratándose de delitos con pena de multa, de prisión o reclusión que no exceda de dos años, aunque haya concurso de delitos; que el término de prueba será igual al de la prescripción de la pena impuesta; que quedará sin efecto la suspensión por la comisión de un nuevo delito dentro del término de prueba, y que en tal caso el reo cumplirá las dos condenas, con arreglo a lo dispuesto sobre acumulación de penas.

Fueron aquí atendidas mis observaciones sobre la prescripción y las incapacidades a que se refería el art. 28.

Son casos de condena condicional los de los arts. 87, 89, 93 1ª parte, 96, 97 inc. 1º, 98 inc. 3º, 99 inc. 1º. 103 última parte, 105, 106 1ª parte, 108, 110, 118, 128, 129, 131, 136 2ª y 3ª parte, 137, 138, 141, 148, 149, 150, 153, 155, 160, 161, 162, 175, 178, 180, 181, 182, 183, 189, 190 1ª parte, 193, 195, 196 1ª parte, 197, 203, 204 1ª parte, 205, 206, 208, 211, 213, 220, 221, 224, 228 1ª parte, 230, 237, 238, 239, 241, 242, 243, 244, 247, 254 1ª y 3ª parte, 255 última parte, 258 1ª parte, 262, 263, 277, 280, 281 última parte, 284, 290, 292 última parte, 295 1ª parte, 299, 300 y 302.

No lo son los de los arts. 84, 94, 136 2ª parte, 143, 151, 156, 157, 177 y en general todos los que repriman con pena de inhabilitación, como principal o complementaria, por hallarse esta pena excluida del beneficio de la condena condicional.

La ley no requiere, ni la promesa de buen comportamiento, ni la imposición de reglas de conducta o inspección. No hay en ella, como en el tratamiento de menores y en la libertad condicional, la libertad vigilada o bajo contralor.

Como condiciones anteriores requiere los buenos antecedentes, la naturaleza del delito, y las demás circunstancias que revelen una personalidad moral, no o poco peligrosa, y por lo tanto fácilmente readaptable sin el auxilio de la dinámica de la pena, y como condición posterior únicamente la no reincidencia (arts. 26 y 27).

Es, pues, esta la única condición a que el condenado queda sujeto durante el período de prueba, siendo digna de mención la circunstancia de que, contra las normas adoptadas por



el código para la represión de la reincidencia, aplique aquí la de la acumulación de las penas prescriptas en el art. 58 para la reiteración.

Refiriéndose el art. 26 a *delitos*, es fuera de duda que quedan excluidas las faltas o contravenciones.

Teniendo, por lo demás, relación directa la condena condicional con la reincidencia, entiendo que debe relacionarse esta disposición con los arts. 38 y 50, en los que quedan excluidos los menores de diez y ocho años y los delitos militares, políticos y amnistiados, e incluídas, en cambio, las condenas extranjeras por delitos susceptibles de extradición.

No es requerida sin embargo la reincidencia en el sentido del art. 50, o sea que el delito traiga aparejada pena de cárcel; al art. 27 le basta la comisión de *un nuevo delito*. Ni podía ser de otra manera, ya que el primero puede muy bien aparejar sólo una pena pecuniaria (art. 26).

Es de hacer notar, por último, que el segundo apartado del art. 26 hace ver cómo, si la reiteración no impide, como impide la reincidencia, obtener los beneficios de la condena condicional, reduce sin embargo los casos de aplicación, pues quedan excluídos los delitos con pena de reclusión.

185.—Otro medio de individualización consiste en la *sentencia indeterminada*, de la que se ocupa el n° 188.





Del cumplimiento de la pena

186.—De la autoridad competente para hacer cumplir las penas. El sistema federal y sus inconvenientes en lo tocante a las penas de cárcel. 187. — De los modos de cumplirse las distintas penas. 188. — Del régimen de la pena de cárcel. Distintos sistemas. Reformatorios y colonias agrícolas. Utilización de las penas de encierro. Condiciones materiales y morales. Previsiones legales posibles sobre el régimen. Las primeras y las modernas cárceles. La cuestión carcelaria entre nosotros. 189. — Patronatos. 190. — Rehabilitación del condenado.

186.—Si la aplicación de la pena es de incumbencia casi exclusiva del poder judicial, su *cumplimiento* le corresponde casi siempre en colaboración con algún otro poder o institución.

Siendo además la aplicación de la pena del resorte de las jurisdicciones locales, es una lógica consecuencia que a las mismas corresponda su cumplimiento. Así lo establece la constitución en el art. 67 inc. 11º, en el art. 18, en el que únicamente se refiere a las *cárceles de la nación*, y en el 86 inc. 6º, por el que acuerda al presidente la facultad de conmutar e indultar las penas, sólo con relación a los delitos de *fuero federal*, limitación que importa reservar esa misma facultad a los gobiernos locales respecto de los delitos de fuero común, cuyo juzgamiento constitucionalmente les corresponde. Así lo establecen también las leyes locales, tanto constitucionales como de jurisdicción y de procedimientos, dictadas en consecuencia de los preceptos de referencia y del art. 104.

De aquí que nuestro sistema federal de gobierno, que constituye un inconveniente para la práctica de la unidad penal adoptada en lo que con la aplicación de ciertas penas se relaciona, según se ha hecho notar en los núms. 155, 147 y 181 al estudiar la reiteración y la reincidencia, lo sea también tratándose de su cumplimiento; particularmente respecto de las de reclusión y prisión, dadas las dificultades económicas con que tro-



piezan las provincias para la construcción y el sostenimiento de establecimientos apropiados, como así mismo en lo concerniente a las inhabilitaciones en general, a cuyo respecto las jurisdicciones locales juegan el rol de verdaderos estados independientes.

El código salva la dificultad, ordenando la admisión en los respectivos establecimientos nacionales de los condenados a más de cinco años de reclusión o prisión por los tribunales de las provincias, a las que autoriza a mandarlos, siempre que no tengan establecimientos adecuados (art. 18).

Debe tenerse presente, para el cumplimiento de las penas de cárcel y de multa, lo que al respecto dispone el art. 24, sobre cómputo de la prisión preventiva, y el 305.

Con el cumplimiento de la pena, segundo y último momento de su actividad dinámica, por cierto la face más enérgica, termina la obra de individualización, en su tercer y último aspecto, o sea en lo que a las penas de cárcel se refiere.

187.—De cómo se ejecutan y cumplen las penas se ocupan los arts. 6 a 10, 18, 21 y 22. Del resto se encargan los códigos de procedimientos y reglamentos carcelarios locales. El código respectivo de la capital federal y territorios nacionales trata el punto en sus arts. 557 a 568 y 677 a 689, y la misma constitución prescribe en su art. 18, que las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y que toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice. Concordante con esta disposición, y cubriendo el vacío que se advierte en lo tocante al empleado que practica esos excesos, el art. 143 inc. 5º del código penal reprime el acto del empleado público de imponer a los presos que guarda, severidades, vejaciones y apremios *ilegales*, o de colocarlos en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto. Concuerdan igualmente con él los arts. 683 a 689 del código de procedimientos citado.

Del conjunto de esas disposiciones se desprende lo siguiente:

1º Las *penas de cárcel* se cumplen a base de trabajo obligatorio, y con las demás previsiones de los arts. 18 de la constitución. 7 a 10 del código penal, y de los códigos de procedimientos y reglamentos carcelarios, entre las que es de mencionar la contenida en el art. 6, por el cual, en previsión de que las provincias no tuviesen establecimientos adecuados o de que el trabajo interior llegase a faltar, autoriza a ocuparlos en trabajos exteriores de carácter público, no contratados por particulares.

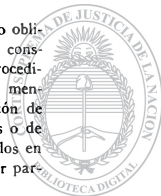
Las *penas accesorias* previstas en el art. 12 son, a la vez que una necesidad, una consecuencia del régimen de esas penas, tanto en el orden de las actividades políticas como en el campo de las relaciones civiles.

Como la materia del régimen y lo que con él se relaciona reviste capital importancia, de ello se trata a continuación en el nº 188. Cabe sin embargo adelantar aquí que ningún condenado puede ser recibido en el establecimiento sin la orden del juez, acompañada del testimonio de la sentencia (arts. 143 inc. 6º del código penal y 561 y 677 del de procedimientos recordado; que la justicia contralorea el cumplimiento de las penas de cárcel, según disposición expresa del art. 18 *in fine* de la constitución y 683 a 689 del código de procedimientos citado, y, finalmente, que las penas de reclusión y prisión son remisibles en los términos de los arts. 13 a 17 del código (libertad condicional, de la que se trata en el nº 114).

2º Las penas de *inhabilitación* se hacen efectivas comunicándolas a quien corresponda, y cuando fuere absoluta, publicándose además el fallo en dos periódicos del lugar del asiento del juzgado y en la capital federal (arts. 563 y 564 del código de procedimientos citado).

3º La pena de *multa* se hace efectiva por vía ejecutiva en la forma ordinaria, convirtiéndosela en prisión sino se obtuviese el pago (arts. 21 y 22 del código y 567 y 568 del de procedimientos recordado).

188.—Después de lo dicho sobre la pena de cárcel en el nº 179 letra *b*) y en el precedente, cabe ocuparse aquí especialmente del *régimen* de la misma, porque así como esta pena es la pena por excelencia, por constituir el medio preventivo di-





recto que con mayor eficacia obtiene el resultado apetecido de la readaptación del delincuente a la vida social, depende él por entero de su duración y especialmente de su régimen, alma y nervio de su acción reformatora. Duración y régimen, pues, son, como dice Garraud, dos elementos de la pena de cárcel.

Si la individualización de la pena resume todo el interés de un sistema represivo, en el régimen de la pena de cárcel finca el éxito definitivo de la misma. Esta extraordinaria importancia explica la preferente atención, siempre creciente, que se le presta.

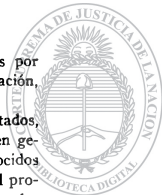
Entiéndese por régimen de la pena de cárcel, la organización práctica de la misma en su cumplimiento, en forma que pueda llenar satisfactoriamente su función preventiva, mediante la reforma del delincuente en mira de su readaptación social. Con parecidas palabras, Herrera.

Pero como esa organización puede variar y varia, cada modo o método constituye un sistema. Y como todos los medios conducentes a realizar un sistema determinado es correlativo y correspondiente, como entre otras cosas la parte arquitectónica de los edificios, se habla de sistemas carcelarios, comprendiendo el régimen y lo concerniente.

Por mucho tiempo el régimen de la pena de cárcel se redujo, en lo fundamental, a un único tipo: el de puertas cerradas. El de colonias penales ha tenido un desarrollo lento y limitado. Hoy, sin embargo, el tipo de puertas abiertas va haciendo rápido camino, aunque no entre nosotros.

Sobre cualquiera de estas dos bases, todo régimen requiere dos condiciones fundamentales: materiales unas, morales las otras. Las primeras, entre las que figura en primer término la parte arquitectónica de los edificios, son correspondientes o consecutivas a las segundas en substancia constituidas por el régimen propiamente dicho (trabajo, educación, instrucción, disciplina).

Supone, además, dos maneras de obrar: la de substracción, o negativa, y la de adición, o positiva. Por la primera se substraer al delincuente del contacto de todo aquello que fué o puede ser causa de su inadaptación (separación externa e interna en su caso, etc.); por la segunda se procura colmar las



lagunas existentes o reemplazar los motivos antisociales por otros de reforma y readaptación social (trabajo, educación, instrucción, etc.)

Dejando de lado, ahora, en materia de métodos adoptados, el tipo de puertas abiertas por ser aun poco practicado en general, es de hacer notar que son tres los sistemas conocidos en el de puertas cerradas: el filadélfico, el auburniano y el progresivo; los dos primeros de origen americano y el último anglo-irlandés.

Consiste el primero en el aislamiento absoluto del condenado en una celda; consiste el segundo en trabajo en común en silencio, y en reclusión celular individual las restantes; consiste el tercero en una combinación de los dos anteriores, y en él el condenado pasa desde el aislamiento absoluto hasta la vida en común durante el día, gradual y progresivamente, a medida que va dando pruebas de enmienda, para concluir en la libertad condicional.

La perfección de este sistema sobre los anteriores está a la vista, como también son indudables los inconvenientes del primero. Es éste caro, pues gasta y no produce; aniquila si no embrutece, idiotiza o enloquece; no reforma porque no educa, ni instruye, ni hace adquirir hábitos de trabajo, ni prepara para la vida de relación, etc. Es algo así como el ergástulo con que los italianos han substituído la pena de muerte.

El sistema celular, de origen conventual, tuvo su primera manifestación en las prisiones de *Hamburgo* (1527). *Amsterdam* (1595), *Franci* (1677), *San Miguel* (Roma), obra del papa Clemente XI (1703), etc., y aunque se propagó y evolucionó por obra del filántropo inglés John Howard (1726-1790), que completó la obra de Beccaria, fué por el concurso que a la misma prestaron los filósofos cuyos escritos prepararon la revolución francesa, que la ciencia penitenciaria propiamente tal nació recién a fines del siglo XVIII, cobrando gran desenvolvimiento sobre todo en Estados Unidos de Norte América.

El primero de dichos sistemas se implantó en las cárceles de *Valnut Street* (Filadelfia, de donde le viene su nombre), *Cherry Hill* y *Pittsburg* (Pensilvania); el segundo se experimentó en las prisiones de *Auburn*, de donde tomó su nombre,



y *Mount-Pleasant* (estado de New-York); el sistema progresivo, ideado por Henderson y Du Cané en Inglaterra, y se instituyó en las prisiones inglesas de *Pentonville* y *Milbank*, y a iniciativa del inspector de prisiones de Irlanda, Walter F. Crofton (de ahí su nombre de *irlandés* o *croftoniano*), que fué quien lo perfeccionó, en las prisiones de *Mountjoy* (primer período), *Spike-Island* (segundo) y *Luckomon* y *Smithfield* en Dublin (tercero).

En los dos tipos de este sistema hay un primer período preparatorio filadélfico de aislamiento, un segundo auburniano *sin silencio*, y un tercero de libertad condicional vigilada, a medida que el penado mejora de conducta.

La diferencia estriba en que en el sistema irlandés cada período se experimenta en cárcel distinta, y en que entre el segundo y el tercero hay un intermedio, de libertad condicional diurna, con trabajo afuera, y de reclusión en la cárcel por la noche (*prisión intermedia*).

El positivismo, sobre la base del penitenciarismo clásico de tipo progresivo, inspiró los *reformatorios*, del que es un exponente el de *Elmira* de New York, primero en su género, seguido luego por el de *Buenavista* (Colorado), el de *Pontiac*: (Illino's), el de *Concord* (Massachusetts), el de *Saint Clud* (Minnesota), el de *Hutington* (Pensilvania), etc., y los que se han definido más allá que en ninguna otra parte.

Se caracterizan por la integridad de su método reformador, pues atienden tanto la parte psíquica, por la preparación para la vida (enseñanza industrial, régimen de trabajo, instrucción social, literaria y artística), cuanto la física (baños, ejercicios, rectificaciones neuropáticas y funcionales, etc.). *Mens sana in corpore sano*. Además por su aplicación a los jóvenes y adultos no natos, locos o anormales.

Sin mencionar las *escuelas industriales*, que caben en algunos de los sistemas recordados, ni las instituciones peculiares para menores, locos, vagos y alcohólicos, por su finalidad y régimen distintos, cabe recordar las *colonias agrícolas*, producto positivista sobre la base de las deportaciones y del tratamiento de la juventud delincuente o abandonada.

He de poner aquí un paréntesis, para hacer resaltar, que de la pena de encierro castigo y luego retributiva, pena inútil,



se pasó a la utilidad del encierro: utilidad primero para el estado (trabajos públicos, galeras, canteras, etc.) y más tarde para el penado (el correccionalismo filantrópico). Últimamente la pena de encierro reviste un carácter utilitario complejo: readaptación del penado en su sentido más amplio, satisfacción de las responsabilidades civiles, atención de los gastos de familia, formación del peculio del penado, reintegración de los gastos a cargo del estado.

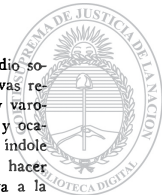
Cualquiera que sea, sin embargo, el sistema que se adopte, es indudable que existe una serie de medidas comunes a cualquier régimen, relacionadas con la administración en general y con los fines de reforma del penado en particular, de las cuales no es posible prescindir; como igualmente que, para la realización de aquella y la consecución de éstos, son indispensables determinadas condiciones materiales relacionadas con la ubicación y construcción de los edificios.

Desde luego la pena de cárcel implica la segregación del penado del medio social, tanto del punto de vista de la seguridad (prevención objetiva) cuanto del de la reforma del mismo (prevención subjetiva). De este punto de vista el encierro constituye un medio de realizar la reforma del penado.

Para obtener este resultado, las cárceles deben ser construidas en lugares aislados, o por lo menos con las seguridades necesarias, en forma que se haga imposible la evasión y fácil la vigilancia, y que al penado no llegue el rumor o el eco de la vida a la cual se lo ha substraído, sino cuándo y en la forma que sea conveniente.

El preso no debe estar alentado por la perniciosa esperanza de la fuga, ni en contacto, siquiera sea indirecto, con los motivos externos que causaron o facilitaron su caída. Debe, por el contrario, encontrarse en condiciones de entregarse y abrirse a los nuevos motivos que la vida interior le ofrece para regenerarlo.

Estas condiciones materiales de segregación consisten, en las cárceles urbanas sobre todo, en altos y seguros muros que rodean las dependencias, y desde los cuales se hace más fácilmente la vigilancia exterior. Ellos impiden, por lo demás, la ayuda de afuera para los casos de sublevación.



Pero no basta con la segregación del penado del medio social: en ese otro mundo de penados, son necesarias nuevas reparaciones, p. e. de reincidentes y primarios, mujeres y varones, mayores y menores, dolosos y culposos, congénitos y ocasionales, por razón de la naturaleza de los delitos, de la índole de los motivos, etc., todo lo que no siempre es posible hacer en cárceles distintas. Viene entonces la cuestión relativa a la separación de los penados en grupos o secciones dentro de un mismo establecimiento, y de aquí la construcción de pabellones separados.

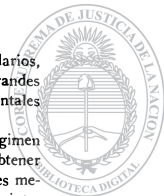
Tampoco basta con esta separación en grupos o secciones; es menester además mantener el aislamiento individual, en cuanto no sea necesario o conveniente la vida en común, y aquí aparece una nueva condición material, la de la división de los pabellones en celdas.

El proyecto italiano se orienta sin embargo en el sentido de restringir el aislamiento celular y en lugares cerrados a los casos indispensables.

En esta materia, tres son los sistemas arquitectónicos más comunes: el de pabellones paralelos, que ha sido objeto de un proyecto presentado en 1918 en la cámara de diputados y otro del P. E. de 1912 de reconstrucción de la *Prisión Nacional* a que se alude más adelante, sistema al que obedecen, entre otras, las cárceles de *Chalon-sur-Saone*, de *Turin* y de *Montevideo* (el más moderno); el circular o panóptico de Bentham (1791), y el de Lucas, radial en forma de abanico (1828), que es en general considerado como el más conveniente por la economía de la vigilancia el más difundido y al que responden: la *Cárcel penitenciaria* de la capital federal, la cárcel de *Sierra Chica* de la provincia de Buenos Aires, y las de *Louvains*, *Filadelfia*, *Saint-Gallo* y *Milán*.

Hay aún más, y es la necesidad de la seguridad interior, y las condiciones higiénicas del caso, con aire y luz por base, y en forma que el penado no se sienta deprimido.

Después de esto, como la reforma se ha de operar teniendo la educación, la instrucción y el trabajo por fundamentos, dentro del establecimiento habrán de estar los talleres y demás dependencias.



Agréguese lo concerniente a los menesteres hospitalarios, de cultura moral y física, etc., y se tendrá esbozado a grandes rasgos el cuadro de las condiciones materiales fundamentales de un conveniente régimen carcelario.

Pero no basta con la reforma del culpable por el régimen y sus condiciones materiales y morales, es menester obtener además su readaptación real a la vida social, para lo que es menester vincular a la acción del régimen, el resorte de reintegración social efectiva del patronato, que cuida de la familia del reo, y ahorra a éste las dificultades consiguientes a su liberación en condiciones tan desfavorables.

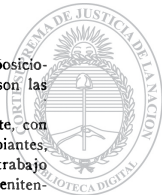
Por lo demás, las medidas de severidad deben ser impuestas si fueren indispensables, pero no debe abusarse de la dulzura. Si el excesivo rigor aniquila o rebela, la bondad ilimitada relaja los resortes y estimula la inconducta.

Una bien organizada y discreta justicia en recompensas sobre pruebas de reforma, que al mejorar la condición del penado lo estimule a consolidarla, es aconsejable a fin de que el penado vaya experimentando las ventajas de una conducta encauzada en el camino del bien.

Añádase el personal apto y moralmente responsable, la base angular del trabajo dignificante, útil y remunerado, la instrucción conveniente, la educación moral y la vida higiénica. Así preparado para desenvolverse con buenas aptitudes adquiridas, una vez en libertad, póngase la llave de la cárcel en manos del condenado en forma de libertad condicional, complétese todo ello con el patronato, y se tendrá concluido el cuadro de los procedimientos y medios que implica una obra de reforma por la pena de cárcel.

El código, únicamente ha previsto como normas básicas de la reglamentación de la pena de cárcel, la separación de los condenados a reclusión y prisión en establecimientos distintos, y de los menores y las mujeres en establecimientos especiales, el trabajo obligatorio y remunerado, la formación de un fondo para la época de su liberación, la prestación de alimentos y el pago de los gastos.

Ni el código ni los proyectos han previsto nada más, considerando, como lo expresan en el informe los autores del de 1906, que hacerlo importaría inmovilizar el progreso, siem-



pre creciente en materia de régimen carcelario, en disposiciones de carácter estable y difíciles de reformar, como son las de un código.

Creo, con todo, que sin incurrir en ese inconveniente, con previsiones de cosas eventuales y particularidades cambiantes, pueden fijarse otras normas tan estables como la del trabajo obligatorio. Fué por eso que en el congreso nacional penitenciario, reunido en mayo de 1914 en la capital federal, propuse las siguientes conclusiones, que fueron favorablemente votadas:

a). Separación de los delincuentes reincidentes de los primarios, los menores de los mayores, por razón de sexo y de la naturaleza de ciertos delitos;

b) Educación moral e instrucción común elemental e industrial, concordante con las exigencias de orden económico del medio social;

c) Trabajo útil y compatible con la clase de pena y la salud física y moral del penado.

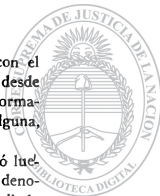
d) Adopción de medidas que importen motivos de estímulos regenerativos, y mejoramiento progresivo de la condición del penado.

Estas conclusiones han sido aceptadas plenamente por la comisión especial de legislación penal y carcelaria de la cámara de diputados, al despachar en octubre de 1917 el proyecto de ley sobre régimen carcelario del diputado del Barco.

Es en los Estados Unidos de Norte América donde se ha concedido al régimen carcelario su mayor importancia. Como demostración casi anecdótica recordaré ciertos hechos que, a la vez que ponen de relieve el interés que el asunto despierta, caracteriza la raza con una elocuencia sin igual.

En Nueva York se reunió un congreso penitenciario organizado por asociaciones femeninas, y a él concurrieron gobernadores y altos dignatarios.

En ese congreso se hizo aún más notable Thomas Mott Osborne, célebre ya por sus estudios penitenciarios y como presidente de una asociación fundadora de la república penal de menores de Cornell, y el cual, nombrado presidente de la comisión de prisiones de Nueva York, entendió que no estaba suficientemente preparado para desempeñar a conciencia tan delicada misión, por lo cual resolvió recluirse por una semana



en una prisión. Y lo efectuó en la cárcel de Auburn, con el nombre de Tom Brown y bajo el número 33.333, siendo desde el primer momento sometido a todas y cada una de las formalidades y prescripciones reglamentarias, sin excepción alguna, y tratado como un vulgar penado.

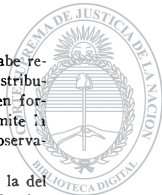
Habiendo estudiado el régimen en carne propia, fundó luego en dicha cárcel su amada república carcelaria, bajo la denominación de "Liga de presidiarios por el bienestar mutuo", la misma que más tarde no logró hacer prosperar en la cárcel de Sing Sing, cuando fué llamado a dirigirla, pero que ha sido posteriormente implantada con éxito.

Y para terminar: el caso del celeberrimo Lindsey, juez del Colorado varias veces reelecto popularmente, que mandaba a los menores condenados, a recluirse voluntariamente, sin previo aviso y sin vigilancia.

Después de la construcción de la cárcel de *San Miguel* en Roma, primera prisión de sistema celular, pasó poco más de un siglo antes de que las naciones iniciaran la edificación de cárceles y la implantación de regimenes carcelarios. Inglaterra con su cárcel de *Gloster*, Bélgica con la de *Gand*, el estado de Filadelfia en Estados Unidos con su cárcel construída en la región del *Cherry Hill*, etc., inician la gran obra, luego seguida por Francia con la *Santé*, Alemania con la *Plotreuse*, Suiza con *Saint Gall*, Italia con la de *Milán*, España con su cárcel *Modelo*, etc., paralelamente con la reacción que se operaba en el derecho penal en general, obra que ha ido mejorando sucesivamente, a medida que se ha ido prestando atención a una pena que, si bien la menos antigua y la más complicada y burocrática, es la única indiscutida, puesto que es la única que no repugna al sentimiento humanitario, y dado que es la que, con más eficacia y energía, a la vez que la separación del delincuente del seno social, impidiéndole reincidir, realiza su enmienda, inculcándole hábitos de trabajo, instruyéndolo, educándolo, y en general preparándolo para su adaptación social.

Hasta entonces la cárcel era un lugar de seguridad y castigo, de promiscuidad y hacinamiento, de miseria y corrupción.

Sin detenerse en la enumeración de las cárceles modelos de otros países, entre las que en primer término puede citarse



el *Reformatorio de Elmira* del estado de Nueva York, cabe recordar la *Cárcel penitenciaria* de Buenos Aires, cuya distribución en pabellones amplios con celdas en doble piso y en forma radial o de abanico, según el sistema radial, permite la vigilancia unitaria de todos ellos, desde la cámara de observación situada en el eje de distribución de los mismos.

Tanto por las seguridades de las celdas, cuanto por la del alto y grueso muro que cierra los pabellones, las dependencias administrativas y los talleres, y que al mismo tiempo los separa del edificio destinado a las habitaciones de la dirección, las evasiones se hacen poco menos que imposibles.

La estufa de desinfección, así como otros detalles higiénicos, forman, con el estudio y clasificación del penado por el *Instituto criminológico* anexo, las operaciones preliminares a que aquel es sometido a su ingreso al establecimiento.

El régimen del establecimiento consiste en el aislamiento en las celdas durante las horas no dedicadas al trabajo o la instrucción, realizándose ambas cosas en común, en talleres de zapatería, carpintería, fundición, mecánica, impresión y artes gráficas, y en horticultura, jardinería, lavado mecánico para las necesidades del establecimiento, y panificación y fidejería con el mismo objeto y con destino al servicio exterior de algunos establecimientos oficiales o de beneficencia. A la instrucción científica, industrial, literaria y artística, se agrega la educación de carácter moral.

Reina en él el orden y la disciplina más completos, brillan en sus menores detalles la higiene y la limpieza más escrupulosa, posee un excelente hospital interno, y los reclusos gozan de las ventajas de distinciones consecutivas a sus pruebas de buen comportamiento.

Se trata, pues, de un establecimiento modelo entre los de su género, al que tan sólo le falta la institución del patronato, tan necesaria para que los reclusos, una vez puestos en libertad, salgan directamente destinados a una ocupación segura que los libre del peligro del abandono y de la reincidencia, a falta de instituciones similares en relación con el establecimiento, a la manera de lo que, bajo cualquiera de los dos sistemas, se estima en los países que prestan a estas cuestiones la atención que merecen.



Esta cárcel, mandada construir por el gobierno de la provincia de Buenos Aires antes de la capitalización nacional de la ciudad del mismo nombre, en esa época capital nacional y de la provincia, fué inaugurada el 28 de mayo de 1877 con 710 presos, 8 más del número de sus celdas, llevados de la cárcel que existía en los sótanos del Cabildo, la que, con las que existían en las calles Alsina y Perú y la *Correccional*, hoy *Correccional de mujeres*, constituían las tres cárceles de la ciudad.

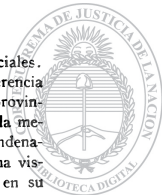
Es de lamentar que el país no cuente con algunas cárceles más en las mismas condiciones. La nación tiene además la *Correccional de mujeres* y la *Prisión nacional*, ambas en la capital federal, en condiciones deficientes por razones de local y recursos. La de mujeres es gobernada por religiosas y alberga condenadas a toda clase de penas, menores y mayores, y también las simples encausadas, y la *Prisión nacional* es más de encausados que de penados.

Tiene también la nación el *Presidio de Usuhaia* y las cárceles de los territorios bajo su gobierno, las que por cierto no merecen tal nombre, al menos del punto de vista del régimen. Tiene así mismo el *Reformatorio de Marcos Paz* para menores condenados o incorregibles, que tampoco llena por hoy sus fines.

Las de las provincias son igualmente deficientes y no llenan su misión. Exceptuando el *Presidio de Sierra Chica* de la provincia de Buenos Aires, la *Cárcel penitenciaria* de Córdoba, y alguna otra, organizadas y regidas no del todo mal, las restantes son lugares de simple y relativa seguridad, en las que promiscuan lamentablemente reincidentes y primarios, mayores y menores, condenados a toda clase de penas, y simples encausados, etc., sin régimen de trabajo ni cultural alguno, y con resultados morales desastrosos.

Este estado deplorable de cosas no podrá desaparecer sino con la nacionalización de la justicia penal, idea que cada día arraiga más hondamente en la convicción de quienes se ocupan de estas cosas. Pero la dificultad es seria, puesto que ello supondría la reforma de la constitución, y en atención a que el interés de los hombres de gobierno y del pueblo mismo, por estos graves y trascendentales problemas, no ha sido aún conmovido.

Otro medio de remediar el mal sería convenir la nación con las provincias, que la reclusión de los condenados a penas

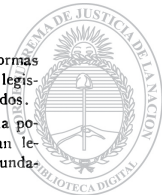


mayores se realice en establecimientos nacionales especiales. Pero eso mismo toca con el inconveniente de la indiferencia apuntada y el mal entendido localismo que en algunas provincias, como la de Corrientes, llega al extremo de fijar, nada menos que en su constitución, la prohibición de que sus condenados salgan de la provincia bajo ningún pretexto. Ya se ha visto de qué manera remedia este inconveniente el código en su art. 18.

Mucho se ha escrito y proyectado con fines de mejora en el sentido indicado, es cierto. Yo mismo he hecho lo que he podido en revistas, diarios y en la cátedra. En la cámara de diputados existen proyectos de colonias penales y de cárceles regionales. El gobierno del doctor R. Sáenz Peña, bajo el ministerio del doctor Juan M. Garro, encomendó en octubre de 1911 un proyecto a una comisión compuesta del director de la Inspección general de justicia, el gobernador de la *Cárcel penitenciaria* y el director de la *Prisión nacional*, el que fué presentado en 12 de diciembre de 1912, y en el que se arribaba a las conclusiones siguientes: adopción de la pena indeterminada; dirección general de prisiones; patronato de penados y de menores; convertir la *Cárcel penitenciaria* en cárcel de encausados; reconstruir la *Prisión nacional*, convirtiéndola en cárcel de mujeres con un pabellón para menores; construcción de una gran prisión nacional en la provincia de Buenos Aires, lejos de lugares poblados; construcción de una cárcel regional en un territorio del norte y otra en uno del sur; ampliación del *Reformatorio de Marcos Paz*; mejoramiento de las cárceles de encausados de los territorios, y construcción de ellas donde no haya; terminación del *Presidio de Ushuaia*.

Con posterioridad al decreto de Sáenz Peña de 1911, a que se ha hecho referencia, el doctor Plaza, siendo ministro el doctor Carlos Ibarguren, dictó un decreto el 16 de diciembre de 1913, destinando dos grandes extensiones de tierra fiscal en los territorios nacionales del Río Negro y del Chaco para colonias penales, con capacidad para mil penados cada una.

Antes habíase presentado un proyecto de colonias penales por el diputado J. A. Martínez, y luego se presentó otro sobre establecimientos penales y régimen de los mismos en 1908 por los diputados G. del Barco e I. Ruiz Moreno, el que fué pre-



sentado nuevamente por el primero y despachado con reformas notables en octubre de 1917 por la comisión especial de legislación penal y reforma carcelaria de la cámara de diputados.

Pero todo eso quedó para mejores tiempos, cuando la política y los intereses materiales del momento permitieran levantar la mira y preocuparse de intereses morales tan fundamentales como son los de que vengo hablando.

El último proyecto del P. E. es el presentado al congreso en 26 de julio de 1919. Comprende la construcción de establecimientos penales para condenados y encausados, el establecimiento de colonias y granjas, la creación de la dirección general de prisiones, la implantación de escuelas de prefectos, celadores, guardianes e inspectores, y la fundación del patronato de liberados.

Se prevé todo lo concerniente a la educación, instrucción y trabajo del penado, como así mismo a su clasificación criminológica, y se dispone que en los establecimientos nacionales serán recibidos los condenados por autoridades de las provincias, tengan o no éstas cárceles propias y sin erogación alguna.

Las colonias y granjas se destinan a la ocupación de los ex penados o en libertad condicional, y se prescribe que el P. E. establecerá la forma y las condiciones en que los mismos podrán adquirir pequeños lotes, proporcionándoseles lo necesario para poblarlos y explotarlos.

La enseñanza y educación, que será gratuita, se hace extensiva a los hijos, y comprende también la práctica de la agricultura, la ganadería y las industrias derivadas, punto este de suma importancia, y al que ya me había referido en la conclusión *b*) que logré hacer votar por el *Congreso penitenciario* de 1914, de que he hecho mención, y en un trabajo publicado en "La Nación" del 30 de junio de 1911.

Este proyecto, muy bueno por cierto, no difiere fundamentalmente del de la comisión especial de legislación penal y carcelaria de la cámara de diputados de 1917, a que también he hecho referencia. Este último, que reduce la colonia agrícola a los menores y relegados, crea en cambio la estadística criminal, punto de señalado interés que descuida el proyecto del P. E.

En septiembre de 1921, el diputado Caracoche presentó un proyecto análogo.

Según se ve, es tan sentida la necesidad, que proyectos sobran: lo que falta es la atención activa, que en esta materia falta en absoluto.

189.—Cumplida la pena de cárcel, el penado es puesto en libertad llevando dos recomendaciones: una que, pregonando su delito, despierta en los demás la desconfianza, y otra que habla a las gentes de su reforma en un lenguaje poco convincente.

Claro está que si el que egresó del seno social maculado para regresar redimido, no cuenta con facilidades para desenvolverse, especialmente si su mal consiste en la tendencia al delito contra la propiedad, se encontrará quizá en peores condiciones que antes, no obstante el hábito y la pericia para el trabajo adquiridos, por las naturales dificultades que el antecedente de su condena ha de oponerle, dado que el cumplimiento de la pena sólo representa para el público el valor, muy relativo por cierto, de una presunción de reforma.

En semejante situación es más que posible que la tendencia o el viejo hábito despierte y destruya el hábito nuevo y las nuevas ideas, bajo la presión de las necesidades impostergables y materiales de la vida.

Es menester entonces salvar el peligro de esta especie de salto sobre el abismo, tendiendo un puente que permita al condenado pasar en seguridad del ostracismo a la convivencia social, en condiciones de ser recibido en ella sin resistencias y desenvolverse en medio a facilidades que le permitan subvenir de inmediato a sus necesidades, sin solución de continuidad en la aplicación de las aptitudes y hábitos de trabajo adquiridos.

Únicamente a esta condición es que puede razonablemente aspirarse a los resultados positivos de la reforma procurada por medio del régimen carcelario: sin ese requisito final la obra quedará incompleta y en serio peligro de fracasar.

Pero no es esto suficiente. No basta que el *patronato* establezca el vínculo de unión entre el mundo de la eliminación y el seno social, convirtiéndose en intermediario o vehículo de integración: es menester que vigile y tutele al reincorporado, hasta asegurarse de su readaptación. Es muy fácil la simula-





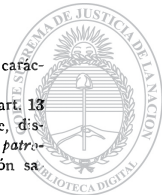
ción por una parte, y por otra una reforma obtenida en un medio recargado de motivos de mejora, puede desvanecerse como una burbuja de jabón expuesta al viento, una vez el penado en presencia y en contacto con las múltiples tentaciones, dificultades e incentivos malsanos de todo orden. La nave reparada navegará en seguridad en el tranquilo y reducido lago de la reclusión, suavemente impulsada por las bonancibles auras del ambiente sereno e inalterable; pero hecha a la mar y expuesta a la violencia de los elementos, correrá grave riesgo de naufragar, si manos expertas y firmes no se hallan dispuestas a asumir el mando en los momentos difíciles.

Y bien: es esta la obra del patronato. El patronato, que puede realizarse oficialmente, por instituciones privadas o en forma mixta, y que puede depender directamente de la cárcel o sólo hallarse en relación con ella, tiene a su cargo la tarea de buscar al liberado una ocupación lucrativa que responda a sus aptitudes y le asegure una vida honesta a la salida de la cárcel, y constituye para él un centro de proyección benéfica y tutelar que lo protege y lo vigila, y al cual puede recurrir en todo momento en procura de asistencia moral y material.

Tratándose de liberados condicionalmente, el condenado contrae obligaciones de dependencia, manteniéndose en comunicación con las autoridades respectivas y bajo la vigilancia necesaria. Al efecto no ha de cambiar de ocupación ni de domicilio sin aviso, y estará obligado a comunicarse con ellas cada cierto tiempo. A su vez el patronato debe vigilar la conducta del condenado, informándose en primer término en los establecimientos, casas y lugares donde trabaja y actúa, hasta que la condición se haya cumplido y con ella se haya extinguido la pena y las obligaciones inherentes.

Pero en todo caso la vigilancia tiene que ser tutelar, dignificante, no depresiva.

Estas instituciones, tan difundidas en Estados Unidos de Norte América y en Europa, hállese entre nosotros aún en proceso de gestación; al menos como institución oficial: todo lo que al respecto existe es el proyecto de la cámara de diputados de 1917, recordado, y el presentado por el P. E. al congreso con fecha 26 de julio de 1919. Existe, sí, el *Patronato*



de liberados, fundado por el doctor Jorge H. Frías con carácter particular en la capital federal.

Tendrán sin embargo que crearse, en vista de que el art. 13 del código, refiriéndose a los liberados condicionalmente, dispone en su in. 5º que deberá *someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes*, previsión saludable que se debe a la comisión del senado.

El proyecto italiano crea el patronato oficial de penados, y lo hace administrador de la Caja de indemnizaciones, cuyo fondo se forma con las multas, indemnizaciones a favor del estado, contribuciones especiales, y otros rubros, y se destina a los objetos propios del patronato, y además a la indemnización de las condenas y prisiones de inocentes y a la atención urgente de las familias de las víctimas del delito.

190. — Además de la condena condicional, la libertad condicional, las providencias del régimen carcelario tendientes a dignificar y reformar al delincuente, de las que en su lugar se ha hecho mención, y de la institución del patronato de liberados, figura entre las medidas protectoras del penado, a las que tan marcada predilección demuestra la tendencia penal contemporánea, la *rehabilitación* del mismo, "corolario indispensable del régimen penitenciario".

El antiguo sistema acordaba la rehabilitación en mira únicamente del porvenir, haciendo cesar las penas accesorias una vez extinguida la principal, y reintegrando al condenado en los derechos civiles de que lo privara la sentencia (patria potestad, tutela, ejercicio profesional, derecho de elegibilidad). Y estos, en el sistema de las leyes francesas de 5 de agosto de 1889 y 11 de julio de 1900, se hacía por el solo transcurso del término legal, sin consideración a los méritos del condenado.

El nuevo sistema, adoptado en los proyectos alemán y suizo, requiere además la buena conducta del condenado durante el término legal, y que además haya reparado el daño; y, poniendo también la vista en el pasado, procura borrarlo, autorizando la cancelación de la sentencia en el casillero judicial, una vez transcurrido un nuevo plazo después de acordada la rehabilitación.

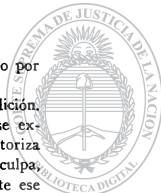
Es indiferente que la pena se haya extinguido por su ejecución, la prescripción o la gracia; pero debe haber transcurri-

do, después de la extinción de la pena, el término fijado por la ley.

Puede verse a Garraud, t. II, p. 646 y siguientes, 3ª edición.

Carecemos nosotros de esta medida protectora, si se exceptúa el caso de quiebra, en el que la ley respectiva 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 se ha conducido de una manera irreprochable, y a condición, en ambos casos, de que los acreedores hayan sido satisfechos. La rehabilitación se 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 y las responsabilidades por los saldos deudores. La sentencia debe ser leída en audiencia pública, y publicada en los diarios que el rehabilitado o sus herederos indiquen (arts. 145, 146, 147, 149, 150, 155 y 156).

La rehabilitación no es, por otra parte, más que una lógica consecuencia de la condena condicional, de la sentencia indeterminada, y en general de la readaptación social que se procura obtener del penado. Una vez operada, hay que abreviar el exceso en los términos calculados y quitar todo lo que puede constituir un inconveniente para que la readaptación perdure y se consolide.







De las causas que extinguen la acción y la pena

191. — Causas que suspenden o extinguen la acción y la pena. 192. — De la extinción en particular de las penas. Cumplimiento, muerte, locura, prescripción, nueva ley más benigna, perdón, gracia, amnistía, matrimonio. 193. — De la sentencia indeterminada y de la libertad condicional. a) Consideraciones generales. b) Cómo legisla el código. Cuestiones que se plantea. c) De la autoridad competente para resolver la liberación del condenado. Jurisprudencia. 194. — De la prescripción. Fundamento, términos, interrupción y suspensión. 195. — De los efectos penales y civiles de la extinción de las penas.

191. — Se dijo oportunamente, que cometido el delito el mecanismo penal se ponía en movimiento, a objeto de obtener la imposición de la pena, la que de tal modo entraba en su proceso dinámico de doble momento: el de su aplicación y el de su cumplimiento.

Puede ocurrir, sin embargo, que, no obstante el conocimiento que se tenga del delito y de la persona responsable, median causas que impidan realizar una u otra cosa, en cuyo caso el impedimento puede ser transitorio o definitivo: en el primer caso habrá una simple suspensión de la aplicación o del cumplimiento, y en el segundo se producirá la extinción o caducidad de la acción o de la pena.

Hay entonces causas suspensivas y causas extintivas, y tanto las unas como las otras son comunes a todos los delitos o propias de algunos de ellos, como así mismo comunes a la acción y a la pena o propias tan sólo de una u otra.

San causas *suspensivas*: el previo desafuero establecido por la constitución en sus arts. 45, 51, 60, 61 y 62 respecto de ciertos funcionarios; la locura sobreviniente del encausado (art. 10 del c. de p. c. de la capital y territorios federales); las cuestiones prejudiciales (art. 17); la fuga o rebeldía del mismo (arts. 148 y siguientes).



De ellas solamente la última es común a la acción y a la pena, siendo las tres primeras propias de la acción, pues la locura se computa a los efectos del cumplimiento de la pena (art. 25 del código). Son, por otra parte, las primeras únicamente comunes a todos los delitos.

Cabe hacer notar, además, que todas pueden, por el transcurso del tiempo necesario para la prescripción, transformarse en causas extintivas.

Son causas *extintivas*: la muerte del culpable, la prescripción, una ley nueva (art. 2 del código), la locura del condenado, el cumplimiento de la pena, el indulto, la amnistía, el perdón en los delitos de acción privada, la retractación en los delitos contra el honor, el matrimonio con la ofendida en los delitos contra la honestidad y la muerte del cónyuge agraviado en el adulterio (arts. 22, 25, 59, 60, 61, 64 a 69, 74, 117 y 132).

De ellas son comunes a todos los delitos las seis primeras, y propias de algunos las restantes; y son comunes a la acción y a la pena todas, menos la retractación, que es propia de la acción, y el indulto, el cumplimiento y la locura, que son propias de la pena.

Debe agregarse como causa propia de la acción, el pago de la multa y la indemnización (art. 64).

La renuncia de la acción privada (perdón del encausado) sólo perjudica al renunciante y sus herederos (art. 60).

La pena, por lo demás, puede, según se ve, extinguirse de modo ordinario, por su cumplimiento, en el que quedan comprendidas la condena condicional y la libertad condicional, o de modo extraordinario, por los demás medios mencionados.

Es verdad que la condena condicional extingue la pena por vía de prescripción, más no hay que olvidar que importa una institución legal integrante del sistema de individualización de la pena, análoga a la libertad condicional.

En cuanto a esta última, es de tenerse en cuenta que, según puede verse en el final del art. 13 y en el 16, se requiere, para la extinción de la pena por su cumplimiento en libertad, mayor tiempo que el de la condena, lo que no ocurre con la condena condicional (arts. 27 y 65).

**Suspensivas:**

Desafuero	}	propias de la acción.	}	comunes a todos los delitos de las dos primeras.
Locura				
Cuestiones prejudiciales.				
Fuga o rebeldía — común a la acción y la pena.				

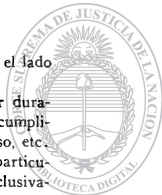
Extintivas:

Muerte del culpable	}	comunes a todos los delitos.	}	comunes a la acción y la pena, menos la retractación, que es propia de la acción, y la locura, el cumplimiento y el indulto, que lo son de la pena.	
Prescripción					
Locura					
Cumplimiento					
Nueva ley	}	propias de algunos delitos.	}		
Indulto					
Amnistía					
Perdón					
Retractación	}				
Matrimonio					
Muerte del agraviado					

192.—De la sentencia indeterminada o libertad condicional, como medio de extinguir ciertas penas de cárcel, se trata por separado más adelante, lo propio que en seguida se hace con la prescripción, en vista de su particular importancia.

Siendo la responsabilidad penal eminentemente personal, claro está que *muerto* el delincuente se extinguirá la pena, aunque sin perjuicio de las responsabilidades civiles, como acaba de hacerse notar en el n° 191, por las cuales puede perseguirse a los sucesores, pero sin que pueda hacerse efectiva la pena de multa aún no efectuada.

Coloca el código *la locura* entre los medios de cumplir la pena de cárcel y por consiguiente de extinguirla, pues en su art. 25 dispone que, si durante la condena el penado se volviese loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena. Pero esto es más sentimental que científico y conveniente, porque si la pena de cárcel temporal tiene por objeto reformar al culpable, es absurdo admitir que un asesino que se vuelve loco al ser notificado de su condena a veinticinco años de presidio p. e., deba ser considerado en condiciones de readaptación social al recuperar su salud mental a los veinticinco años y unos días. Dispone igualmente con análogo criterio en su art. 24 que se computará a los mismos efectos la pri-



sión preventiva. La verdadera razón debe ser vista por el lado de la prescripción.

Una *nueva ley* puede imponer una pena de menor duración, pero que, compensada con la anterior, la dé por cumplida. Puede también quitar al hecho su carácter delictuoso, etc.

El *perdón*, propiamente tal, es el que acuerda el particularmente ofendido en los delitos de acción privada exclusivamente: no los de acción pública dependientes de instancia privada. (Ver los arts. 69 y 72)

Hay sin embargo perdón en los delitos de acción pública, si bien llevan otro nombre. Perdona el poder legislativo por medio de la amnistía, el poder ejecutivo por medio de la gracia (indulto y conmutación), y en cierto modo el poder judicial por medio de la condena condicional y de la libertad condicional. Se caracteriza esta especie de perdón por otorgarse en forma condicional, distinto por lo tanto a los demás.

El *perdón judicial*/propiamente tal, que juntamente con la condena condicional y la represión o admonición tiende a substituir las penas de corta duración, juzgadas inconvenientes, no existe en la ley; pero en los proyectos alemán, austriaco y suizo se lo acoge con más o menos amplitud y libertad. También en Francia se ha hecho varias tentativas, y Magnaud, siguiendo las prácticas inglesas, usó de él indirectamente, absolviendo sobre la letra de la ley.

Según Jiménez de Azúa tiene su remoto origen en la admonición canónica.

La represión, adoptada por Tejedor del código español, existe en el italiano y el alemán y figura en los proyectos citados.

La *gracia*, facultad excepcional acordada por el art. 86 inc. 6º de la constitución al presidente, con relación a los delitos de fuero federal, excepto en los casos de acusación por la cámara de diputados, tiene su remoto origen y razón de ser en la necesidad de moderar la severidad innecesaria de la ley en un caso determinado.

Procede en toda clase de delitos, haciéndose remisión de toda o parte de la pena (indulto) o substituyéndose la pena por otra (conmutación), y se otorga previo informe de los tribunales, en presencia de una sentencia firme, sin destruir las consecuencias civiles del delito (art. 68), y no debe confundirse-



le con la reducción de la pena, autorizada por el código penal en sus arts. 13 y siguientes.

Habiendo la constitución acordado al presidente la facultad de indultar sólo con relación a los delitos de fuero criminal (se hace extensiva a los de fuero común en jurisdicción nacional — capital federal y territorios nacionales —), es entendido que las provincias se la reservaron para los de fuero común correspondientes a sus respectivas jurisdicciones (arts. 67, inc. 11º, 104, 105, 106 y 108 de la constitución nacional). Es así como en todas sus constituciones le acuerdan, ora a sus gobernadores ora a sus legislaturas.

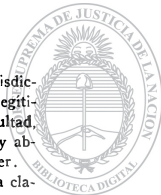
El P. E. ha sostenido alguna vez su facultad de indultar con el proceso abierto, y aún sin proceso, y lo ha otorgado a veces en esas condiciones. Los tribunales en cambio se la han negado, y se ha ido alguna vez hasta negarle el informe en tales condiciones.

Conviene examinar separadamente las tres cuestiones que el asunto involucra: la de fondo, la de jurisdicción y la de procedimiento.

En la primera, o sea la de fondo, corresponde examinar cuál es la naturaleza jurídica del indulto. A este respecto no hay discrepancia alguna: por sus orígenes, la razón que lo informa y los antecedentes históricos y de doctrina, el indulto importa la clemencia, la indulgencia, la gracia, el perdón social ejercido por el órgano del jefe del estado, a favor de aquellas personas a cuyo respecto las leyes penales, en su aplicación a casos concretos, resultan de una severidad imprevista y desproporcionada, y es, por lo tanto, subjetivo e individual.

Si el indulto es el perdón, el favor, va de suyo que habrán un delito y un culpable, pues el perdón del irresponsable es un contrasentido. Y culpable o responsable no puede haber sin una declaración de responsabilidad, extremo que supone juicio y sentencia por el único poder con facultades para ello, el judicial.

Como en un fallo de la cámara de apelación en lo criminal y correccional de la capital federal, de la que formo parte, se demuestra hasta la evidencia que el presidente no puede indultar al procesado sino al condenado, me remito en lo pertinente a sus fundamentos.



Puede consultarse ese fallo en el *Apéndice* n° I.

Y aquí viene la segunda cuestión: la relativa a la jurisdicción. Nadie desconoce que el presidente es la autoridad legítima y única a quien hase acordado tan extraordinaria facultad, cuyo ejercicio le corresponde de la manera más integral y absoluta, sin restricciones y con exclusión de todo otro poder.

No tiene en él otras limitaciones que no sean las de la clase de delitos y el informe previo que debe recabar de la autoridad respectiva.

Siendo una facultad de excepción, motivada por la necesidad de moderar el rigor excesivo e imprevisto de la ley en su aplicación concreta, es de toda evidencia que, ni el poder legislativo que hizo la ley ni el judicial que la aplicó, pueden ni deben tener intervención en su ejercicio. Admitir lo contrario importaría negar la razón de ser y la esencia misma de tan extraordinaria facultad.

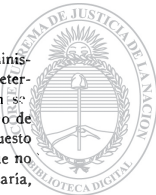
Es por eso que no cabe reglamentar su ejercicio fuera de la reglamentación establecida por la constitución; única ley capaz de hacerlo, porque es también la única que puede crearla. Es también por eso que el poder judicial no está llamado a *opinar* sino a *informar*. Es por eso que el presidente acuerda o deniega el indulto sin pedir consejo a nadie; sin otra formalidad que la del informe del tribunal respectivo. Es por eso que el congreso no puede modificar ni neutralizar sus efectos por medio de una ley.

El abuso, sin embargo, que de tan excepcional facultad se ha hecho, ha dado motivo a que, entre otros, en el mes de julio de 1919 se haya presentado dos proyectos reglamentarios de la facultad de indultar: uno en la cámara de diputados de la nación y otro en la legislatura de Buenos Aires.

La tercera cuestión es la relacionada con el procedimiento. Este es el que establece el P. E., y no reconoce más requisito que el preestablecido del previo informe del tribunal. Y es aquí donde se planteó el conflicto recordado.

Entiendo que el tribunal no puede negarse a dar el informe, aunque el proceso esté abierto. Debe dar el informe que el estado de la causa permita, pero debe darlo.

La negativa del tribunal significaría, en primer lugar, atribuir al presidente la intención de indultar, cuando el pedido de



indulto se encuentra todavía corriendo los trámites administrativos preliminares, para ponerlo en condiciones de someterlo, una vez concluidos, a su consideración; significaría, en segundo lugar, tomar el tribunal una ingerencia en el ejercicio de una facultad expresamente substraída a su jurisdicción, puesto que, en vez de informar, daría al presidente una opinión que no le ha sido solicitada y que no le corresponde dar; significaría, en tercer lugar, tomar una participación directa y decisiva en la solución, impidiendo su pronunciamiento, dado que el presidente no puede indultar sin informe.

Si es verdad que el presidente no puede indultar antes de la sentencia, sin ejercer facultades judiciales que constitucionalmente le están vedadas, también es verdad que la justicia no puede negarle el informe en la forma que proceda, sin entrometerse en el ejercicio de una facultad substraída a su intervención, reglamentándolo de hecho y sometiendo su interpretación a su propio criterio.

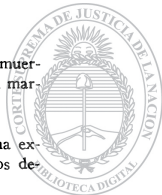
En conclusión: el indulto, histórica y constitucionalmente, implica la sentencia condenatoria ejecutoriada; pero si el poder ejecutivo pide informe antes, la justicia debe darle el que corresponda al estado de la causa.

Contempla el indulto la condición personal del delincuente y su propio interés (punto de vista subjetivo), y es por lo tanto individual, lo que no impide que se acuerde indultos colectivos. No borra el delito, y por lo tanto las demás consecuencias, distintas de la pena, quedan firmes, y el indultado es un condenado, que si recae en el delito será considerado reincidente (art. 50).

Véase además el n° 195.

La conmutación de la pena importa substituir la pena impuesta, por otra. Es una facultad que corresponde al presidente y a los gobernadores, correlativamente a la de indulto: quien puede lo más puede lo menos. Lo dicho del indulto cabe decir de la conmutación.

Pero tanto el indulto como la conmutación son resabios que carecen de razón de ser, y que están llamados a desaparecer el día que se supriman las condenas a plazo fijo. Cuando los jueces dispongan de penas alternativas con mínimos bajos o sin mínimos, y cuando la sentencia o la ley fije mínimos bastante bajos en el cumplimiento de las penas, el indulto y la conmuta-



ción figurarán como recursos extremos contra la pena de muerte, en los países en que aún se mantenga esta pena, hoy en marcha hacia el destierro .

Es un arma anacrónica y de doble filo.

No se sabe qué preferir: si la injusticia de una pena excesiva, o el abuso que deja a la sociedad entregada a los delincuentes, con el consiguiente escarnio de la justicia.

Contra este abuso van reaccionando algunas constituciones, que acuerdan la facultad de indultar al poder legislativo, en las mismas condiciones que la amnistía. Así lo hacen la novísima constitución uruguaya, que requiere los dos tercios en ambas cámaras, y algunas constituciones provinciales.

Puede verse el n° 193, al fin.

La amnistía es una manifestación de soberanía, es del resorte del poder legislativo, contempla la clase del delito (punto de vista objetivo) y no la condición personal de los individuos (punto de vista subjetivo), se aplica aún sin proceso, detiene la acción o quita la pena, por lo mismo que obedece a razones de utilidad social, y se concede comúnmente tratándose de delitos políticos o militares.

Únicamente el congreso puede dictar una ley de amnistía o de olvido, porque únicamente a él le incumbe la misión constitucional de declarar las acciones delictuosas, y es por consiguiente sólo a él que corresponde la facultad de destruir su carácter criminal. Es en esta virtud que la constitución le reserva en el art. 67 inc. 17° la facultad de conceder amnistías generales. J. V. González sostiene que las legislaturas locales pueden acordarla en sus respectivas jurisdicciones.

Es pues la amnistía el perdón u olvido impersonal del poder legislativo, y los partícipes o encubridores de delitos amnistiados no son reincidentes, aunque hubiesen sido juzgados, porque la amnistía, como lo sostiene el informe del proyecto de 1917 (p. 94), contra la opinión de los autores del proyecto de 1891 (p. 115 del respectivo informe), histórica, etimológica y jurídicamente significa olvido, amnesia. No borra el hecho y sus efectos no penales, porque lo que materialmente ha sido no puede dejar de haber sido, y porque la criminalidad del acto nada de común tiene con sus consecuencias jurídicas de carácter civil, las que por consiguiente quedan subsistentes.



Pero es indudable que la ley penal que ha creado la entidad jurídica delito, puede hacerla desaparecer con todos sus efectos del mismo carácter, cuando falta la razón básica de esa creación, que es el interés social. Y como los efectos y consecuencias penales no nacen del acto, ni como un todo material ni como una entidad jurídica genérica siquiera, sino de la significación criminal agregada por obra exclusiva de la ley, puede decirse con toda propiedad que la amnistía borra el delito, porque destruye la significación jurídica de ese carácter agregado. Naturalmente en los casos concretos y no para los futuros.

Véase el art. 50, y además el n° 195, y lo que en particular dispone el art. 61 del código, en el que, como también en el 68 se hace mención únicamente de las indemnizaciones debidas a los *particulares*, a diferencia del 28, en el que se incluye además los gastos del juicio, sin que exista razón para semejante diferencia (arts. 11, 29 a 33, 64 y 70).

El proyecto italiano no autoriza la amnistía y el indulto para los habituales y enfermos mentales.

! La *retractación* se halla prevista en el art. 117, como medio de extinguir la acción únicamente, pues ha de ser ofrecida antes de o al contestar la acusación, y ha de hacerse públicamente.

Véase, además, lo que de ella se dice en el t. III n° 50.

El *matrimonio* con la ofendida soltera, es también una manera de extinguir la pena, lo mismo que de extinguir la acción y evitar por consiguiente la aplicación de la pena, en los delitos de estupro, violación, rapto y abuso deshonesto, siempre que la ofendida capaz, o sus representantes legales siendo incapaz, presten su libre consentimiento, y a condición de que haya sido restituida a la casa de sus padres o a otro lugar seguro (art. 132).

193.—a). La *sentencia indeterminada*, uno de los medios de individualización de las penas de cárcel, se relaciona también con la extinción de las mismas, puesto que importa una forma de cumplirlas.

La denominación de *sentencia indeterminada* pertenece a los americanos del norte y fué introducida por Broockway y Wines en el *Congreso de Cincinnati*, que tuvo lugar en 1870. Y por cierto que no es del todo propia, desde que la sentencia



establece la condena y determina la pena que el condenado habrá de cumplir. Por consiguiente tampoco es propia la denominación de pena *indeterminada*. Lo que en realidad hay de indeterminado en la sentencia es el tiempo que la pena ha de durar; de lo que se infiere que la denominación más propia sería la de *condena de duración indeterminada*, cuya forma práctica de realización es la *libertad condicional*.

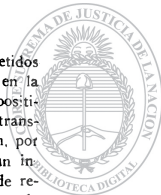
La idea, aunque aparentemente nueva, no lo es, sin embargo, pues data de muy atrás el punto de vista correccionalista de la pena, que lógicamente implica su individualización, de la que la sentencia indeterminada es, a la vez que una consecuencia, uno de sus medios. Ya Krausse y Röeder la preconizaban.

Tampoco es nueva la incorporación de la idea a la ley. Ya en el derecho penal eclesiástico existía por la gracia que el superior acordaba una vez enmendado el culpable, aunque no hubiese vencido el término fijado en la sentencia. Otro tanto se disponía en el código español de 1822 y en el de Baviera, del cual tomó Tejedor los arts. 73 y 74 del código derogado.

La libertad se concedía en estos casos sin más condición que la previa de las pruebas de positiva reforma dadas por el delincuente antes de la expiración del término fijado. Más tarde la libertad se subordinó también a otra condición: la posterior de seguir, una vez en libertad, dando las mismas pruebas de reforma durante el tiempo que faltase para expirar el término de la condena.

La indeterminación de la duración de la pena puede ser absoluta o relativa. La indeterminación absoluta supondría que el juez debiera fijar únicamente la clase de pena, sin máximos ni mínimos, correspondiendo a la autoridad administrativa hacer cesar la pena tan pronto como el delincuente hubiere dado pruebas de reforma. La indeterminación relativa supone la determinación en la sentencia de un máximo y un mínimo, o de uno u otro solamente.

Del modo absoluto, sistema sancionado en los congresos penitenciarios de Washington (1911) y Copenhague (1913), sólo se tiene un ejemplo en la ley del 21 de julio de 1919 del Transwal, en la que el delincuente habitual, declarado tal por el presidente del Tribunal Supremo por haber sufrido dos o



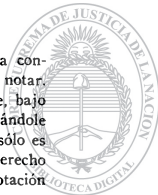
más condenas por delitos de determinada gravedad, cometidos en cualquier tiempo o lugar, es condenado a reclusión, en la que podrá estar toda su vida si es que no da pruebas de positiva reforma; en cuyo caso, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, se le acuerda la libertad, simple o bajo condición, por el gobernador discrecionalmente, aunque en virtud de un informe de la comisión de vigilancia que para cada casa de reclusión debe nombrar periódicamente. El proyecto italiano la adopta únicamente para los internados en casas de custodia y manicomios criminales.

La forma actual adoptada en las distintas legislaciones es la relativa: o la sentencia fija el máximo, estando el mínimo fijado ya de antemano en la ley, de lo que tenemos un ejemplo en el art. 13 del código, en cuyos casos el mínimo es las dos terceras partes del tiempo fijado en la sentencia, o no fija el máximo, encontrándose el mínimo fijado en la ley, de lo que se tiene un ejemplo en el mismo artículo con relación a la reclusión o la prisión impropriamente llamada perpetua. En estos casos el máximo es indeterminado, y determinado es únicamente el mínimo.

La sentencia indeterminada, por consiguiente, permite al condenado salir en libertad antes del tiempo fijado en la sentencia, una vez probada su reforma durante el tiempo fijado por la ley, pero sin que la pena se extinga, exigiéndose algunas veces que el recluso haya aprendido algún oficio y formado un peculio, y regularmente bajo vigilancia y sometido a la condición de seguir observando buena conducta. Hállase, por consiguiente, sujeta a dos condiciones; una anterior y otra posterior, y de no cumplir con ésta el liberado, es obligado a cumplir el resto de la pena.

La vigilancia se hace por la policía, por agentes del establecimiento o por las sociedades de patronatos, y las condiciones consisten por lo general en fijar domicilio y no variarlo sin noticia a quien corresponda, en adoptar profesión u oficio, en comunicarse periódicamente con la autoridad correspondiente, y en observar las reglas de inspección fijadas y buena conducta.

De la subordinación, pues, del sistema a las condiciones expresadas, deriva la denominación de *libertad condicional* con que también es conocida. Propiamente, sin embargo, la libertad



condicional constituye la manera práctica de realizar la condena de duración indeterminada, como ya se ha hecho notar.

En nuestro lenguaje forense se ha llamado siempre, bajo el imperio del código derogado *reducción de la pena*, dándole el sentido de un perdón o remisión de la misma, lo que sólo es aceptable con un alcance muy relativo, ya que es un derecho adquirido por el reo en virtud de las pruebas de readaptación social que hacen innecesaria la continuación del tratamiento reformativo.

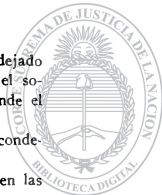
b). El código fija en el art. 13, veinte años para la reclusión y la prisión perpetua, dos tercios para la reclusión y prisión temporal mayor de tres años, y un año de reclusión, u ocho meses de prisión, para penas menores.

Hay en este artículo una contradicción evidente, pues mientras primero se requiere dos tercios también para la reclusión menor de tres años, en seguida se establece lo contrario, debido al agregado hecho por el senado que dice: *y el condenado a reclusión o prisión por menos de tres años...* Claro está, que, por importar una reforma de lo anterior, prevalece el agregado.

No hay libertad condicional para los reincidentes (art. 14— en cuanto al 17, véase lo dicho en la p. 109—), y por lo mismo para los casos de los arts. 51 y 52 (ver el n° 136). El proyecto italiano la acuerda, aunque requiriendo más tiempo.

Las condiciones anteriores consisten en la observancia de los reglamentos y en la reparación del daño (art. 29), y las posteriores en: residir en el lugar que determine el auto de soltura; observar las reglas de inspección que fije el mismo, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas; adoptar, en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia; no cometer nuevos delitos; someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes. Estas condiciones regirán hasta el vencimiento de las penas temporales, y en las perpetuas durante cinco años.

La libertad condicional será revocada si el liberado violare la obligación de reincidencia o cometiere un nuevo delito, y en tal caso el tiempo que hubiere estado en libertad no se computará para la extinción de la pena (art. 15). En los demás casos la libertad subsiste, pero el tribunal puede no compu-



tar, a aquellos efectos, el tiempo que el liberado haya dejado de cumplir la obligación respectiva. Naturalmente que el sometimiento a un patronato importará condición allí donde el patronato exista.

La revocación de la libertad condicional impide al condenado obtenerla de nuevo (art. 17).

Transcurrido el tiempo de la condena o cinco años en las penas perpetuas, y cumpliéndose las condiciones legales, la pena y la inhabilitación del art. 12 quedan extinguidas (art. 16). Sin perjuicio, naturalmente, de lo dispuesto en el art. 15.

La prohibición de bebidas alcohólicas y el sometimiento a un patronato, han sido tomados por la comisión del senado del proyecto suizo. La primera importa, a la manera de la previsión contenida en el art. 86 inc. 2º, una medida a la vez que eugénica, preventiva.

La reparación del daño, mal colocada, en el sentido antes expresado, en el inc. 4º del art. 29, ha sido tomada del proyecto suizo, y se presta, no obstante la autorizada opinión de Stoos, a serias objeciones. ¿Por qué la desigualdad de fortunas entre penados y de suerte en ser o no demandado por el damnificado ha de reflejarse en la pena? ¿Por qué, si se ha reformado, no permitirle que el trabajo que ha de seguir haciendo en la cárcel lo haga en libertad, acaso con más provecho para el mismo damnificado? ¿No tiene por ventura la restricción afinidades con la repudiada prisión por deudas?

¿Pero es que en realidad la libertad queda subordinada a la indemnización, o es que la ley quiere decir que no se ordenará la libertad, sin antes hacer efectiva la parte del salario disponible del condenado, evitando que al recuperar la libertad se la lleve consigo, burlando a la víctima?

Acaso fuera esta la interpretación más conveniente, porque si el estado concede la libertad antes del término fijado, es porque considera el resto innecesario, y no veo cómo pueda subordinarse a una cuestión de resarcimiento, eminentemente privada (me remito al nº 73 del t. I), una de interés público, como es la pena. Recuérdese el argumento concordante de la retroactividad benigna de la ley, y que el mismo proyecto suizo, al que el agregado ha sido tomado, dice: *en cuanto fuere posible*.



Por lo demás, aunque la ley requiere únicamente la *observancia regular de los reglamentos*, tal como en los proyectos de 1891 y 1906, el requisito implica la *reforma positiva* de los arts. 73 y 74 del código derogado, o la *presunción de arrepentimiento o de enmienda* de los códigos italiano y húngaro. *Buena conducta* requería la ley 4189.

¿Pero en qué debe consistir la supuesta reforma? Seguramente que en colocar al individuo en condiciones generales de adaptabilidad social, inculcándole nociones de moralidad, haciéndole adquirir hábitos de trabajo y de orden, y despertando en él el concepto de sus propios intereses y el estímulo de la opinión favorable de los demás. Bastará conseguir que no reincida, aun cuando no se obtenga una honradez inmaculada. Bastará alcanzar una vida de honradez relativa con relación a las exigencias sociales de orden jurídico, aunque el sujeto pueda incurrir en faltas de sanción simplemente moral o de opinión. Según Smith, la reforma consiste en la razonable probabilidad de que el delincuente no reincidirá.

c). El art. 14, que impide a los reincidentes obtener su libertad condicional, no debiera estar, como no lo están los casos previstos en los arts. 51 y 52 (véase el n° 143), sujeta a la prescripción a que hace referencia el 53, la que, dado lo que dispone el 65, haría vana la prohibición del 14 en muchos casos. La solución no es sin embargo aquí tan clara, pues allá se trata de una especie de medida de seguridad adoptada contra el peligro del delincuente habitual, lo que no ocurre en el caso previsto por el art. 14. La dificultad, no obstante, es sólo aparente, pues el art. 13 no obliga al juez a conceder la libertad anticipada, y podrá, por lo tanto, tener en cuenta esas condenas prescriptas como antecedente.

Puede además verse el n° 136, y el 179 letra b) en cuanto a la diferencia de medida establecida en el art. 13 para la reclusión y la prisión menor de tres años.

No paran aquí las dificultades que se presentan en la aplicación de los arts. 13 y 14. ¿Puede salir en libertad condicional el reincidente habitual condenado en las condiciones del art. 52? El art. 13 no prevé este caso excepcional de reclusión por tiempo indeterminado y el 14 parece excluirlo. Obsérvese, sin embargo, que aún a las penas perpetuas alcanza la libertad



condicional y que no se concibe el absurdo de una pena por tiempo indeterminado a perpetuidad, pues es precisamente la única pena, la indeterminada, la que no ofrece duda sobre su reducción, porque su misma denominación dice lo suficiente al respecto. Y si puede hacérsela cesar, ¿por qué medio y por cuáles motivos que no sean los previstos por el art. 13 habrá de obtenerse ese resultado?

Parece, pues, que ni la imprevisión del art. 13 (el 11 de la ley 4189 derogada había previsto el caso), ni la prohibición del 14, pueden ser opuestas al texto y el espíritu del 52, y que, en tal caso, el término sería el fijado a la reclusión perpetua.

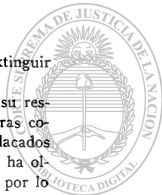
Por más datos, finalmente, sobre la materia, entre otros “La sentencia indeterminada” de Jiménez de Azúa, y “Libertad condicional...” del doctor Roberto Parry.

d). El poder ejecutivo entendió siempre, bajo el imperio del código derogado, que su facultad de indultar comprendía los casos de los arts. 73 y 74 antes citados, hasta que un penado llevó el asunto ante la justicia presentándose ante el juez, quien, contra la opinión del agente fiscal, que sostuvo que la reducción de la pena era facultad del presidente de la nación, resolvió que era facultad judicial. Apelada la resolución, la cámara de lo criminal confirmó el auto, declarando que el conocimiento del asunto le correspondía originaria y exclusivamente, y estableciendo que es al tribunal y no al juez de la causa a quien corresponde conocer originariamente de dichas resoluciones. Recurrido el fallo de la cámara, fué confirmado en todas sus partes por la Suprema Corte. La doctrina de estos fallos puede consultarse en el *Apéndice*, n° II.

El código resuelve expresamente el punto en este sentido (art. 13).

Cabe hacer notar, finalmente, que en otras partes la libertad condicional no es del resorte de la justicia, sino, como en Italia, Alemania, Francia, Hungría, Holanda, Portugal, Suecia y Noruega, del ministerio de justicia, o, como en Estados Unidos, del poder ejecutivo o comisiones formadas por jueces, funcionarios de las cárceles y técnicos.

194. — La *prescripción*, que para las acciones viene del derecho romano y germánico y para las penas de los códigos



de Sajonia y Wutemberg, es uno de los medios de extinguir unas y otras.

Varios son los *fundamentos* que se han aducido a su respecto. Con relación a las acciones se ha dicho entre otras cosas, que, transcurrido cierto tiempo, pasado el temor, aplacados los ánimos, restablecida la tranquilidad, no solamente se ha olvidado el delito y se hace innecesaria una sentencia que por lo tardía no producirá el efecto deseado de advertir enérgicamente, sino que la comprobación de la inocencia será difícil. Algo análogo se dice también con relación a la pena, agregándose que en cierto modo se puede considerar corregido al culpable, toda vez que no ha vuelto a delinquir.

Tejedor, que sólo admitía la interrupción de la prescripción por la comisión de un nuevo delito, anotaba el artículo diciendo: "Ya se manifestó que la prescripción se halla fundada generalmente sobre la esperanza del arrepentimiento del culpable y sobre la presunción de que estará corregido después de un cierto tiempo, durante el cual su conducta haya sido irreprochable. Pero si hallándose siguiendo el curso de la prescripción en lo relativo a un delito se comete otro por el mismo criminal, parece natural que aquel término se interrumpa, y no pueda seguir prestando los efectos referidos, puesto que el reo no ha desmentido con su conducta la presunción que la ley había hecho en su favor..."

Liszt agrega a la consideración de la dificultad e incertidumbre con relación a la prueba, la de la desproporción entre los efectos que la pena podría producir, comparados con la perturbación que se introduciría en las relaciones nuevamente creadas y ya consolidadas y extendidas.

Es esta una de las diferencias con la prescripción civil, consistiendo la otra en que la prescripción criminal puede y debe ser declarada de oficio.

En cuanto al *término* hay también divergencia. Sin embargo, como el código, el derogado y los proyectos de Tejedor, de Villegas, de 1891 y de 1906, la mayor parte se deciden por la mayor severidad para la prescripción de las penas.

La prescripción no ha sido admitida sin restricciones en la legislación comparada; ya con relación a las acciones o a las penas, ora a unas y otras, como también a ciertos delitos



monstruosos, y de ello se encuentran ejemplos en el código español de 1822 y en el napolitano. Beccaria era igualmente contrario a la prescripción, tratándose de crímenes atroces.

La prescripción corre separadamente para cada partícipe (art. 67).

El término de la prescripción para la acción corre desde la media noche del día en que se cometió el delito, y, si fuese continuo, del día en que cesó de cometerse. Para la pena empieza a correr desde la media noche del día en que se notifica al reo la sentencia firme, y desde el quebrantamiento de la condena si ésta hubiese comenzado a cumplirse (arts. 63 y 66). Respecto del delito continuo puede verse el n° 20, letra d, t. I.

Los proyectos de 1891 y 1906 adoptaron el mismo sistema aceptado por otros códigos, y por Carrara, Ortolán y Rivarola. En cambio, para Garraud y algunos códigos, el día de la ejecución del delito o de la notificación de la sentencia debe quedar incluido en el término de la prescripción, y para Tissot y los códigos de Sajonia y Wutemberg, el término para la acción debe correr a partir de la fecha en que la autoridad tuvo noticia del delito, tesis que asigna a la prescripción un fundamento inaceptable, cual es el de la inacción judicial.

Se hace sin embargo una excepción por el proyecto alemán para la prescripción (tres meses) de la acción privada, y por el código italiano para la misma prescripción en el delito de adulterio: el término empieza, en tales casos, a correr desde el día en que el delito llega a conocimiento del ofendido.

El código derogado admitía la interrupción por un nuevo delito, y también por los actos directos del procedimiento contra la persona del delincuente, interrupción esta que, en opinión de Rivarola, Ortolán, Garraud y Quiroga, no podía producirse más que una vez.

Herrera, que con Haus y otros piensa que la enmienda del culpable no puede servir de fundamento a la prescripción, sostiene, con Ortolán, que la comisión de nuevos delitos no puede ser motivo de interrupción, y menos aún los actos del procedimiento, en lo que acompaña a Carrara. En cuanto a la comisión de nuevos delitos, recuerda que ningún código, excepción hecha del nuestro y de nuestros proyectos, la establece para la acción, y por lo que respecta a los actos del procedimiento, sos-



tiene con Berner, que deben interrumpir la prescripción para todos los partícipes, y no separadamente para cada uno de ellos, como lo tiene resuelto la jurisprudencia y lo establece el art. 71 del proyecto de 1906, tomado del proyecto de 1891, tomado a su turno de los códigos alemán y húngaro. Combate, de igual modo y por las mismas razones aducidas para oponerse a la interrupción de la prescripción, el primero de los proyectos recordados. Con tanta más razón, cuanto que los términos usados son poco precisos, dice. Sostiene finalmente con Haus y otros más, que la prescripción penal y la civil deben tener un término igual. Véase los núms. 360 y 361 de su obra.

En el sistema del código vigente, ni la comisión de un nuevo delito, ni los actos del procedimiento interrumpen la prescripción. Y ello viene del proyecto de 1906, en el que, sin expresarse el motivo, se suprimió esa parte del de 1891, que mantenía el sistema del código derogado.

La comisión de diputados, aceptando las ideas concordantes de Herrera, antes recordadas, manifiesta en la p. 99, que la única manera de interrumpir la prescripción, es que el imputado o el condenado caiga en manos de la justicia antes del vencimiento del término.

El código vigente ha dado, indudablemente, máquina atrás. ¿Cómo admitir, en verdad, en el actual estado de la ciencia criminal, que la sociedad se cruce de brazos ante un delincuente que ha puesto tres veces su particular peligrosidad, cometiendo primero un delito, burlando luego la acción de la justicia al amparo de su audacia o de su astucia, y escarneciéndola finalmente con la comisión de un nuevo delito?

La prescripción *no se suspende*, desde que el fundamento de la misma no estriba en la posibilidad de que la autoridad proceda, y por lo tanto la locura sobreviniente corre con la prescripción de la acción o con el cumplimiento de la condena. (Ver condena condicional). Es esta la doctrina del código, expresada en su art. 25).

Dice el mismo Herrera en la pág. 167 nota 2: "La casa-ción francesa ha sostenido en varias sentencias la suspensión de la prescripción".

"Pero esta jurisprudencia es generalmente atacada por los autores franceses, admitiendo algunos la suspensión sólo



“ cuando se trata de obstáculos de derecho y otros no la admite en ningún caso. El código penal alemán admite la suspensión en caso de acciones prejudiciales, y otro tanto el italiano, pero refiriéndose a la acción. La generalidad de los códigos no admiten la suspensión de la prescripción de la pena, cualquiera que sea el obstáculo legal o de hecho que se oponga a su ejecución”.

No siendo de interés privado, como en materia civil, se aplica de oficio.

El proyecto italiano aumenta el término de la acción en un tercio para los reincidentes y en la mitad para los habituales, y admite la interrupción aún por sentencia anulada y en contra de los demás partícipes, así como la suspensión para los casos de cuestiones prejudiciales. En cuanto a la de la pena, no la concede para las sanciones perpetuas y de segregación absolutamente indeterminada, ni para las de encierro en manicomios criminales. Tampoco a los reincidentes o habituales, a menos que la conducta observada durante ese tiempo demostrase su falta de peligrosidad.

La acción se prescribe, según el art. 62: a los quince años las penas de cárcel perpetuas; al vencimiento del máximo de la pena de cárcel fijada al delito, siempre que no exceda de doce años o no sea inferior a dos meses; a los cinco años si fuere temporal, a los dos años en las multas mayores de dos mil pesos, al año en las mayores de quinientos y a los seis meses en las menores.

Las penas se prescriben (art. 65): a los veinte años la reclusión perpetua y a los quince la prisión; la reclusión y la prisión temporal en un tiempo igual al de la condena; la multa mayor de dos mil pesos a los tres años y al año la inferior.

Los términos de este artículo rigen para la condena condicional y para la reincidencia (arts. 27 y 53).

Cabe hacer notar además la insuficiencia de los términos fijados a las penas de cárcel, para lo que basta comparar el inc. 2º con el art. 13, y relacionar los tres primeros incisos con el mismo y el 14, punto del que más detalladamente se trata en el n°. 136.

Respecto de la diferencia cuantitativa establecida entre la reclusión y la prisión en los dos primeros incisos, puede verse el n° 179 letra b).

El proyecto suizo adopta una prescripción especial para las medidas de seguridad.

195.—La extinción de las penas trae aparejadas *consecuencias* de orden penal y de orden civil.

Extinguida la pena no se extinguen las impuestas conjuntamente ni las accesorias, excepción hecha, entre las últimas, de la interdicción civil, la que en las penas de cárcel dura lo que dura la principal, no con relación al término fijado en la sentencia, sino al de su cumplimiento efectivo, en mérito a que su razón de ser estriba en ser el ejercicio de la capacidad civil, en cierto orden de relaciones, inconciliable con el régimen de la pena de cárcel.

Ni se extinguen los efectos civiles dependientes también del carácter criminal de la acción, y decretados en su consecuencia de manera permanente, como la pérdida de la patria potestad y el divorcio en su caso.

Tampoco se devuelven las multas pagadas (art. 87 del código penal italiano).

Cuando la causa de la extinción de la pena radica en la circunstancia de haber perdido el hecho su carácter delictuoso, como en el de una nueva ley o cuando proviene de una amnistía, que también borra la criminalidad del hecho a que se refiere, los hechos ya juzgados *no* se computan a los efectos de la reincidencia, y caben la devolución de las multas y el reintegro de los derechos suspendidos o retirados (Garraud).

La extinción de la pena no altera los efectos civiles pendientes o hechos efectivos, no dependientes del carácter criminal de la acción, aún en los casos de muerte, amnistía, desistimiento (art. 1097 del C. C.), o una nueva ley, como son la obligación de reparar el daño, la nulidad del acto, etc. (arts. 61, 68 y 70 del código penal).

Lo dicho es aplicable (en lo pertinente) a la extinción de la acción.



APENDICE



- I.— El presidente únicamente puede indultar al “condenado”. Indultado un “procesado”, procede mantener el juicio abierto y ordenar su captura. (Fallo de la cámara de apelación en lo criminal y correccional de la capital federal.)
- II.— La libertad condicional nada de común tiene con el indulto y es de jurisdicción judicial. A. Fallo de la cámara de apelación en lo criminal y correccional de la capital federal. B. Fallo de la suprema corte de justicia de la nación.

I

Diciembre 20 de 1921.

Y vistos: La nota en que el señor ministro de justicia e instrucción pública, contestando a la que el tribunal le dirigiera con motivo del indulto del procesado José Ibáñez, ratifica la tesis sostenida en el proceso Antonio Magdalena, según la cual el presidente de la nación puede ejercitar la facultad de indultar, antes, durante y después del proceso.

Y considerando: Que con ocasión del caso análogo ocurrido en el proceso mencionado, el tribunal tuvo la oportunidad de demostrar, con toda evidencia, aduciendo para ello razones concluyentes e invocando numerosos antecedentes y opiniones de autorizados tratadistas, el error de esa tesis, y lo incontestable de la doctrina contraria, sostenida invariablemente por los tribunales nacionales.

Que el indulto, por sus orígenes, la razón que lo informa y los antecedentes históricos y de doctrina, importa la indulgencia, la clemencia, la gracia, el perdón social ejercido por el órgano del jefe del estado a favor de aquellas personas a cuyo respecto las leyes penales, en su aplicación a casos concretos, resultan de una severidad imprevista y desproporcionada, y es, por lo tanto, eminentemente subjetivo e individual.

Que siendo así, es fuera de duda que el indulto supone como antecedentes un delito y un culpable, pues un perdón



sin delito y sin delincuente sería un absurdo, y para que haya un culpable es menester una declaración de responsabilidad, declaración que en todo régimen de gobierno corresponde exclusivamente al poder judicial. Que va de suyo, por consiguiente, que el indulto sólo procede en virtud del fallo de la justicia que declara la existencia del delito, reconoce la responsabilidad del reo y le fija la pena, y que si el presidente de la nación pudiese indultar sin sentencia judicial, lo mismo podría indultar sin proceso, lo que evidentemente sería inconstitucional. Que indultar en esas condiciones importaría en verdad substituirse a la justicia, tomando su lugar para declarar, aunque implícitamente, la existencia del hecho, calificarlo como delito, reconocer la culpabilidad del imputado y fijar la pena, contra el texto expreso de la constitución, que clara y terminantemente prohíbe al presidente de la nación ejercer funciones judiciales.

Que los artículos en los cuales la constitución fija con precisión los límites al presidente en esta materia, son: el 86 inc. 6º, que dispone que el presidente de la nación sólo puede indultar o conmutar *las penas* por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente; el 18, que prohíbe que un habitante de la nación sea penado sin juicio previo y por otros jueces que los designados por la ley; el 23, que prohíbe al presidente, aun bajo la suspensión de las garantías individuales durante el estado de sitio, ejercer otra facultad, que no sea la del mero arresto o traslación de las personas de un punto a otro; el 95, en fin, que no le permite, en ningún caso y bajo pretexto alguno, ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.

Que si la facultad de indultar se halla acordada con el fin de remediar el rigor excesivo de la ley, en su aplicación a una persona en un caso concreto, ello es sin perjuicio y sin menoscabo de la facultad judicial, pues si la pudiese suplir o sustituir, no sería una facultad especial, sino la misma facultad judicial ejercida por un órgano distinto, aunque sin las garantías y las formalidades que le son inherentes, lo que no está ni puede estar, ni en el espíritu ni en la letra de la constitución, porque significaría la negación de principios básicos de gobierno.

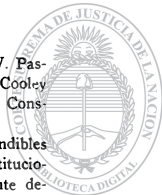


Que una facultad tal, como es la de la amnistía, sólo es acordada en concepto objetivo, con carácter impersonal y respecto de delitos militares o políticos, y no a la persona que ejerce el poder ejecutivo de la nación sino al poder legislativo. el que, pudiendo quitar o enmendar la ley por ser el que la da, es el único capaz de detener la acción de la justicia; de lo que resultaría que el indulto de un procesado importaría una amnistía individual, acordada fuera del límite de las facultades constitucionales del presidente de la nación.

Que la constitución, por otra parte, ha tenido buen cuidado de no incurrir en confusiones en esta materia, con tanta precisión marcada en la organización de sus poderes, y por eso, entre las restricciones impuestas al ejercicio de la facultad de indulto, ha establecido que se pedirá informe al tribunal correspondiente, lo que dá a entender claramente que debe haber proceso, y además sentencia irrevocable, dado que mientras un procesado puede obtener la revocación de una sentencia por la vía judicial, el indulto carecería de objeto.

Que la misma conformidad del delincuente, reconociendo su responsabilidad, no podría tener la virtud de suplantar la sentencia, impuesta como necesaria en orden a intereses públicos y superiores, y por la cual podría, no obstante la errónea conformidad de aquél, llegarse a la absolución.

Que es por eso que no puede invocarse en apoyo de la tesis del ejecutivo la práctica norteamericana, como alguna vez se ha hecho, toda vez que ese antecedente carece aquí de razón de ser y demuestra precisamente lo contrario. Lo primero, porque allí el congreso no tiene, como en la Argentina, expresa y especialmente acordada la facultad de amnistía, y porque acuerda, en cambio, la constitución al presidente, además de la facultad de perdonar, la de suspender los castigos en las infracciones federales, facultad esta que, por lo dicho, se ha interpretado como un poder de amnistía por decreto. Y es contraproducente, porque la constitución, no obstante haber tomado la norteamericana por modelo, al no reproducir esta última facultad, reduciendo la potestad presidencial al indulto, y al conferir la de amnistía como propia y exclusiva al poder legislativo, evidentemente ha adoptado un sistema distinto. (J. V. González, "Manual de la Constitución" ps. 497 y 585; N.



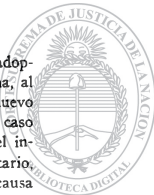
A. Caivo, "Decisiones constitucionales" t. II p. 105; W. Paschal "Constitución de los EE. UU." p. 481; T. M. Cooley "Derecho Constitucional" p. 98, y J. Tiffany "Derecho Constitucional" p. 372).

Que así mismo, mediando como allí median tan atendibles razones, esa práctica es seriamente impugnada por constitucionalistas tan reputados como Tiffany, quien extensamente demuestra que el presidente norteamericano no tiene más facultad que la del indulto o perdón, en los casos de interés personal y sobre la base de una sentencia firme, correspondiendo la de amnistía al congreso, dentro de la órbita amplia de legislación en materia de intereses generales, por responder la amnistía a necesidades o conveniencias colectivas de carácter impersonal, y corresponder el poder de suspender los efectos de las leyes penales, en el concepto expresado, al poder encargado de dictarlas.

Que cabe hacer notar también que allí los estatutos o códigos de los estados acuerdan a los gobernadores únicamente la facultad de indultar al condenado (André Fournier, Cód. de Ptos. Criminales del Estado de Nueva York. Introducción, p. CXLI).

Que es de advertir además que en nuestro nuevo código y el chileno y en nuestros proyectos de 1891 y 1906 y el suizo de 1915, en los que se menciona el indulto como medio de extinción de la pena, se hace referencia a la sentencia firme y a la pena solamente, no a la acción; a diferencia de lo que se hace con la amnistía, la que en los códigos citados, en los de España e Italia, así como en nuestros dos últimos proyectos, también citados, figura como extintiva, tanto de la pena como de la acción. sobre lo que las exposiciones de motivos respectivas son explícitas.

Que el cúmulo de razones expuestas y los antecedentes y opiniones citadas, tienen el apoyo de la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional de justicia, la que, al confirmar en el fallo que se registra en la página 227 del t. VI, clara y categóricamente esta doctrina, ha puesto sobre el asunto el sello ilavante de la más alta y suprema autoridad en materia de interpretación constitucional.



Que, finalmente, el poder ejecutivo implícitamente ha adoptado la tesis sostenida por el tribunal en el caso Magdalena, al no insistir en su pedido de informe y solicitar éste de nuevo después de dictada sentencia irrevocable, y también en el caso actual al mandar reservar el expediente administrativo del indulto hasta la sentencia definitiva, según informe del secretario en vista de lo manifestado por el tribunal de hallarse la causa en tramitación, siendo de notar, por otra parte, que el indulto se ha producido sin que exista el previo informe que exige como requisito esencial la constitución nacional.

Que los motivos particulares invocados por el señor ministro para justificar el indulto, como ser la naturaleza del delito, el escaso valor, etc., no pueden ser tenidos en cuenta en la solución de un asunto relacionado con principios fundamentales de imperio jurisdiccional, motivos que, por otra parte, podrá apreciar el tribunal al sentenciar, ya sea para condenar o absolver, o para calificar el delito en su caso y regular la pena, aparte de que la conveniencia o la equidad del indulto no habría sufrido por la espera de los pocos días que faltaban para dictarse el fallo.

Por ello, no obstante lo dictaminado por el señor fiscal, dado que no es aceptable la doctrina de que se puede considerar al procesado como un penado por no ser posible elevar la pena, puesto que puede ser absuelto, y cumpliendo el tribunal con el deber indeclinable de velar por el mantenimiento de la integridad de su imperio jurisdiccional, resuelve: mantener el juicio abierto contra José Ibáñez en su rebeldía, con arreglo a lo que disponen los arts. 148 y siguientes del cód. de ptos., y ordena: se libre oportunamente la orden de captura.



II

A.

Fallo de la cámara

Julio 23 de 1914.

“Que el indulto, favor extraordinario acordado por la cons- titución, ni por el motivo que lo informa ni por los requisitos exigidos para su concesión, puede ser confundido con la re- ducción de la pena, derecho establecido por la ley común co- mo un régimen ordinario de la misma”.

“Que tampoco de otro punto de vista la facultad regular de conceder la reducción de la pena, correlativa a un dere- cho que no puede ser desconocido si concurren los requisi- tos por la ley exigidos, y que por lo tanto comporta el dis- cernimiento de un acto de estricta justicia, puede considerarse comprendido en el poder excepcional de indultar, cuyo ejer- cicio es discrecional y no se encuentra sometido a condición alguna de justicia, importando únicamente un acto de cle- mencia”.

“Que las disposiciones de los arts. 73 y 74 del c. penal no pueden considerarse reglamentarias de la facultad de in- dultar acordada por la constitución en el art. 86 inc. 6º al presidente de la república, dado que ésta, tanto con relación al poder (el P. E.) como a los casos que comprende (deli- tos de fuero federal), es una facultad de excepción, en tanto que aquéllos se refieren al poder judicial, poder regular en asuntos de justicia, y comprenden los delitos así del fuero federal como del fuero común, y dado que, por otra parte, mientras ésta comprende todas las penas, aquéllas únicamen- te alcanzan a las de régimen, como son las de presidio y pe- nitenciaria”.

“Que además, siendo la reducción de la pena un derecho establecido por el código penal, su concesión es del resorte del poder judicial, por disposición expresa de la misma constitu- ción, que en el art. 67 inc. 11º, preceptúa, que corresponde a dicho poder la aplicación de los códigos civil, comercial, pe- nal y de minería”.



“Que es esta también la interpretación que ha recibido en el derecho público interno, según puede verse en las constituciones de las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos, Salta, Catamarca, San Luis, La Rioja y Jujuy, que atribuyen al poder judicial la facultad de reducir penas, como distinta de la de indultar que acuerdan al P. E. o a éste y al legislativo según los casos, sin que ninguna de las otras disponga nada en contrario”.

“Que al extenderse la reducción de la pena a la deportación, se dejó sentado en el congreso, que ella no afectaba la facultad de indultar, y que su aplicación correspondía al poder judicial, dado que era ese el sistema antecedente de que se sirvió el legislador, que fué el de la ley francesa”.

“Que en idéntico sentido se encuentra legislado el punto en la República Oriental del Uruguay y en el Cantón de Zurich”.

“Que también los proyectos de reforma de 1891 y 1906, legislando sobre la libertad condicional, institución que adoptan en substitución de la reducción de la pena, tal como se encuentra legislado en el código, y como análoga a la misma, establecen que su otorgamiento incumbe al poder judicial.”

“Que en los países donde la facultad de reducir las penas no se acuerda a la justicia, corresponde al ministro de justicia en su carácter de jefe supremo de la administración carcelaria, o funcionarios especiales de dicha administración; pero siempre como facultad distinta e independiente de la de indultar reconocida al soberano, en cuyo sentido (este último) se expresa el comentario oficial del código de Baviera, antecedente directo de los arts. 73 y 74.”

“Que no existiendo entre nosotros una organización carcelaria semejante, y no pudiendo extenderse el poder excepcional acordado al presidente de la república, para un caso aunque análogo, distinto y extraordinario; el de reducir la pena como resorte del régimen regular de la misma, establecida en la ley común cuya aplicación corresponde a la justicia, únicamente a ésta puede y debe ser atribuido.”

Nota. — En este fallo van incluidos algunos fundamentos que no figuran en él, pero que fueron aducidos en otro fallo

del mismo tribunal dictado pocos días después, en un asunto idéntico



B.

Fallo de la Suprema Corte

“Que corresponde en el caso determinar si los tribunales de la capital son competentes para conocer de la aplicación de los arts. 73 y 74 del código penal, según los cuales los condenados a presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado, que durante los últimos ocho años hubieran dado pruebas de una reforma positiva, después de sufrir quince años de condena, tendrán derecho a pedir gracia del resto de la pena (art. 73), y que los condenados a las mismas penas por tiempo determinado tendrán el mismo derecho después de haber cumplido las dos terceras partes de la condena, si durante la última parte de ella hubiesen dado pruebas de una reforma positiva (art. 74); o si, por el contrario, esa competencia importaría una invasión de atribuciones acordadas al P. E. por el inciso 6º, art. 86 de la constitución.”

“Que ni por los fundamentos que le han dado origen, ni por los fines que se propone alcanzar, ni por las circunstancias a que está subordinado, es posible equiparar el ejercicio del derecho que consagra el código penal en los artículos citados, con las peticiones que pueden ampararse en la facultad de indulto y conmutación de penas deferida al P. E. por la constitución.”

“Cuando ésta ha atribuido al presidente de la nación la facultad de indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la cámara de diputados, ha querido prevenir los inconvenientes derivados de la aplicación estricta de las leyes penales que no pueden prever todas las modalidades de los casos particulares, o, como dice Story, porque ningún sistema de leyes puede proveer para cada matiz posible de culpabilidad, un grado proporcionado de castigo; lo más que se ha hecho y que ha podido hacerse, es proveer al castigo de los criminales por medio de algunas reglas generales y dentro de algunas limi-



"taciones también generales... Además la ley puede ser violada hallándose él culpable colocado en circunstancias que le hagan excusable ante la moral y la justicia absoluta, aunque no ante los términos estrictos de la ley (Comm. 1494; The Federalist, nº 74)."

"Que la penalidad impuesta por la ley puede no hallarse en proporción con la gravedad del delito, como ha ocurrido con la de tres años de trabajos forzados aplicada al reo de una sustracción de una botella de aceite en los depósitos de la aduana, y la de cuatro años de la misma pena a los que habían falsificado algunas monedas de cobre, casos en que esta corte, al confirmar las sentencias que las aplicaban, ha invitado al P. E. a hacer uso de la facultad de indulto con que lo ha investido la ley (Fallos, tomo 3, pág. 87; tomo 29, página 330)."

"Que por estos fundamentos, derivados de la doctrina de los expositores nacionales y americanos, aunque no consignados expresamente en la sesión de la convención de Santa Fe del 29 de abril de 1853 en que se trató el punto, nuestros constituyentes ampliaron la facultad de indulto, ya fuera absoluto o bien condicional que equivalía a una conmutación (Ex parte Wells, 18 How. 307), conferida al P. E. por las leyes fundamentales de 1819 (art. 89) y de 1826 (art. 99), que la admitieron únicamente como una salvaguardia contra la aplicación de la pena capital, siempre discutida, conservando sólo la exigencia del informe previo del tribunal o juez de la causa que aquellos prescribían, y además la excepción de los casos de acusación por la cámara de diputados que tomó los proyectos del año 1813 y de la cláusula primera, sección segunda, art. 2º de la constitución americana."

"Quedó así investido el presidente de la nación con la facultad de indulto y conmutación, necesariamente discrecional dentro de los fundamentos que le dieron origen, extensiva a toda clase de penas extrañas a un juicio político, por delitos sujetos a la jurisdicción federal, es decir, que excluye los de jurisdicción provincial, sin más requisitos que el informe previo del tribunal correspondiente, y sin restricción alguna respecto a la duración de la pena sufrida o a la conducta observada durante ella por el reo".

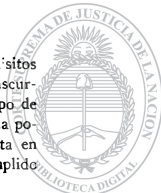


“No ha dicho expresamente la constitución, ni es el caso de decidir el punto en el presente recurso, si la facultad presidencial indicada se extiende o no al castigo impuesto por desacato o menosprecio (contempt) contra los otros poderes del estado, de que se ocupan los tratadistas; ni tampoco si es o no excluyente respecto a otros funcionarios públicos, punto resuelto en sentido negativo por la jurisprudencia americana (114 U. S. 411; 291. ed. 147; 161 U. S. 601, 40 L. ed. 822)”.

“Que a diferencia de los fundamentos que como se ha visto, informan la disposición constitucional citada, los que motivan los arts. 73 y 74 del código penal no se basan en los inconvenientes que pueden resultar de la aplicación estricta de las leyes penales en casos extraordinarios que el legislador no ha podido prever, sino en la apreciación del régimen penitenciario más racional, en las ideas que justifican la diversidad de las penas, y en la finalidad misma de la represión social. Se refieren a penas proporcionadas, ante la moral absoluta y la justicia, a la gravedad de la infracción, pero se ha querido estimular la reforma del penado, o, como dice el codificador, poner en manos del preso mismo el medio de suavizar el rigor de la pena, la esperanza de poder él mismo convertirla en una pena corporal (y si lo es, puede agregarse abreviar su duración) por su conducta, su actividad laboriosa y su reforma”.

“Que la facultad constitucional de que se trata no tiene más limitaciones expresas que la referente al informe previo del tribunal y la exclusión de los casos de juicio político, en tanto que la reducción de pena que autoriza el código respectivo se refiere únicamente a las de presidio, penitenciaría y deportación, y exige dos circunstancias ineludibles para poder ser admitida: 1ª, el cumplimiento de la pena por el término de quince años o por las dos terceras partes del tiempo señalado por la sentencia; 2ª, haber dado pruebas de una reforma positiva”.

“Que en lo relativo a la aplicación de las penas de presidio, de penitenciaría y de deportación, el código penal vigente ha adoptado así un sistema que podría calificarse de *condena condicional*. La sentencia que impone esas penas lleva implícitamente la condición legal de que será reducido el tiem-



“po fijado a las mismas, siempre que se llenen los requisitos que el legislador indica. Cumplidos éstos, o sea, el transcurso de quince años o de las dos terceras partes del tiempo de la condena, y además haber dado pruebas de una reforma positiva en unos casos, o haber observado buena conducta en otros, la condición de reducción legal de pena se ha cumplido y dado el nacimiento al derecho del penado”.

“Es cierto que el código llama a eso *derecho a pedir gracia del resto de la pena*, y también que *obtendrá la exoneración de la pena*, sin que ello autorice a confundir esa atribución judicial con la facultad presidencial del indulto y la conmutación, porque en la realidad del caso, lo que el tribunal verifica no es un indulto propiamente dicho, que está fuera de sus atribuciones, sino el reconocimiento de un derecho derivado de la sentencia misma que estaba subordinada a esa condición y que está obligado a hacer cumplir (art. 557 cód. de proc. en lo criminal)”.

“El que reconoce un derecho no hace gracia, hace justicia. y si la reducción del tiempo de la condena ha sido consignada por la ley como un derecho en las condiciones que determina, es el poder judicial el que debe decidir, con arreglo a lo alegado y probado y aplicando la ley penal, si esas condiciones han sido o no cumplidas y si el reo ha adquirido o no el derecho cuyo reconocimiento reclama”.

“La concesión de un indulto o conmutación, a los efectos del art. 86, inc. 6º de la constitución, implica siempre la idea de una gracia o favor extraordinario de una desviación del mandato punitivo de la ley o de la cosa juzgada, mientras que en el sistema de nuestro código penal, la remisión de parte de las penas de presidio, penitenciaria o deportación, significa el cumplimiento de una condición impuesta a esta por el codificador”.

“Que no hay posibilidad de conflictos donde los poderes ejercen atribuciones distintas e independientes, correspondiendo a los jueces la aplicación estricta de las leyes penales en cuanto favorezcan a los que caen bajo sus sanciones, y al ejecutivo el ejercicio de una facultad discrecional y humanitaria que no se propone en manera alguna la aplicación de aquélla



“ley sino atender a la exigencia social de hacer frustánea su acción en casos extraordinarios”.

“Que, finalmente, si se atribuye al P. E. la decisión de las peticiones de reducción de penas, por aplicación de los artículos 73 y 74 del código penal en uso de su facultad de indulto o conmutación, resultará lo siguiente: Que se habrá impuesto al ejercicio de ese poder limitaciones que la constitución no autoriza, como son: el cumplimiento de una parte de la pena y la producción de pruebas que acrediten la reforma positiva del penado; o en su defecto, si estas circunstancias no hubieran de determinar la resolución del reclamo, se habría convertido el derecho que aquellas prescripciones legales reconocen en una promesa vana y sin valor alguno”.

Que de las premisas expuestas en los considerandos que preceden, es forzoso deducir que los artículos citados no afectan la prerrogativa de indultar y conmutar penas, y no pueden referirse al ejercicio de esa facultad correspondiente al presidente de la nación.

INDICE





INDICE

TOMO II

PARTE GENERAL

De las causas excluyentes de responsabilidad y eximentes de pena

CAPITULO XIV. — 103. — Causas excluyentes de responsabilidad y eximentes de penas. Naturaleza, diferencias, analogías y caracteres. 104. — a) Especificación hecha en la ley de las causas de irresponsabilidad. b) Alcance de la fórmula del art. 34. inc. 1.º c) Medidas de seguridad contra los moralmente irresponsables. d) Examen previo y psíquico del reo en algunos casos. 105. — Del discernimiento. 106. — Influencia de la edad. 107. — De la sordomudez. 108. — De la imbecilidad. La degeneración. 109. — Del sonambulismo, del hipnotismo y de la sugestión. 110. — De la ebriedad. 111. — De la locura y demás formas de enajenación mental. La locura moral. 112. — De la emoción y la pasión. El dolor y el miedo. 113. — De la fuerza irresistible y del caso de necesidad. La miseria. 114. — Del accidente. 115. — De la ignorancia y del error. 116. — Del legítimo ejercicio del derecho y de la legítima defensa. 117. — Del legítimo ejercicio de la autoridad o del cargo, del cumplimiento del deber y de la obediencia debida. 118. — Del consentimiento de la víctima y de la justicia por mano propia 5

De los menores

CAPITULO XV: 119. — Los menores ante la ley derogada. El proyecto de Tejedor. 120. — La cuestión en los proyectos de 1891 y 1896. 121. — El asunto requería ser tratado con mayor atención. Su importancia. Causas del aumento de la delincuencia juvenil. Movimiento de reforma en el extranjero. Puntos capitales de la nueva orientación. La ley penal, la jurisdicción, los procedimientos, los establecimientos para menores, la tutela o patronato del estado. 122. — El proyecto suizo. 123. — El código. 124. — La ley de septiembre 28 de 1919 y su reglamentación. 125. — Otras iniciativas. Establecimientos especiales 53

De las circunstancias atenuantes y agravantes

CAPITULO XVI. — 126. — Función que desempeñan en la apreciación de la personalidad del delincuente. Caracteres y enunciación genérica. 127. — Sistemas de legislación. 128. — Régimen de su consideración e influencia en la medida de la pena. 129. — Valor de las mismas en la individualización de la pena. 130. — De las circunstancias atenuantes y agravantes





nuantes en particular. a) Eximentes incompletas. Causas morales: responsabilidad atenuada, ebriedad, la emoción y la pasión (el dolor, la ira, la provocación, la ofensa), la miseria, la instigación, la sugestión, el error. Causas jurídicas: el exceso en la defensa de los derechos, el caso de necesidad, el cumplimiento del deber y el ejercicio del derecho, la autoridad o el cargo. b) La edad, el sexo, el error, la ignorancia, el arrepentimiento, la reparación del daño, la sugestión tumultuaria, la prescripción incompleta. 131. — De las agravantes en particular. Calidad y cantidad de los partícipes; calidad y condiciones personales de la víctima; vínculos de parentesco, amistad, respeto y dependencia; modo, medio empleado, tiempo, lugar. 132. — De las circunstancias de doble carácter. Parentesco, grado de participación, ocasión, índole de los motivos, intensidad del dolo o de la culpa, extensión del daño, entidad del peligro, conducta y antecedentes del culpable

75

De la reincidencia y la reiteración

CAPITULO XVII. — 133. — Definición de la reincidencia. Reincidencia genérica y específica, real y ficta. Sistema de la ley. 134. — Penalidad. Su fundamento y carácter. 135. — La reincidencia y los menores, sus efectos respecto de la condena y la libertad condicionales y la patria potestad. Unicamente hay reincidencia en delitos con penas privativas de la libertad. 136. — Prescripción. Su fundamento y su término. Crítica. 137. — Aplicación de una nueva ley. 138. — La amnistía y el indulto. 139. — Delitos militares. Delitos políticos. 140. — Condenas extranjeras. 141. — Delitos culposos. 142. — Comprobación de la reincidencia. La reincidencia y el sistema federal. 143. — La exclusión accesoria contra los reincidentes considerados incorregibles. Reincidentes comunes y habituales, y reincidencia habitual perpetua. 144. — Definición de la reiteración y diferencias con la reincidencia. Concurso (ideal y material) de delitos. 145. — Sistemas de penalidad. 146. — La reiteración en la ley. Medidas de seguridad contra los reiterantes. 147. — La reiteración y las jurisdicciones locales. 148. — Otras consideraciones

103

Formación y desarrollo del delito

CAPITULO XVIII. — 149. — Idea general. 150. — Resolución. 151. — Preparación. 152. — Realización. a) Delito consumado; b) Delito frustrado; c) Tentativa. Sus condiciones. 153. — Tentativa calificada. 154. — Delitos sin tentativa y tentativas impunes. 155. — Tentativa de culpa y de complicitad. 156. — Tentativa imposible. 157. — El desistimiento en la tentativa, y sus efectos respecto del que desiste, sus copartícipes y los delitos conexos. Concepto del desistimiento voluntario. 158. — Penalidad

125

SECCION TERCERA

DE LA PENA

De la participación en general

CAPITULO XIX. — 159. — Del delincuente y su peligrosidad social y sus clasificaciones. De la participación en gene-



ral. Concepto, condiciones y caracteres de la participación. Utilidad del aporte y participación por actos posteriores. Clasificación de la participación y los partícipes y su importancia legal. 160. — Ejecutores y modos de ejecución. Instigadores. La instigación. Casos especiales de instigación. Criterio aplicable en la determinación de la responsabilidad con relación al instigador y al provocado. Auxiliadores. Aquel mismo criterio. 161. — Diferencia entre autores y cómplices. Casos de equiparación con los autores. Encubrimiento habitual 145

De la participación en particular

CAPITULO XX. — 162. — Tentativa de complicidad. 163. — Sistemas de legislar la complicidad. 164. — Penalidad de la complicidad. 165. — La coparticipación en los delitos cometidos por la prensa. 166. — La complicidad negativa. 167. — De la coparticipación simple y calificada. Asociación para delinquir. Complot y banda. Su valor en la penalidad. 168. — De la coparticipación en la culpa. La doctrina y la ley. 169. — De la comunicación entre los copartícipes, de las eximentes, atenuantes y agravantes. 170. — Del desistimiento de la coparticipación 157

SECCION CUARTA

DEL DELINCUENTE

Consideraciones generales

CAPITULO XXI. — 171. — De las sanciones del delito: de la sanción civil y de la sanción penal. Diferencias. De la indemnización civil y la justicia indemnizante. 172. — De las distintas formas de sanción social. Medidas preventivas y reparatorias. Medidas represivas: no eliminatorias y eliminatorias. 173. — Medidas de seguridad, preventivas y precaucionales. 174. — La pena. Su evolución histórica, su concepto actual y manera de obrar. 175. — Naturaleza, contenido y función de la pena. Absolutismo y relatividad. Individualismo y colectivismo. Utilización de la pena. 176. — Caracteres. Legales, morales y personales, divisibles, reparables, remisibles y educadores. 177. — De la calidad, la clase, la cantidad, el grado, la escala y el sistema de penas. 178. — De la clasificación de las penas, según su calidad, cantidad y duración y efectos; principales, complementarias, accesorias, conjuntas, alternativas, comunes, políticas, criminales y correccionales. 179. — Del sistema de penas del código. Generalidades. a) De la pena de muerte. Su legitimidad y su necesidad. Ventajas e inconvenientes. Tendencia abolicionista. b) De las penas privativas y restrictivas de la libertad. Casos en que la pena de reclusión está excluida. Diferencia con la de prisión. Accesorias. Régimen y duración. Agravaciones carcelarias. c). De la pena pecuniaria, y de las demás penas privativas o restrictivas de otros derechos civiles y políticos. 171

De la aplicación de la pena

CAPITULO XXII. — De la acción penal. La acción civil. Objeto, ejercicio y clases. 181. — Autoridad a quien corres-



ponde aplicar la pena. La unidad penal y el sistema federal. 182. — De la determinación de la pena. Criterios y mecanismo. 183. — De la individualización de la pena. Origen, Tendencias y dificultades. Roeder. Las penas arbitrarias. La Constitución. Criterios y medios. 184. — De la condena condicional. Origen y sistemas. Condiciones. Las penas accesorias y las indemnizaciones. Ciertos delitos. La prescripción. 185. — De la sentencia indeterminada...

Del cumplimiento de la pena

CAPITULO XXIII. — 186. — De la autoridad competente para hacer cumplir las penas. El sistema federal y sus inconvenientes en lo tocante a las penas de cárcel. 187. — De los modos de cumplirse las distintas penas. 188. — Del régimen de la pena de cárcel. Distintos sistemas. Reformatorios y colonias agrícolas. Utilización de las penas de encierro. Condiciones materiales y morales. Previsiones legales posibles sobre el régimen. Las primeras y las modernas cárceles. La cuestión carcelaria entre nosotros. 189. — Patronatos. 190. — Rehabilitación del condenado..... 219

De las causas que extinguen la acción y la pena

CAPITULO XXIV. — 191. — Causas que suspenden o extinguen la acción y la pena. 192. — De la extinción en particular de las penas. Cumplimiento, muerte, locura, prescripción, nueva ley más benigna, perdón, gracia, amnistía, matrimonio. 193. — De la sentencia indeterminada y de la libertad condicional. a) Consideraciones generales. b) Cómo legisla el código. Cuestiones que se plantea. c) De la autoridad competente para resolver la liberación del condenado. Jurisprudencia. 194. — De la prescripción. Fundamento, términos, interrupción y suspensión. 195. — De los efectos penales y civiles de la extinción de las penas..... 239

APENDICE

- I. — El presidente únicamente puede indultar al "condenado". Indultado un "procesado", procede mantener el juicio abierto y ordenar su captura. (Fallo de la cámara de apelación en lo criminal y correccional de la capital federal.)..... 259
- II. — La libertad condicional nada de común tiene con el indulto y es de jurisdicción judicial. A. Fallo de la cámara de apelación en lo criminal y correccional de la capital federal. B. Fallo de la suprema corte de justicia de la nación. 264

FE DE ERRATAS

Página
66

línea
1

dice
colación

debe leerse
colocación

