



# 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  
y ex-magistrado de la provincia de Buenos Aires

---

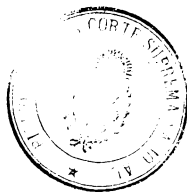
PARTE GENERAL

TOMO I



BUENOS AIRES  
VALERIO ABELEDO, EDITOR — LIBRERÍA JURÍDICA  
CALLE LAVALLE 1368. 74

1922





CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES de la provincia de Buenos Aires, proyectado en colaboración por encargo del gobierno de la misma (1906) y vigente hasta 1915.

PROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES para la provincia de Corrientes, por encargo del gobierno de la misma (1916).

PROYECTO DE LEY CARCELARIA, de creación del *Patronato de liberados* y de la *Oficina de identificación judicial, registro de reincidentes y estadística criminal, y legislación de menores*, por encargo del gobierno de la provincia de Corrientes (1919).

INFORME OFICIAL SOBRE LEGISLACION DE FONDO (1ª cuestión de la Sección I del programa), en el Congreso nacional penitenciario reunido en Buenos Aires en mayo de 1914.

# CONCORDANCIAS



- Art. 1** — arts. 198, 282 y 283; 16, 18 y 100 de la constitución; tratado de derecho penal de Montevideo de enero 23 de 1889; ley de 14 de septiembre de 1863; 23, 25 y 669 del código de procedimientos; 1 a 5 de la ley de extradición de 25 de agosto de 1886; 117 a 121 del código de justicia militar, y 1 y 2340 del código civil.
- » 2 — art. 58.
  - » 3 — art. 24.
  - » 5 — arts. 57 y 305.
  - » 6 — art. 62.
  - » 7 — art. 10.
  - » 8 — arts. 10, 34 a 39 y 51, y ley 10.903.
  - » 9 — art. 52.
  - » 10 — arts. 7 y 8.
  - » 11 — arts. 19, 28 a 33, 61, 64, 62 y 70.
  - » 12 — arts. 16, 29, 61 y 68, y 307 del código civil.
  - » 13 — arts. 29, 44, 46, 62, 65, 81, y el inc. 2.º con el art. 86, inc. 12.º
  - » 14 — arts. 17, 26, 29, 50, 51, 52 y 53, y 308 del código civil.
  - » 15 — art. 17.
  - » 17 — arts. 14, 15 y 53.
  - » 21 — arts. 38, 51, 52 y 53.
  - » 22 — arts. 24 y 64.
  - » 23 — arts. 29, 31 y 42.
  - » 24 — art. 3, 22 y 25.
  - » 25 — art. 34.
  - » 26 — arts. 14, 25, 36, 37, 41, 44 y 54 a 57, y 308 del código civil.
  - » 27 — arts. 50, 63, 54 a 58, 65 y 66.
  - » 28 — arts. 11, 28 a 33, 61, 64, 68 y 70.
  - » 29 — arts. 11, 13, 14, 23, 28, 32, 61, 64, 68 y 70; 67 inc. 11, 104 y 108 de la constitución; 495 y 496 del código de procedimientos, y 1066 a 1123 del código civil, espec. el 1096.
  - » 30 — art. 21.
  - » 31 — arts. 23 y 1081 del código civil.
  - » 32 — arts. 23 y 29.
  - » 34 — El inc. 1.º con los arts. 26, 36, 37, 41 y 44; el 2.º con el 52; el 3.º, con el 86 y 152; el 4.º con el 152, y el 6.º, con el 150, 167 inc. 3.º y 277 inc. 4.º, y 299 del código civil.
  - » 35 — arts. 34 ins., 2.º a 7.º, 84, 94, 136, 177, 189, 196, 203, 223, 254, 255, 262 y 281.
  - » 36 — arts. 34, 37, 39, 41, 72, 76, 86, 122, 125, 146 a 149 y 265.
  - » 37 — arts. 26, 34, 36, 39, 41, 44, 47, 72, 76, 86, 122, 125, 146 a 149 y 265.
  - » 38 — arts. 8, 21, 51, 53.
  - » 39 — arts. 12, 36, 37, 72, 76, 86, 122, 125, 146 a 149 y 265, y 307, 309 y 457 del código civil.
  - » 40 — art. 48.
  - » 41 — arts. 34, 36, 37, 44, 50, 51 y 53.
  - » 42 — arts. 34, 43 y 88.
  - » 43 — art. 34, 42, 48, 217 y 232.
  - » 44 — arts. 13, 16, 34, 36, 37, 41, 46, 47, 55, 62, 65, 81, 105, 107, 112, y 232 a 234.
  - » 45 — arts. 133 y 296, y 614,





- 716 y 717 del código de Justicia militar.
- 46 — arts. 13, 37, 44, 47, 62, 65, 81, 105, 107, 112, 178, 232, 233, 234 y 277.
  - 47 — arts. 37 y 44.
  - 48 — art. 40, 43, 185 y 217.
  - 49 — arts. 113, 114, 115 y 128.
  - 50 — arts. 14, 27, 38, 53, 61, 65, 66, 68 y 69.
  - 51 — arts. 8, 21, 38, 52, 63.
  - 52 — arts. 6, 9, 14, 21, 51, 53 y 80.
  - 53 — arts. 14, 17, 21, 27, 38, 51, 52, 65, 66.
  - 54 — arts. 26, 27, 52, 80, 85, 122, 124, 142, 165, 166, 186, 187, 190, 191, 194, 195, 200, 201 y 236.
  - 55 — art. 44.
  - 58 — art. 27.
  - 59 — arts. 60 a 64, 68, 69, 73, 74, 117, y 132.
  - 61 — arts. 11, 12, 19, 28 a 33, 50, 64, 68, 70 y 116, y 67 in. 17.º, de la constitución.
  - 62 — arts. 13, 44, 46, 65 y 81.
  - 63 — art. 66.
  - 64 — arts. 11, 22, 28 a 33, 61, 68 y 70.
  - 65 — arts. 13, 27, 44, 46, 53, 62, 66, 81.
  - 66 — arts. 27, 50, 53, 63 y 65.
  - 67 — art. 69.
  - 68 — arts. 11, 12, 19, 28 a 33, 50, 61, 64, 70 y 116, y 86 in. 6.º de la constitución.
  - 69 — arts. 59, 67, 74, 116 y 132.
  - 70 — arts. 11, 19, 28 a 33, 61, 64 y 68.
  - 72 — arts. 36, 37, 39, 74, 75, 76, 86, 119 a 122, 127 a 131, 146 a 149, y 265.
  - 73 — arts. 74 a 76, 109 y siguientes, 118, 153, 155, 156, 157 y 159.
  - 74 — arts. 59, 72, 75, 76, 69 y 118, 1104 del código civil, y 17 del de procedimientos.
  - 75 — arts. 13, 72, 74, 76 y 109 y siguientes.
  - 76 — arts. 36, 37, 39, 72, 74, 75, 86, 122, 125, 146 a 149 y 265.
  - 77 — arts. 23 a 29 del código civil.
  - 78 — arts. 119, 125, 126, 127, 130, 142, 151, 154, 164, 173, 198, 201, 207, 214, 230, 235, 237 a 242, 244, 246, 248, 249, 251 a 256, 272, 274, 281, 287, 291, y 298.
  - 79 — arts. 80 a 86, 95, 98 a 103, 106, 124, 142, 165, 190 a 196, 199 a 201 y 204.
  - 80 — arts. 102, 107, 186, 187, 190 a 196, 200, 201, 204, 214, 215 y 227.
  - 81 — arts. 13, 44, 46, 62, 65, 84, 85, 87 y 107.
  - 84 — arts. 35, 81, 94, 107, 136, 177, 189, 196, 203, 223, 254, 255, 262 y 281.
  - 85 — arts. 81, 86, 87, 97, 106, 124, 142, 144, 165, 186, 187, 190 a 196, 199 a 201 y 204.
  - 86 — arts. 13 in. 2.º, 34 in. 3.º, 36, 37, 39, 72, 76, 119, 122, 125, 137, 139, 146 a 149, 152, 237, 239 y 265.
  - 87 — arts. 81 y 85.
  - 88 — art. 44.
  - 89 — arts. 96, 97 y 104.
  - 90 — arts. 95, 97 a 103, 106, 107, 122 y 166.
  - 91 — arts. 90 y sus concordancias.
  - 94 — art. 84 y sus concordancias.
  - 97 — arts. 85, 86, 106, 122 a 124, 142, 144, 165, 186, 187, 190 a 196, 199 a 201 y 204.
  - 98 — arts. 79 a 82 y 90 a 93.
  - 102 — art. 80.
  - 104 — art. 89.
  - 105 — arts. 37, 44, 46, 47, 107, 112 y 232 a 234.
  - 106 — arts. 97, 122 a 124, 142, 144, 165, 186, 187, 190, a 196, 199 a 201 y 204.
  - 107 — arts. 37, 44, 46, 47, 80, 81, 84, 105, 112 y 232 a 234.
  - 108 — arts. 235, 248 a 250, 270, 274 y 277.
  - 109 — arts. 49, 114 y 155.
  - 110 — art. 244.
  - 111 — art. 245.



- » 114 — arts. 49, 113, y 115.
- » 115 — arts. 49, 113 y 114.
- » 116 — arts. 61, 65, 68 y 69.
- » 117 — arts. 59, 73 y 75.
- » 118 — arts. 59, 69, 73 y 74.
- » 119 — arts. 72, 78 y 86.
- » 122 — arts. 36, 37, 39, 72, 86, 90, 91, 97, 106, 107, 123, 125, 127, 135, 144, 146 a 149 y 265.
- » 124 — arts. 85, 86, 97, 106, 142, 144, 165, 186, 187, 190 a 196, 199 a 201 y 204.
- » 125 — arts. 36, 37, 39, 72, 76, 86, 119, 122, 137, 146 a 149 y 265.
- » 127 — art. 72.
- » 128 — art. 49 y 72.
- » 129 — art. 72.
- » 130 — art. 72.
- » 131 — arts. 72, 119 y 120.
- » 132 — arts. 59 y 69.
- » 133 — arts. 46 y 46.
- » 134 — arts. 9 y 84 de la ley de matrimonio.
- » 136 — art. 84 y sus concordancias.
- » 137 — arts. 36, 37, 39, 72, 76, 86, 122, 125, 146 a 149 y 265.
- » 139 — art. 86.
- » 140 — art. 15 de la constitución.
- » 142 — arts. 90, 91, 97, 106, 107, 122, 123 y 144.
- » 143 — art. 18 de la constitución.
- » 144 — arts. 85, 86, 97, 106, 107, 122 a 124, 142, 144, 165, 186, 187, 190 a 196, 199 a 201 y 204.
- » 146 — art. 137 y sus concordancias.
- » 147 — art. 137 y sus concordancias.
- » 148 — art. 137 y sus concordancias.
- » 149 — art. 137 y sus concordancias.
- » 150 — arts. 151, 167 in. 3.º y 277 in. 4.º, y 18 de la constitución.
- » 151 — art. 18 de la constitución.
- » 152 — art. 34, in. 2.º, 3.º y 4.º, 86, 237 y 239.
- » 153 — arts. 18 de la constitución, 44 de de la ley de quiebras, y 184, 208, 222, 355, 356 y 359 del código de procedimientos.
- » 154 — art. 18 de la constitución.
- » 156 — arts. 222 y 277 in. 6.º, y 164 a 167 y 277 del código de procedimientos.
- » 157 — arts. 180 y 222 del código de procedimientos.
- » 158 — art. 14 de la constitución.
- » 159 — art. 73.
- » 160 — art. 14 de la constitución.
- » 161 — art. 14 de la constitución.
- » 162 — art. 164.
- » 163 — art. 167 y 186.
- » 164 — art. 162.
- » 165 — arts. 79, 80, 85, 97, 106, 124, 142, 144, 186, 187, 190 a 196, 199 a 201 y 204.
- » 166 — arts. 187, 184 y 210.
- » 167 — arts. 34 in. 6.º, 150, 163, 166, 184, 210 y 277.
- » 168 — arts. 173 in. 8.º, 255, 290, y 294.
- » 169 — arts. 109, 110, 141 y 153.
- » 170 — arts. 162 y 164.
- » 173 — el in. 2.º en el art. 174 in. 2.º, el in. 3.º con los arts. 1016, 1017, y 1019 del código civil, in. 8.º con el 168, 255 y 294, y en el in. 10.º con el 256.
- » 174 — El in. 1.º con el art. 186.
- » 175 — El in. 1.º con los arts. 2445, 3450, 2457, 2428 y 2530 a 2539 del código civil, y el in. 3.º con el 3224 del mismo.
- » 176 — arts. 1 al 4 del código de comercio, 6, 43 y 52 de la ley de quiebras, y 1104 del código civil.
- » 177 — art. 84 y sus concordancias.
- » 178 — art. 46.
- » 184 — arts. 166, 167, 186 y 210.
- » 185 — arts. 23, 29 a 31, 48, y 278.
- » 186 — arts. 80, 85, 86, 97, 106, 124, 142, 144, 163, 165,



- 184 in. 5.º, 190 a 196, 199 a 201, 204, 211 y 212.
- » 187 — art. 186 y sus concordancias
  - » 189 — art. 186 y sus concordancias.
  - » 190 — art. 86 y su concordancias.
  - » 191 — art. 89 y 186 y sus concordancias.
  - » 194 — art. 191 y sus concordancias.
  - » 195 — art. 252.
  - » 196 — art. 84 y sus concordancias.
  - » 199 — art. 79 y sus concordancias.
  - » 200 — art. 79 y sus concordancias.
  - » 201 — art. 79 y sus concordancias.
  - » 203 — art. 84 y sus concordancias.
  - » 204 — art. 79 y sus concordancias.
  - » 209 — art. 762 del código de justicia militar.
  - » 210 — arts. 166, 167, 184, 216, 233 y 234.
  - » 211 — arts. 186, 187, 190, 191 y 194.
  - » 212 — art. 724 del código de justicia militar.
  - » 214 — arts. 80, 215, 227; 103 de la constitución, y 753 a 758 y 830 del código de justicia militar.
  - » 215 — arts. 80, 214, 227 y 824 del código de justicia militar.
  - » 216 — arts. 210, 233, y 234.
  - » 217 — arts. 43, 48 y 232.
  - » 222 — arts. 153 a 157.
  - » 223 — art. 84 y sus concordancias.
  - » 224 — arts. 758 y 762 de la ley de justicia militar.
  - » 226 — art. 230.
  - » 227 — arts. 29 de la constitución, y 80, 214 y 215.
  - » 228 — art. 86 in. 9.º de la constitución.
  - » 229 — arts. 230, 6, y 109 de la constitución, y 614 del código de justicia militar.
  - » 230 — arts. 226 y 229.
  - » 232 — arts. 37, 43, 44, 46, 47, 105, 107 y 112.
  - » 233 — arts. 37, 44, 46, 47, 105, 107, 112, 210, 216, y 234.
  - » 234 — arts. 233 y sus concordancias, y 606 y siguientes del código de justicia militar.
  - » 235 — arts. 108, 248 a 250, 270, 274 y 277.
  - » 237 — arts. 152, 239, 240, 263, 265 y 271 y 641 y 644 del código de justicia militar.
  - » 239 — art. 237 y sus concordancias.
  - » 240 — art. 237 y sus concordancias.
  - » 244 — arts. 110, y 641 y 644 del código de justicia militar.
  - » 245 — art. 111.
  - » 247 — art. 813 del código de justicia militar.
  - » 248 — arts. 108, 235, 249, 250, 270, 274 y 277.
  - » 249 — arts. 108, 235, 248, 250, 270, 274 y 277.
  - » 250 — arts. 108, 235, 248, 249, 270, 274 y 277.
  - » 252 — art. 195.
  - » 254 — art. 84 y sus concordancias.
  - » 255 — art. 84 y sus concordancias, 168, 173 in. 8.º, 290 y 294.
  - » 262 — art. 84 y sus concordancias.
  - » 263 — arts. 237, 239 y 240.
  - » 265 — arts. 36, 37, 39, 72, 76, 86, 122, 125, 237 y concordantes, y 246 a 249.
  - » 269 — art. 275.
  - » 270 — arts. 108, 235, 248 a 250, 274 y 277.
  - » 271 — arts. 237 y concordantes.
  - » 274 — arts. 108, 235, 248 a 250, 274 y 277.
  - » 275 — art. 269.
  - » 277 — arts. 34 in. 6.º, 46, 108, 150, 167 in. 3.º, 235, 248 a 250, 270 y 274, 18 de la constitución, y 616, 617 y 771 del código de justicia militar.
  - » 281 — art. 84 y sus concordancias.



» 285 — art. 297.

» 290 — art. 168, 173, in. 8.º, 255 y 294.

» 294 — art. 290 y us concordancias.

» 297 — art. 285.

**Penas paralelas.** — 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.

**Penas conjuntas.** — 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.

**Reclusión y prisión.** — Perpetua: 6, 9, 13, 44, y particularmente 80 y 214. Temporal: máximo 25 años (79, 82, 100, 101, 124, 165, 191, 192, 194, 199, 200, 201 y 214); mínimo (reclusión) un mes (210) y (prisión) 4 días (96) y 15 fd. (93, 105, 128, 153,

160, 182, 183, 208, 239, 241, 243, 244, 277 y 290).

**Inhabilitación.** — Absoluta: perpetua (214, 257, 261, 267 y 269); temporal (256, 259, 265, 270, 273 a 275, 281, 287, 291 y 298). — Máximo 20 años (275) y mínimo 6 meses (274). — Especial: perpetua (174); temporal (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 (207 y 235) y mínimo 1 mes (243, 260, 264 y 266).

**Multa.** (90, 99, 103, 108, 110, 129, 136, 156, 159, 175, 203, 204, 242, 247, 249, 252 a 255, 269 a 271, 284, 286 y 290). Máximo 5.000 pesos (290) y mínimo 50 (129, 247, 252, 254, 255 y 286).

**Medidas especiales en la proporción penal** (37, 44, 46, 47, 105, 107, 112, 232, 233, 234).

**Previsiones eugénicas** (13 y 86).

Las concordancias están hechas aquí en su sentido propio, y además en el de la oposición y en cualquier otro de necesidad o conveniencia de relacionar dos o más artículos entre sí.

=====





## El proyecto italiano y la transformación del derecho penal

- I. — a) Juicio sobre el proyecto italiano, b) De la "peligrosidad social" del delincuente como fundamento de la responsabilidad en el mismo. II. — De la transformación del derecho penal contemporáneo.

### I

a).—Por tratarse de un trabajo, el primero en su género, que valientemente rompe los moldes consagrados, orientando la legislación penal hacia la consagración franca de los principios por tanto tiempo sostenidos con ardorosa firmeza por la escuela positiva italiana, y por llegar a mis manos puesta ya esta obra en vías de publicación, válgale este aparte preferente.

Fué el ministro Ludovico Mortara quien dió el primer paso, subscribiendo el decreto de 14 de septiembre de 1920, por el que se organizaba la comisión encargada de revisar la legislación penal italiana, presidida por Enrique Ferri, y compuesta de doce vocales, entre los que figuran Garófalo, Florián, Ottolenghi y Berenini, y seis secretarios, entre los cuales cabe citar a Ricci y Aloisi.

Ya en el decreto se fijaron las bases fundamentales, consistentes en reconocer como función represiva *la defensa social*, y como fundamento de la responsabilidad, y a la vez como criterio de la penalidad, la *peligrosidad* del delincuente.

De aquí que si el elemento psíquico no desaparece en la estructura del delito, en el sentido de que, sano o enfermo, normal o anormal, es fuente de toda actividad humana, queda en cambio desplazado en su aspecto particular de *voluntad* (acto conciente, absoluta o relativamente libre), o sea de *culpa moral*, y por lo tanto como fundamento, en tal concepto, de la responsabilidad.



Son, en consecuencia, responsables, y por lo tanto delin-  
cuentes y sujetos a las sanciones correspondientes, también los  
hasta hoy considerados moralmente irresponsables, y suscepti-  
bles únicamente de ser sometidos a las llamadas medidas de  
seguridad.

Y a fin de evitar todo equivoco, se substituye los térmi-  
nos *pena* y *medida de seguridad* por el vocablo genérico *san-  
ción*, y los vocablos *voluntario* e *involuntario* por los términos  
*espontáneo* y *accidental*.

Y si se conserva el criterio del *dolo* y de la *culpa*, no  
es para irresponsabilizar a quien, siendo incapaz de lo uno o  
de lo otro, responde sin embargo por su *peligrosidad*, sino  
para caracterizar ciertas infracciones e individualizar la pena.

Bueno es advertir, al pasar, que ha sido reemplazada la clásica  
palabra de los positivistas italianos, *temibilidad*, por la más  
moderna y apropiada de la escuela intermedia, *peligrosidad*.

Por lo demás, es natural que las causas de irresponsabili-  
dad se reduzcan, como se reducen en general, a las meras jus-  
tificaciones.

Hase definido así una actitud tan neta, aunque menos con-  
tradictoria y en cambio diametralmente opuesta, como la de  
la llamada escuela clásica, y se ha abandonado el eclecticismo  
de la escuela llamada intermedia, inspiradora de los restantes  
proyectos y códigos modernos, incluso el nuestro.

El proyecto, que se reduce por ahora a la parte general,  
precisamente la que, por comprender las normas directrices,  
reviste mayor importancia en orden a los principios que adop-  
ta, fué presentado en enero de 1921, y ha sido acompañado de  
una extensa, erudita y muy interesante exposición de motivos,  
en la que con toda claridad y precisión se esclarece cualquier  
duda que acerca de las bases adoptadas pueda dar lugar el ar-  
ticulado.

Desde luego, hay que admirar en él el método observado  
para la ordenación de la materia, la que, a continuación de unas  
diez disposiciones preliminares de carácter general, destinadas  
a reglar las cuestiones vinculadas a la eficacia de la ley penal  
con relación al tiempo, las personas y el espacio, se distribuye



en tres grupos correspondientes a las partes cardinales de su contenido, a saber: el delito, el delincuente y la sanción.

Como la índole de esta obra no permite hacer un análisis completo del proyecto, me circunscribiré a esbozar sintéticamente las novedades más destacadas.

#### DISPOSICIONES PRELIMINARES

La retroactividad benigna no favorece a los delincuentes habituales, y a los menores y enfermos mentales se aplica siempre la ley vigente al tiempo del juicio.

#### EL DELITO

Se distingue de la falta, según la entidad de la sanción.

Es común o político-social, según que no responda o responda a motivos *exclusivamente* políticos o de interés colectivo.

Se adopta el sistema francés de reprimir la tentativa como el delito consumado, menos en el caso de segregación perpetua. Se reprime el delito absoluto o relativamente imposible por razón del medio o del objeto, aunque facultándose al juez a disminuir la pena en relación, hasta llegar al perdón judicial.

#### EL DELINCUENTE

##### 1) Responsabilidad.

La excluyen únicamente las causas legales (ignorancia insuperable y error substancial de derecho, ejercicio del derecho, cumplimiento del deber legal), y otras justificaciones (buena fe, error substancial de hecho no imputable, legítima defensa, necesidad, fuerza irresistible y sugestión patológica).

##### 2) Peligrosidad.

Se determina por la gravedad y las modalidades del delito, los motivos determinantes y la personalidad del agente.

Entre las agravantes cabe señalar la precocidad, la tendencia al delito, la mayor insensibilidad moral y el valerse de incapaces, y entre las atenuantes, el temor justificado, los buenos antecedentes, la ocasión propicia y transitoria, las especiales condiciones personales o de familia y la sugestión.

##### 3) Reiteración.





Se adopta el sistema represivo del cúmulo jurídico o de absorción relativa.

4) Reincidencia.

Quedan comprendidos los delitos cometidos en el extranjero.

5) Delinquentes habituales.

La represión se caracteriza por la indeterminación del tiempo de duración máxima de la condena.

6) Enfermos mentales (alcoholistas, anomalías psíquicas graves, etc.).

Para ellos los manicomios criminales, las casas de custodia y colonias de trabajo especiales.

7) Menores.

De 12: no moralmente abandonados (libertad vigilada en el hogar); abandonados, (idem con familia honesta, instituto educacional o laboratorio privado); pervertidos, (escuela profesional o de corrección, nave-escuela, casa de trabajo o colonia agrícola especial).

De 18: condena condicional, o casa de trabajo o colonia agrícola especial, por tiempo más o menos indeterminado.

El reincidente equiparado al pervertido o con tendencia persistente al delito.

#### LA SANCION

1) Especies.

Principales, trece en género o diez y siete en especie, de las cuales (primeras), cinco son para delitos comunes, dos para político-sociales, cuatro para menores y tres para enfermos mentales.

Cinco complementarias.

Se abandona, pues, la tendencia actual de simplificación del sistema penal, como así mismo del sistema celular.

Son dignos de mención el destierro local y el trabajo obligatorio diurno en los establecimientos correspondientes, con libertad nocturna.

2) Trabajo carcelario.

La distribución de los delinquentes en los establecimientos se hace consultando las afinidades psicofísicas, la naturaleza de los delitos, y los antecedentes y aptitudes para el trabajo.



El trabajo se organiza con arreglo al horario y al salario para obreros libres.

3) Aplicación de la sanción.

Se incurre en el error de fijar un criterio numérico: con una agravante, del promedio al máximo, y con dos o más, del máximo a un tercio más. Los atenuantes a la inversa.

Si las circunstancias son de excepcional importancia, puede aplicarse la pena inmediatamente superior o inferior, respectivamente, con lo que se vuelve al verdadero criterio de la prevalencia de la calidad sobre la cantidad.

Cabe también hacer resaltar, que las sanciones tienen de tal suerte dos máximos y dos mínimos.

4) Condena condicional y perdón judicial.

En la primera no se excluye ciertos reincidentes de escasa peligrosidad, y el segundo se acuerda a los de aquella, en excepcionales circunstancias favorables.

5) Libertad condicional.

No quedan excluidos, ni los habituales ni los enfermos mentales, si bien para los primeros se tiene mayores exigencias que para los no habituales.

6) Resarcimiento del daño.

Es otra de las innovaciones más notables, pues se convierte en un asunto de derecho público lo que hasta el presente es de derecho privado, y es así como se impone al ministerio fiscal la obligación de obtener la condena en tal concepto y al juez el deber de imponerla.

No lo excluyen la condena condicional, el perdón judicial, la restitución de la caución de buena conducta, la libertad condicional ni la rehabilitación, los que, al contrario, le quedan subordinados. Salvo el perdón y los casos de imposibilidad.

Se establece la hipoteca legal, y el embargo de los muebles, renta, salario, etc., y constituye crédito privilegiado sobre otro posterior.

Se establece así mismo la nulidad de los actos fraudulentos del reo, y la de toda transacción, convenio o cesión anterior a la sentencia firme, en los delitos de acción pública.

7) Caja de indemnizaciones y consejo de patronato.

Este es el administrador de aquella, la que se forma con las multas, indemnizaciones y demás condenas pecuniarias a



favor del estado, y otros recursos más, debiendo cada distrito judicial contar con ambas instituciones.

Y tiene por objeto, no solamente sufragar los gastos del patronato, sino que él también comprende la reparación a los inocentes por injusta detención o condena, y las necesidades urgentes de las familias de las víctimas, según se manifiesta en el informe.

8) Efectos de la ejecución de la condena.

Entre otros conocidos, la nulidad del testamento anterior y la privación de la autoridad marital.

9) Extinción de la acción y la condena.

La amnistía y el indulto no alcanzan a los habituales y enfermos mentales.

El perdón del ofendido aprovecha a todos los partícipes.

La prescripción de la acción se suspende en las cuestiones prejudiciales, aumenta a un tercio para los reincidentes y en la mitad para los habituales, y es interrumpida por uno a favor de todos, aún por la sentencia anulada.

La de la condena no beneficia al condenado a perpetuidad o tiempo absolutamente indeterminado, ni a los de manicomio criminal, como tampoco a los reincidentes y habituales, salvo que su conducta durante ese tiempo demuestre su falta de peligro social.

Se instituye la rehabilitación del condenado.

b) He dicho que el proyecto adopta como fundamento de la responsabilidad la "peligrosidad" del delincuente, y procuraré demostrarlo.

Es cierto que el art. 18 habla de responsabilidad *legal*, y que otro tanto dicen el informe de la comisión, Ferri, su presidente, en un trabajo publicado en la "Revista Argentina de Cs. Ps", n° III, y Manuel Pilí y Vicente Isoldi en "La Scuola Positiva", año 1921, marzo.

Sin embargo, dicho artículo agrega que el agente será irresponsable en los casos de *justificación* del hecho, y el 19, al enunciar estas causas, menciona, en los dos primeros incisos, la violencia, la sugestión patológica, la buena fe, la ignorancia y el error, todas las cuales pertenecen al grupo de las causas morales.



En el informe, por otra parte, como igualmente en el recordado trabajo de Ferri, si bien se manifiesta clara y categóricamente que queda eliminada la culpa moral (voluntad, libre determinación, y por lo tanto discernimiento y libertad) como elemento concreto del delito, y en consecuencia como único fundamento de la responsabilidad, se afirma en cambio que el elemento psíquico, en su concepto de fuente y causa motriz de los actos humanos, debe asociarse a los elementos material y legal, para que el delito cobre vida y exista.

Esto significa, desde luego, que en el proyecto el delito continúa construyéndose, como hasta aquí, con el mismo triple material, y que se conserva en él un determinado número de causas morales de irresponsabilidad.

Lo único que se elimina es la voluntad como forma exclusiva de actividad psíquica delictuosa, y por consiguiente como condición del delito y fundamento de la responsabilidad, en el sentido expresado. Pero el elemento psíquico, en las varias formas de su actividad normal o anormal, mental, volitiva o afectiva, permanece, cual antes, como condición del delito y fundamento de la responsabilidad, siempre que en este último concepto importe una forma de actividad peligrosa para los intereses sociales.

Es por eso que el art. 19 excusa en los casos de violencia irresistible, sugestión patológica, buena fe, ignorancia y error no imputable; porque quien viola la ley en tales condiciones, no es un peligroso, como no lo es quien ejerce su derecho, cumple con su deber, etc.

Las causas, por lo tanto, de irresponsabilidad, responden en el proyecto a situaciones demostrativas de una personalidad cuya actividad psíquica no acusa peligro social alguno.

¿Por qué, si no, responde el loco y no el que obró por error no proveniente de negligencia? ¿Es acaso porque el hecho está prohibido en el primer caso y no en el segundo? Evidentemente no: la única y verdadera causa consiste en que la ecuación psíquica del sujeto se demuestra peligrosa en el hecho del loco, mientras que en el otro ocurre lo contrario.

Es, pues, la peligrosidad del sujeto (imputabilidad moral), demostrada por su personalidad psíquica puesta de manifiesto por el hecho, las circunstancias particulares del caso y los an-



tedentes de aquél, la que determina la declaración de su responsabilidad, en el juicio a que se le hace comparecer en virtud de haber realizado un hecho (imputabilidad material) prohibido por la ley (imputabilidad legal). Si esa peligrosidad no existe, ni la prohibición legal del hecho ni su realización por el sujeto influirán para establecerla.

Se advierte de tal suerte, con toda evidencia, que aunque la imputabilidad legal y la material son necesarias, la que decide la declaración de responsabilidad es la moral, en el sentido expresado, de actividad psíquica, normal o anormal, volitiva o afectiva, peligrosa para los intereses sociales.

Es lo que también resulta del decreto real, al fijar a la comisión nombra como bases, la *defensa social*, en concepto de fundamento del derecho de imponer penas, y la *peligrosidad del delincuente*, en el de fundamento, medida y límite de la responsabilidad; bases, por otra parte, dadas ya por la escuela positiva con Lombroso en "L'huomo delinquente", y con Ferri en "Sociología criminal" y el trabajo preliminar, programa del proyecto, antes recordado.

Lombroso, refiriéndose a los éxitos de la escuela, menciona entre ellos el de haber dado "al derecho penal una base firme, con la sustitución del libre arbitrio por la temibilidad del delincuente".

Idéntica interpretación da Garraud, nº 77, al postulado de la *responsabilidad social* de Ferri.

Ferri aclara, finalmente, y precisa de modo incontrovertible este mismo concepto en el trabajo tantas veces recordado, cuando dice: "Pero el delincuente debe responder siempre ante ella (la ley)..., no en razón de la culpa moral que pueda caberle con respecto al hecho delictuoso, sino en razón de la temibilidad (peligrosidad) que con éste se evidencia".

El equívoco, en consecuencia, resulta de las palabras, en manera alguna de los conceptos.

La peligrosidad del delincuente, por lo tanto, desempeña en el proyecto un triple rol: de condición del delito, de fundamento de la responsabilidad, y de criterio y norma de adaptación de la sanción, en calidad, cantidad y régimen, a la personalidad del delincuente.



Con lo dicho queda demostrado, además, que el sistema del proyecto sólo difiere doctrinariamente del que preside la de los proyectos contemporáneos de sistema intermedio, ya que prácticamente realizan por igual la función defensiva social, según se hace ver en los ns. 80 letra b) y 81.

## II

No puede decirse que este proyecto inicie la transformación del derecho penal, porque antes que él otros proyectos y algunos códigos, sobre la base de los mismos estudios, y con idéntico propósito (el de la defensa social contra el delincuente peligroso), aunque con distinto criterio, habían emprendido la obra de rectificación defensista.

Tampoco puede decirse que la cierre, porque es el primero en su género, y deja además sin solución un aspecto incipiente, sumamente interesante, cual es el de dar o no entrada en el campo del derecho penal a los peligrosos no delinquentes (alcoholistas, vagos, anormales...).

Puede decirse con más propiedad que inicia el periodo final de la transformación definitiva, viniendo a ser de tal suerte el principio del fin.

Entre los varios aspectos de esa transformación, que viene operándose a partir de la campaña positivista y al amparo principalmente de la escuela intermedia, algunos hay que es dado considerar definitivos.

Tales son los que se refieren a su fundamento, a su objeto y a los medios. A su fundamento, porque no se discute ya que la sociedad tiene el deber, más que el derecho, fundado en la necesidad del mantenimiento del orden jurídico, de defenderse contra el mal del delito y el peligro del delincuente; a su objeto, porque, desplazada la finalidad ética de la retribución, ha sido consagrada la jurídica de la defensa de aquel orden, como la lógica consecuencia de la conclusión precedente; a los medios, porque todos convienen en que hay que arbitrarlos tan complejos y eficaces como dicho objeto lo requiera.

Es así como, sobre este último punto, todos reconocen la imposibilidad de asegurar la defensa social valiéndose de las



penas solamente, y convienen en que ha de adoptarse además medidas precaucionales o de seguridad, allí donde cuestiones de principios no permiten el empleo de las penas y es sin embargo menester conjurar el mal y el peligro, como así mismo en que no debe limitarse la defensa a la prevención directa (sintomática), sino que hay que atender muy cuidadosamente a las causas generadoras del delito, oponiéndole la profilaxis de la prevención indirecta.

Y como un corolario a la variedad de medidas defensivas, consecutivas, de uno de sus puntos de vista, a las distintas categorías de delinquentes o simplemente peligrosos, la conformidad acerca de la variedad correspondiente de establecimientos y regímenes. De aquí que el presidio quede relegado a un plano secundario, y ocupen en cambio lugar de preferencia la colonia penal, la escuela industrial, la casa de trabajo, el asilo para bebedores y el manicomio criminal, etc., como igualmente que la represión sea evidentemente preventiva, a base de la reforma por la cultura moral y el trabajo, el desarrollo y adquisición de aptitudes de convivencia social, etc.

La individualización de la pena, la multiplicidad de medios conducentes, la utilización económica y reparatoria de la pena, la reparación del daño paralelo a la represión, el tratamiento especial de los menores, el patronato de liberados, y otros tantos puntos por demás conocidos, constituyen otras conquistas definitivamente alcanzadas.

Pero lo que aún está en vías de transformación, es el fundamento de la responsabilidad, y como consecuencia la secular estructura del delito y el concepto del delincuente. Porque si el sistema del proyecto italiano consiguiese imponerse, no solamente los conceptos de delito y delinquentes se extenderían a hechos y personas hasta hoy extraños al campo penal, sino que el criterio objetivo cedería en la penalidad al subjetivo gran parte de su influencia, y, lo que es mucho más importante aún se abriría un nuevo rumbo por donde entrarían aquellos *estados* y aquellos *sujetos peligrosos no delinquentes*, como el alcoholismo, la vagancia, las anormalidades..., y los alcoholistas, los vagos, los normales, etc. Por donde el delito dejaría de consistir únicamente en una acción u omisión, para, a la manera de la usura, el adulterio del marido, etc., hasta hoy



aceptados como casos de excepción, ser también constituidos como regla por dichos estados.

Y la transformación, aceptado el principio, se impondría sin gran violencia, puesto que si de lo que hay que defenderse es del peligro, si la defensa debe revestir un carácter eminentemente preventivo, si el fundamento de la responsabilidad radica en la peligrosidad del sujeto, si es esa peligrosidad demostrada por circunstancias extrañas al delito en gran parte la que informa la individualización de la pena, y si él puede manifestar su peligrosidad antes del delito, no hay razón moral ni jurídica que desapruebe la adopción de medidas de prevención adecuadas, si al mismo tiempo el peligro es inminente y serio, y las medidas policiales insuficientes.

Habríase cumplido, entonces, la predicción de Federico Castejón, al anunciar que el derecho penal "se llamará en lo porvenir, *derecho de defensa y prevención social*".

En resumen: el derecho penal contemporáneo se transforma, y las principales transformaciones, efectuadas o en vías de efectuarse, son las siguientes:

En cuanto a su fundamento, abandona el punto de vista ético retributivo, para adoptar resueltamente el jurídico de la *necesidad* de mantener el orden esencial a la vida colectiva (razón utilitaria y método jurídico).

En su finalidad, tiende a la *defensa* de ese mismo orden (razón utilitaria, carácter objetivista y método preventivo).

El motivo, a la vez fundamento de la responsabilidad y criterio de la penalidad, se halla constituido por la *peligrosidad* del sujeto, condicionada por su ecuación psíquica y abstracción hecha de su libertad moral (desplazamiento de la culpa moral).

El método es eminentemente preventivo (criterio jurídico).

El régimen de la penalidad consulta la conciliación, por una parte, del factor subjetivo con el objetivo, asignando al primero una mayor importancia que la que antes se le acordara, y por otra, de la mayor seguridad social con el menor desmedro de la personalidad del agente, con el mismo criterio anterior, aunque invertido, pues aquí tiende a primar lo objetivo sobre lo subjetivo (supremacía colectiva sobre el indi-





vidualismo). Además la supresión de la garantía penal, o tradicional aforismo *nullum delictum, nulla poena sine lege*.

Los medios tienden a diversificarse en calidad y cantidad, aparejando la fundación de las instituciones adecuadas y complementarias, en orden a las necesidades derivadas de las categorías de los delinquentes (adaptación del medio al fin).

En la dinámica penal se atiende preferentemente, como observa Prins, a la calidad sobre la cantidad de la medida represiva, informándose la medida, al ascender por la pendiente de la severidad o al descender por el declive de la benignidad, en la razón de la necesidad concreta de protección social sobre la base del índice de la peligrosidad del sujeto, condicionada por su estado psíquico permanente — Prins — (adaptación del tratamiento de la individualidad del paciente). También la ampliación del arbitrio judicial y la supresión de la medida penal o adopción de la indeterminación de las penas.

La eficacia o campo de acción del derecho penal se dilata, pues lleva camino de comprender los “estados” de peligrosidad, y por lo tanto a los peligrosos no delinquentes.

Paralelismo y analogía civil y penal, por la tendencia del derecho penal a asociar la reparación a la prevención, y desplazar el aspecto ético de la culpa moral y el fin retributivo.

Y como corolario al utilitarismo que preside toda la estructura penal, la múltiple y compleja utilización de las medidas defensivas: útiles socialmente en términos generales, por su función preventiva, y en particular, por la readaptación del delincuente a las condiciones de la vida colectiva, la economía en los gastos de sostenimiento de los establecimientos penales, obtenida por el aprovechamiento del trabajo del penado, y la *adaptación inferiorizada* (F. Castejón) de los defectuosos o anormales, o residuos sociales, desarrollando y aprovechando la escasa energía vital de que disponen (Prins); útiles individualmente, en cuanto al agente, por su reforma y perfeccionamiento, y en cuanto a la víctima, por la reparación del daño.

# SECCION PRIMERA

## NOCIONES PRELIMINARES



### CAPITULO I

#### De la evolución histórica del derecho penal

1. — Antigüedad y evolución de la justicia penal. Conceptos antiguo y moderno. Beccaria y la revolución francesa. 2 — Principios viejos e instituciones nuevas. El derecho oriental, griego, romano, germánico, medieval. 3. — Movimiento de codificación mundial del derecho penal, desde el siglo XIV a la fecha.

#### I

1.—Como la sombra acompaña al cuerpo, el delito ha sido el compañero inseparable del hombre, puesto que el hombre vivió siempre en sociedad, y el delito brotó al influjo de la pasión y el egoísmo humanos en el incesante juego de los opuestos intereses. Vale esto decir que la justicia humana es tan antigua como el hombre, toda vez que la pena se concibe, sin el menor esfuerzo, como la reacción consecutiva al delito.

Rovira Carreró dice: "Ciertamente que la reacción contra el delito no siempre ha presentado los mismos caracteres, ni revestido idénticas formas; cierto que no siempre han sido los mismos los hechos reconocidos como criminosos, ni en todos los momentos han sido los mismos los castigos impuestos al delincuente; sino que, a semejanza de las varias lenguas en que se ha ramificado el lenguaje humano, cada nación ha establecido un sistema jurídico acomodado a su índole, a sus costumbres y a su cultura. Pero esto no destruye el hecho fundamental de que en todo tiempo y en todos los lugares, ha existido siempre una serie de actos que la conciencia pú-



"blica ha rechazado y a los cuales ha impuesto una sanción, "quizá no siempre ni conveniente ni justa, a las veces cruel y "desproporcionada, pero producto, al fin, del natural movimiento de reacción que el delito inspira". Y más adelante agrega: "Aún en aquellos primitivos tiempos en que se supone "que el derecho estaba reducido a su más elemental expresión (derecho a la vida p. ej.), el atentado contra las condiciones naturales de existencia, sería moralmente el crimen; y la pena la reacción (instintiva si se quiere, pero reacción al fin, *consiguiente* a la lesión de un estado jurídico (respecto a la vida de los demás, conservación de la propia existencia mediante la defensa, etc.) que existía con anterioridad".

Por mucho tiempo (aún se habla de *escarmiento*, *vindicta pública* y *castigo*) la justicia penal se caracterizó por la vindictiva. Se reprimía para *vengarse*. Se *castigaba* el delito para hacérselo *expiar* al culpable, *retribuyendo* el mal del delito con el mal de la pena.

Y la *venganza* era a veces privada (delitos individuales), ora ejercida por el jefe (*privación de la paz pública* en los delitos de interés común) o la colectividad (la guerra contra el extranjero ofensor). En el primer caso la ejercía la víctima o la familia, contra el ofensor o su familia.

Pero como la venganza privada trae aparejados los excesos consiguientes, el *Talión* fija la *proporción*, que es *material* (ojo por ojo...), o simbólica (cortar la lengua al blasfemo, la mano al falsario...); y como luego se advierte que este sistema de muertes y mutilaciones debilita el vigor del grupo, que es menester conservar, ya que se vive en guerra constante, se substituye el *jus defensionis* por el *jus punitivum* de la *composición*, voluntaria primero y luego obligatoria, cuyas formas fueron el *veregildo* o *manum* (la parte que se pagaba a la víctima o su familia) y el *fredo* (parte que se entregaba a la autoridad en concepto de retribución por la garantía de orden y justicia).

A este período primitivo o *bárbaro*, sucede el religioso o *teocrático*, en el que el delito aparece como una ofensa a la divinidad, y la justicia penal se convierte en *venganza divina* ejercida por el feje, militar y sacerdote. Y como la gravedad



del delito, hallándose en relación directa con la divinidad ofendida, impone la necesidad de penas enormes, el sistema proporcional de la venganza privada es substituido por el de la más abominable desproporción.

Se insinúan, sin embargo, algunos conceptos modernos, como, entre otros, los relativos a los elementos subjetivo y objetivo del delito, la personalidad de las penas, la igualdad y la libertad humanas, etc.

A este segundo período reemplaza el político, tan luego como tiende a precisarse y preponderar el concepto social, con independencia de toda idea religiosa; período que, llamado de la venganza social, se caracteriza por el fin *intimidante* de la punición, a cuyo fin toma de instrumento al delincuente, y durante el cual estuvieron en boga las *ordalias* o juicios de Dios (*pruebas del fuego, del agua hirviendo, la cruz...*), cuya última forma fué el *duelo judicial*, que, como alguien ha dicho, sobre la fuerza del derecho hizo triunfar el derecho de la fuerza.

Entre tanto, el derecho canónico, informado de la doctrina cristiana, interviene para humanizar el derecho penal, ejerciendo indiscutible influencia en su ulterior orientación hacia la personalidad e individualización de la pena y la reforma del culpable por el sistema penitenciario, remontando la corriente del abuso de la fuerza y de la intimidación, y execrando la crueldad, la venganza y la pena de muerte, en las *treguas de Dios*, el *derecho de asilo* y la *composición*. El fruto de esa influencia, viene sin embargo demasiado tarde, puesto que se usa y abusa hasta lo inconcebible de la expiación, de la tortura, de la crueldad, de la intimidación, hasta que en el siglo XVIII, a manera de resumen de las ideas renovadoras sembradas por Grotius, Thomatius, Wolff, Puffendorf, Kant, Fichte, Diderot, d'Alembert, Helvetius, d'Holbach, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Bentham, Stuart Mill y Spencer, lanza Beccaria (1764) la sonora clarinada de su minúsculo y colosal libro "De los delitos y de las penas", que tuvo la virtud de iniciar con Filangieri en Italia, la revolución penal, coronada luego por la revolución francesa, punto de arranque de la renovación moderna en materia de legislación penal.



De esa obra, que empieza por afirmar el fin preventivo de la pena, y jalonea una verdadera sistematización de los principios restantes que informan luego la modificación mundial del problema penal en sus soluciones de orden práctico y científico, dice Aramburu que “fué el toque de llamada que puso “en pie al ya apercibido ejército...; ...la lente que recoge “los rayos esparcidos y los concentra y fija en un punto “único...”

Contrario a la severidad inútil de la pena, y por ello a la de muerte, arranca al culpable del funesto error de convertirlo en instrumento de intimidación; y es a partir de esta hora redentora que el derecho penal se reconstruye sobre nuevas bases y con caracteres diferenciales notables. Hasta entonces, y sobre todo en los primeros tiempos, impera, con raras excepciones, una justicia penal excesiva, torpe e ineficaz.

La responsabilidad fué por mucho tiempo solidaria para la familia o el grupo, y fueron ignorados los motivos subjetivos de evaluación de la misma, así como los preceptos de justicia y utilidad de la pena.

En aquellas primitivas civilizaciones el sujeto activo y el pasivo pueden ser tanto el hombre como un ser irracional y uno de existencia ideal, y el fin de la pena es eminentemente expiatorio. Es cuando las agrupaciones sociales alcanzan un mayor grado de civilización que la represión, sin abdicar de su finalidad expiatoria, se informa de una finalidad concurrente preventiva: *quia peccatum et ne peccetur*.

En cuanto a las penas, se pasa de las formas violentas, de la manera más cruel de aplicar la de muerte y de las torturas más dolorosas, por la esclavitud, la privación de la paz social, el extrañamiento y la *composición*, para llegar, muy tarde por cierto, a los sistemas actuales de penas de cárcel, pecuniarias y de incapacidades civiles y políticas. Son las penas, además de crueles, desproporcionadas, injustas e inútiles.

Según se trate de actos de orden social interno o externo, la reacción cambia de aspecto. En el primer caso se transforma en una pena de exclusión del individuo de la comunidad, de cuyos dominios es expulsado, punto en que aparece el origen histórico de la pena de extrañamiento. Otras veces la eliminación del individuo consiste en la muerte o en la esclavitud.



vitud. En el segundo, la guerra, que fué siempre el procedimiento de regla, termina por la paz, que impone al vencido el resarcimiento del mal, punto en que aparece el sistema de la composición, el que, como se ve, no tiene en sus comienzos un carácter verdaderamente penal.

Siendo la familia responsable, podía optar por abandonar al culpable a la justicia del ofendido.

En un período superior de civilización, se evoluciona en el sentido de eliminar todo lo que en la pena puede haber de inhumano, de injusto, de desproporcionado, de inútil. Del primer paso dado con el fin intimidante y reformativo, y con la tendencia a la disminución y suavización de las penas, se llega al propósito final de buscar en la pena un fin práctico de utilidad social, de readaptación social del delincuente, de prevención y disminución de la delincuencia.

Nada hay que decir con referencia a los regímenes penales, sino es a partir de la edad media, punto de arranque del régimen carcelario, inspirado, en su propósito y en sus medios, en los regímenes conventuales de separación celular y de reforma por medio de la penitencia.

Para el concepto antiguo, el delito y la pena es todo y el delincuente un mero accidente.

El derecho de aquella época se forma por una sucesión de máximas, sentencias y costumbres, conservadas primero oralmente por tradición, y luego en fijaciones gráficas rudimentarias, y en general acusa una mayor preocupación por los hechos del derecho penal que por los del derecho civil, según recuerda Sumner Maine, citado por Garraud, quien atribuye esa desproporción entre ambas clases de leyes: por una parte, a que en esa época son menos numerosas y complicadas las relaciones de carácter civil, y por otra, a que no se había hecho aún la distinción conveniente entre lo que era materia punible y lo que no lo era. Puede verse el n° 24.

Producida, en cambio, la revolución francesa, e iniciada la corriente de la renovación de los valores jurídicos, "Las leyes fundamentales de la nueva legislación criminal, son la "inspiración, a veces literal del libro de Beccaria. La defensa de la sociedad, fin único de las leyes; libertad de opiniones "siempre que no turben el orden público; consecuente aboli-



“ción de los delitos de lesa divinidad, antes severamente castigados; personalidad de las penas; aún infamantes; abolición de la confiscación general de bienes; extinción de la pena con la muerte del culpable; proporcionalidad con el delito; prohibición de castigar sin una ley penal anterior...”

Rovira Carreró, a quien pertenecen las precedentes palabras, dice más adelante:

“Este movimiento legislativo que, con mayor o menor intensidad, había surgido en cada una de las naciones de Europa, se interrumpe algunos años para volver a reanudarse hacia el año 1830, en que un nuevo elemento vino a ejercer poderosa influencia para dirigir mejor la reforma de la justicia penal. Las ciencias sociales — dice Pessina — se sometieron entonces a una gran transformación, que llegó a ellas por la revolución causada en los estudios filosóficos; las doctrinas éticas de los escritores alemanes (Kant, Fichte, Schelling, Hegel, Krause), hicieron que en Europa las concepciones fundamentales sobre el Derecho rompieran los moldes estrechos del principio de la intimidación presunta; las verdades morales fueron consideradas como fundamento de las discusiones políticas y jurídicas, y comenzó a manifestarse una nueva vida en el movimiento progresivo de la legislación penal”. A partir de esta época las reformas más o menos fundamentales de las leyes existentes y los proyectos de nuevos códigos sucédense con profusión en cada una de las naciones, la mayoría de las cuales no ha logrado todavía la confección de un Código penal que responda cual debiera, a las exigencias actuales de las ciencias criminológicas”.

“Para terminar esta materia, podemos repetir con Pessina que si miramos, en el conjunto de los resultados comunmente obtenidos, el movimiento legislativo del Derecho penal en el siglo XIX, podremos presentar como notas características que forman la tendencia común de las varias legislaciones, las siguientes:

“I. La ley está llamada a refrenar el arbitrio judicial en cuanto a la severidad de la pena, pero en cuanto a la disminución de ésta es principio común dejar la mayor libertad posible al juez”.



“II. Las legislaciones han estudiado mejor las condiciones esenciales de la acción en general, y sus varios accidentes, en orden a la cantidad y calidad de la materia punible”.

“III. El sistema penal se va despojando cada vez más del elemento rudo y feroz de las épocas anteriores: por eso la pena de muerte va disminuyendo en su aplicación, el sistema penitenciario ensancha la esfera de sus conquistas, y las penas corporales, mutiladoras e infamantes, están unánimemente eliminadas del sistema penal de los diversos códigos”.

“IV. Las jurisdicciones están mejor ordenadas y distribuidas de tal modo, que se pueden constituir en completo organismo para la administración de justicia: y cada vez más se reconoce la necesidad de un Magistrado Supremo que, sin examinar cuestiones de hecho y sin pronunciar nada acerca del mérito, dirija a la observancia del Derecho, aquellos valedictos judiciales que del mismo se aparten”.

“V. La institución del Jurado se va extendiendo en los Estados de tal modo, que puede decirse que es casi un elemento común a todas las legislaciones penales modernas”.

“VI. La santidad de las formas judiciales protege, tanto el derecho social como el individual, tratando de que la verdad brille en su mayor esplendor, y principalmente hoy es considerado como inconcuso el triple principio de la oralidad, de la pública discusión y de la necesidad de un juicio contradictorio como fundamento indispensable para la condena”.

Finalmente, durante la primera mitad del siglo diez y nueve aparecen como un auxiliar del derecho penal, prestándole servicios de gran mérito, los estudios científicos sobre el delito, del punto de vista de sus causas y los medios preventivos, de modo a penetrar racionalmente su intimidad y a completar el mecanismo destinado a combatirlo,

Florece entonces los estudios antropológicos y sociológicos con la escuela positiva, la que por un momento conmueve al mundo, amenazando derribar el histórico monumento levantado sobre bases seguramente insuficientes, y con la tendencia conciliadora de “la tercera escuela” y los estudios y trabajos de la “Unión internacional de derecho penal”, se inicia un nuevo movimiento de reforma, cuya tendencia se acentúa





en el sentido de procurar la defensa de los intereses sociales, consultando el grado de peligro que el delincuente representa, y recurriendo a medidas de seguridad y precaución conducentes a impedirlo, sin los resabios expiatorios y objetivistas de los tiempos yaidos.

Es fuera de duda que en el ppdo. siglo el derecho penal adquiere gran importancia, pudiendo decirse en conclusión, que al par que se afirman los viejos principios de la personalidad de la pena y del interés social como fundamento de la incriminación, y se acentúa la preponderancia del elemento subjetivo y de la tendencia a individualizar la pena y a imprimirle una finalidad preventiva, se obtiene como conquistas presentes el tratamiento especial para menores, las medidas de seguridad, el perfeccionamiento de los regímenes carcelarios, la condena condicional, la libertad condicional, las penas paralelas, los medios preventivos, y la implantación en el terreno criminal de los métodos positivos de investigación.

Es así mismo indudable, que en el momento actual el problema criminal es menos simplista. Ya no es solamente un problema jurídico, un problema penal; es también un problema social, un problema profiláctico. Hoy se comprende perfectamente que la delincuencia importa una cuestión social sumamente grave; un mal, un peligro, una enfermedad social, de la que el delito no es más que su manifestación, su síntoma perceptible, y el delincuente el órgano activo de su *exteriorización*. El delito, pues, más que un producto individual, es un producto social, cuya curación, más que el tratamiento directo sintomático de la pena, debe procurarse por el profiláctico, radical e indirecto de la remoción de sus causas. Sin perjuicio, entonces, de la pena, medida impredecible, dado que, mientras "el hombre no se despoje del hombre", habrá delitos y delincuentes en este pícaro mundo, donde el hombre, obligado a vivir en sociedad, tiene que poner en contradicción sus intereses con los demás (individuales y colectivos, movido a impulso de la pasión, el egoísmo, la necesidad, etc.) ; sin perjuicio de la pena, decía, cuya finalidad, aunque con resabios expiatorios, es eminentemente preventiva (intimidación, enmienda o readaptación, eliminación), se atiende más a la adopción de las medidas preventivas indirectas.



Ya no se reprime por venganza, ni por delegación divina; se reprime por ~~necesidad~~ de conservación social, por derecho y deber social y con el fin principal de prevenir el delito. Y esta tendencia defensorista, que informa la médula del derecho criminal moderno, ha impuesto la necesidad de tomar medidas contra los moralmente responsables, tanto como contra los inimputables.

Es cierto que se mantiene la condición moral del delito, por lo que el inimputable no es considerado delincuente, como es igualmente cierto que, manteniéndose en la pena el punto de vista expiatorio, en orden a la base moral, ética del delito, a los inimputables se les somete a medidas educacionales, precausionales y curativas, genéricamente llamadas medidas de seguridad. Pero es igualmente cierto que la sociedad se defiende hoy contra todo individuo peligroso, sea o no capaz y moralmente responsable, y que la represión — pena y medida de seguridad — consulta ante todo la utilidad social, sin dejar por eso de adaptarla a la ecuación personal del autor del hecho, en grado al índice de su peligrosidad, como medio de alcanzar la prevención que se propone.

El derecho penal actual es, pues, menos individualista en su finalidad, y es, en cambio, más subjetivista en el mecanismo represivo, o sea en la adaptación de la pena en medida y tratamiento.

Sin embargo, paralelamente al culto por el fundamento moral de la responsabilidad, se conserva el del prejuicio objetivo en la evaluación de la tentativa y la complicidad con penas disminuídas, y a las veces el realmente absurdo de la responsabilidad atenuada de los semi-inimputables.

Se caracteriza, en suma y en general, el derecho penal contemporáneo por su tendencia a substituir los viejos fines y fundamentos, por la defensa social contra el delincuente, en razón y con arreglo a su peligrosidad, sea o no moralmente responsable, y en particular por su preferencia a abandonar las penas de corta duración, y por su marcada inclinación a aparcar a la pena el resarcimiento del daño como función pública (proyecto italiano), o por lo menos como condición de la condena condicional y en general como atenuante (proyectos suizo, alemán, austriaco, serbio y sueco).



2.—No todos los principios e instituciones del derecho penal moderno, de que tanto se hace alarde, considerándolos conquistas actuales, son, sin embargo, producto reciente de la civilización.

En las "Leyes de Hammurabi", rey de Babilonia que reinó en el siglo 33 antes de Jesucristo (puede verse más extensamente en Alimena, "Derecho penal", págs. 24 y siguientes), leyes las más antiguas, las únicas que no contienen preceptos religiosos, se hacía la debida separación entre los hechos voluntarios, los culposos y los fortuitos.

En el derecho hebreo (el "Pentateuco" de Moisés, y sus agregado los "Almud" de Jerusalem y Babilonia), la pena era ya intimidante, y por lo tanto preventiva. "Castigad para "que todo Israel sea herido de espanto y nadie se atreva a "repetir un hecho semejante", decía Moisés.

En el derecho egipcio ya se tomaban en consideración las condiciones subjetivas y las circunstancias de atenuación o agravación.

El "Código de Manú", el "Mánava - Dharma - Sâstra" de la India, siglo 11 antes de Jesucristo, informaba la pena con un fin preventivo por lo intimidante; consideraba el acto voluntario, el culposo y el fortuito; tenía en cuenta en la evaluación de la pena pecuniaria las condiciones subjetivas del agente, pues la aumentaba en relación a su mayor aptitud para conocer las consecuencias de sus actos, y contemplaba la índole del impulso criminal, que en su sentido antisocial es requerido, juntamente con la categoría antropológica del delincuente, como punto de referencia para la penalidad por la escuela lombrosiana.

También en el derecho persa ("Vendidad", parte principal del "Avesta"), se distinguían los actos voluntarios de los culposos y fortuitos.

En Grecia, dejando de lado las distintas y numerosas leyes vigentes en sus varios estados, sin excluir la de Esparta, dictadas por Licurgo, y concretándonos a la de Atenas (Dracon y luego Solón, de los siglos VII y VI antes de Jesucristo), tenidas como las más sabias, predominaba el concepto del estado y los preceptos útiles al mismo, para guiar a los hombres a la virtud y a la consecución de sus fines; la pena



era preventiva por lo intimidante y más humana; predominaba la tendencia a la consideración preferente del elemento subjetivo, dado que se podía imponer pena al simple propósito criminal manifestado; se marcaba rumbos hacia la individualización judicial o concreta de la pena, aunque en forma impropia, al autorizar a los jueces a reprimir por equidad hechos no previstos como delitos, y con la desaparición de los fueros personales se hizo desaparecer la responsabilidad solidaria de la familia.

Cabe recordar las ideas de Aristóteles, Platón y Pitágoras al respecto. Piensa el primero que la represión debe tener por objeto asegurar la felicidad, y proclama la conveniencia de prevenir el delito por medios sociales (es, pues, un positivista avanzado); el tercero aplica sus ideas sobre el equilibrio universal, y, encontrando que el delito altera el equilibrio social, procura restablecerlo por medio de la pena, según el concepto de la justicia munida de la simbólica balanza, en uno de cuyos platillos, el que el delito, puesto en el otro, ha hecho subir, hay que colocarla a manera de peso proporcional, a fin de mantenerla en el fiel.

Puede verse además el n° 80 letra a).

En el derecho romano, desde las "Leyes de las XII Tablas" (siglo V antes de Jesucristo) hasta las "leyes", los *senatusconsulta*, los *edicti*, los *responsa prudentium* y las constituciones imperiales contenidas en los "Códigos de Theodosio y Justiniano", que prosigue y afirma la obra del derecho griego, de bajarlo de las regiones divinas para colocarlo en la tierra al alcance de los hombres, como cosa de los hombres y para los hombres, se hace la distinción entre delitos públicos (en un principio contra el estado y la religión) y los privados, los últimos de los cuales se regulaban por el derecho civil, y se afirma la responsabilidad personal del culpable y las miras preventivas de la pena, por lo intimidante y reformadora. La tendencia subjetiva es manifiesta.

Hay que pasar por alto el derecho germánico primitivo, objetivista y sin ninguna novedad digna de mención, dejando de lado el derecho vacilante y disperso de la edad media, contenidos en ordenanzas y estatutos, conjuntos incoherentes de principios recogidos en fuentes bárbaras y canónicas, con sus



resabios políticos y religiosos y que daban tanta cabida a las costumbres y al arbitrio judicial, y poner aparte la misma ordenanza de la "Corolina", el primer código penal que merezca esta denominación, del imperio alemán de la época de Carlos V (año 1533); hay que pasar por alto las ordenanzas francesas y los códigos españoles, entre los que cabe citar el "Fuero Juzgo", el "Fuero Real", las "Siete Partidas", la "Nueva Recopilación" y aún la "Novísima" (1805), códigos en los que los preceptos penales no aparecen con la debida separación de la materia civil, más adelantada y de atención preferente; no porque durante todo este largo período, en el que el derecho en formación va paulatinamente despojándose de la parte bárbara para dar preferencia al derecho romano y al canónico, no hubiese evolucionado favorablemente, puesto que tendía a acentuar los principios de la personalidad de la pena y de la absorción por el estado del interés antes confiado a los particulares, sino porque elaborándose una transformación intensa social y política, la atención de los estadistas era solicitada preferentemente en la dirección de los intereses civiles y políticos, y la cuestión penal, relegada a segundo término, permanecía casi estacionaria, sin responder a las necesidades y cultura de su tiempo.

En todo este largo período de indecisión, es indudablemente el derecho canónico el que más influye en la preponderancia del elemento subjetivo y en la personalidad y tendencia preventiva de la pena, y es en sus claustros de sistema celular donde nace el moderno sistema carcelario.)

Entre tanto, la obra de los filósofos por una parte, el abuso del arbitrio judicial y de las penas atroces por otra, unidos a la mayor cultura del pueblo y a la transformación política que fermentaba al calor de un hondo anhelo de libertad individual, preparaban el terreno en condiciones propicias a una evolución en consonancia con aquellas necesidades y aquella cultura; y es Beccaria, quien, concentrando los conceptos dispersos de sus ilustres predecesores y contemporáneos, alza su voz fuerte en medio al abuso y la atrocidad de las penas, y ve coronar su obra en la revolución francesa, que consagra los derechos del hombre, y con ellos la igualdad de todos ante la ley y la supremacía social sobre las prerrogativas del soberano.



La igualdad y la legalidad de las penas, y el principio objetivo de la necesidad de la conservación social informando el derecho penal, son postulados que el célebre estatuto del 26 de agosto de 1789 incorporó definitivamente a la ciencia criminal.

Cabe hacer notar, que antes que Beccaria (1764) otros habíanse ocupado de la cuestión penal, siendo digno de mención entre ellos, por cierto en corto número y cuyas obras fueron de escasa importancia, el teólogo franciscano Alfonso de Castro (1550), cuyo libro, "Potestatis legis penalis", aunque de menor resonancia que el de Beccaria, no fué de menor mérito. Así mismo, que desde Cerdán de Tallada (1581), y luego con Montesquieu, Romagnosi, Bentham y el mismo Beccaria, se concibe la posibilidad y conveniencia de emplear la prevención como medio de combatir contra el delito.

3. El movimiento de codificación autónoma del derecho penal insinuado en España en el siglo XIV con la 7ª "Partida", y seguido en el siglo XVI por la "Carolina" en el Imperio alemán, a los que sucedieron en el siglo XVIII el primer código bávaro (1751), la "Teresiana" (1768), y el primer código austriaco (1787), adquiere su verdadero gran desarrollo en el siglo XIX.

Al código austriaco de 1803, introducido en la Lombardía y el Veneto en 1815, sigue el código francés de 1810, que en el mismo año rigió en el Reino de Italia, en 1812 en el de Nápoles, y en 1810 hasta la fecha, con algunas modificaciones, en Bélgica.

Vinieron luego el código bávaro de 1813, seguido principalmente por Tejedor, y el español de 1822, corregido en 1848, 1850 y 1870, seguido preferentemente por Villegas, Ugarriza y García.

Todos estos códigos tuvieron gran influencia en la legislación de Europa y América, acentuándose la del español en los países de la América del Sud.

El Imperio alemán se rige por su código de 1872; Italia por el suyo de 1890, tomado como modelo por los del Uruguay, el Brasil y el Paraguay; Suiza, hasta el momento, por su ley federal de 1853, a la manera de la nuestra de 1863, y los distintos códigos locales de sus respectivos cantones, del mismo



modo que lo hacen los diversos estados en los Estados Unidos de Norte América.

Los códigos francés, español y alemán se encuentran modernizados por varias leyes que los han modificado en parte o han agregado nuevos preceptos e instituciones.

Cabe citar entre los códigos más perfectos, el húngaro de 1278, el holandés de Moddermann de 1886, el italiano de 1890; y el noruego de Getz, y el ruso, ambos de 1903; y, entre los de más reciente data, el de Egipto de 1904, el del Ecuador de 1906, el del Japón de 1907, el de Eritrea y el siamés de 1908, el del Paraguay de 1910 y el de Caracas de 1915.

Entre los numerosos proyectos (anteproyectos) de reforma actuales pueden recordarse el de código único para la confederación suiza, obra inicial de Karl Stooß (1893-94, 1896, 1903, 1913-15 y 1916), el alemán y el austriaco, los que iniciados en 1909 continuaban revisándose al final de la guerra, el sueco de J. C. W. Thyren (1916), el serbio (1910), y el italiano de febrero de 1921, al que está dedicada la primera parte del capítulo preliminar.

Al hacerse referencia en el curso de esta obra a los proyectos suizo, sueco, alemán y austriaco, es entendido que son los de 1916 y 1909. Puede verse, sin embargo, "Política criminal en las legislaciones europeas y americanas" de Jiménez de Azúa.

Los demás códigos, excluyendo a los de los Estados Unidos y los cantones de Suiza, son, por orden de fechas, los siguientes: Bolivia, 1834; Haití, 1835; Perú, 1862; San Marino, 1865; Islandia, 1869; Alemania, 1872; Mónaco, 1874; Hungría, 1878; Bosnia y Herzegovina, Honduras y Costa Rica, 1880 (hay en este último país un proyecto de 1910); San Salvador, 1881; Santo Domingo, 1884; Dinamarca y Portugal, 1886; Finlandia, Uruguay y Guatemala, 1889; Colombia, Brasil y Suecia, 1890; Canadá, 1892; Nicaragua, 1894; Serbia, 1895; Bulgaria, 1896; Venezuela, 1897, y Qeenland, 1899.

Por más datos puede verse Florian, t. I, parte 1ª, p 126, y Alimena, t. I, p. 63 (traducción española).

## CAPÍTULO II

### Fundamento del derecho de represión



4. — a) Clasificación de las teorías de derecho penal sobre el fundamento del derecho de represión. b) Escuela clásica. c) Escuela positiva. Clasificación de las disciplinas criminales. d) Escuela crítica o intermedia. "Unión internacional de derecho penal" y su congénere de Chicago. e) Estado actual de la cuestión: resumen de los puntos precedentes. f) Escuela correccionalista. g) Tendencia americana. h) El derecho criminal en el dogma socialista. 5. — El delincuente. a) Caracteres: físicos y psíquicos; psicología. b) Clasificación. 6. — Fundamento del derecho de imponer penas. Teoría moral, contractual, utilitaria y ecléctica. 7. — Represión (sistema del código) y prevención. 8. — Factores del delito. 9 — Medios preventivos. 10. — "Criminología" y "derecho penal". 11. — El derecho penal y otras ciencias auxiliares.

4.—a). No hay dificultad alguna en admitir el derecho o el deber social de reprimir el delito, y la divergencia aparece únicamente en lo relativo al *por qué* y al *cómo*.

Establecer el por qué, importa fijar el fundamento de la justicia penal, y es sobre este punto que se forjan teorías varias, las que, no obstante su variedad, pueden, según la clasificación de Bauer, dividirse en tres grupos: absolutas, relativas e intermedias.

En el primer grupo encaja la venganza (individual, religiosa y política), con su cartilla proporcional del Talión (material, simbólico y ennoblecido — proporcionalidad del mal físico de la pena al moral del delito —), cuyo fundamento ético es la expiación y cuya expresión jurídica es la retribución.

Es la teoría de la justicia absoluta, del imperativo categórico de Kant, que impone el castigo por una exigencia de razón y de justicia, con prescindencia de toda idea utilitaria, y aunque resultase perjudicial.

Es una teoría eminentemente moral, represiva e individualista, y por lo tanto absurda y digna tan sólo de recuerdo en la mención de las cosas idas.

Es la teoría del *punitur quia peccatum*.





En oposición a este fundamento tan delesnable e inservible, puesto que a nada útil y práctico conduce, se alza el utilitario, jurídico, preventivo y colectivista de las teorías relativas: la defensa del orden jurídico necesario a las condiciones de existencia y convivencia social.

Es el sistema defensorista del *punitur ne peccetur*, concebido desde Platón y Aristóteles, desenvuelto por Beccaria, Romagnosi, Feuerbach, Bentham y Carminagni, y llevado a sus últimos términos por la escuela positiva, con Lombroso, Ferri y Garófalo.

Ocupan, finalmente, la posición intermedia, todas aquellas teorías, entre las que caben las de las escuelas correccionalista de Röeder, la tercera o crítica y la *penitenciaria*, sin excluir a la "Unión internacional de derecho penal", encuadrada en las corrientes de la escuela crítica, que, a pesar de caracterizarse por ser eminentemente defensorista, consultan sin embargo ambos fundamentos: el *quia peccatum* moral, individualista, represivo, expiatorio y retributivo, y al mismo tiempo el *ne peccetur* jurídico, colectivista, preventivo y utilitario; sea que sirva de base el primero y de límite el segundo, o v. v.

La legislación moderna obedece a este sistema, y la reforma contemporánea tiende a abandonar el límite del *quia peccatum*, que se conserva como elemento moral del delito y fundamento de la responsabilidad, sin perjuicio de que se rinda pleito homenaje a la tendencia defensorista del *ne peccetur*, ratificándola, reafirmandola y robusteciéndola con la adopción de las llamadas medidas precaucionales y de seguridad, en defensa de los intereses sociales contra el peligro de los moralmente irresponsables (incapaces), los reincidentes, los alcoholistas y los vagos.

En estas distintas escuelas el fondo o finalidad mediata es el mismo: la defensa de los intereses sociales. Lo que cambia es la forma, medio o finalidad inmediata: la intimidación, la readaptación social y la eliminación del culpable.

b). El derecho penal, aunque más antiguo que el derecho civil, tardó más que éste en precisarse y especializarse en una forma fundamental y orgánica.

El delincuente era un perverso, víctima de sus pasiones mal refrenadas, cuando no de la fatalidad por la predestina-



ción; pero esencialmente idéntico al común de los hombres. El delito, no bien deslindado del pecado, era un fenómeno de conciencia hijo de la voluntad, un producto netamente moral, y el daño más privado, divino o político que social. La pena era la retribución del mal por el mal mismo, sea que la ejecutase el ofendido o su familia en los delitos privados, o que la impusiese el jefe en los delitos contra la divinidad, contra el jefe o el grupo. De todas suertes, no se la imponía en mira de un interés social ni tenía otra finalidad que la del castigo, y por otra parte, las corporales no demoraron en ser substituidas por las composiciones — “veregildo” y “fredo”, — en vista de que el Talión disminuía el poder guerrero del grupo.

Este estado de cosas perduró, con algunas variantes, hasta la edad media, en cuya época las penas, aun cuando tenían ya cierta finalidad preventiva, eran desiguales, porque había desigualdad de clases sociales, y además, crueles, arbitrarias, desproporcionadas e inútiles por falta de finalidad práctica.

Es a partir del Renacimiento y principalmente de la Reforma (siglo XVI), que el libre examen y la secularización del poder civil traen como consecuencia las nuevas concepciones sobre el derecho natural (siglo XVII y XVIII, con Grocio, Hobbes, Puffendorf y otros), fundado en las condiciones naturales de existencia, con absoluta independencia de la voluntad divina y de la voluntad humana, conceptos a los que suceden los estudios filosóficos de Kant y Hegel, y los políticos de Montesquieu y Rousseau (siglos XVIII y XIX), por los que se hace la separación de lo jurídico de lo moral, se fija como materia susceptible de regularse legalmente los actos exteriores del hombre, y se coloca en el estado el poder de regir los intereses generales en virtud de un supuesto contrato social.

Ya no es el delito un mal de transcendencia privada o divina, sino que ataca intereses sociales; la pena, aunque conservando su fondo retributivo, tiene ya una finalidad práctica preventiva; su imposición corresponde al poder político, y tanto los delitos como sus penas deben hallarse expresamente previstos en la ley, con lo que se pone término al abuso que se hacía de las penas llamadas “arbitrarias”, ya en uso entre los griegos, de las que luego se abusó considerablemente, y contra



las que protestó tan firmemente Beccaria y a las que la revolución francesa dió el golpe final. Pero es aún preponderante el principio individualista.

Adquiere el derecho penal en tal manera una importancia de que antes carecía, y al mismo tiempo que su codificación por separado, iniciada en el siglo XVIII en Alemania y Austria, adquiere su verdadero gran desarrollo a partir del código francés de 1810, ven la luz tratados de la materia y se crean cátedras especiales.

Es ese el punto de arranque remoto y esas las fuentes de la escuela llamada *clásica*.

Por mucho tiempo esos conceptos penales se movieron en un campo de ideas y conclusiones eminentemente jurídicas y abstractas, y el delito fué un fenómeno cuya etiología no fué bien conocida, por falta de estudio y por el predominio del tradicional principio que colocaba la causa de los actos del hombre, en su actividad movida por sus propias pasiones y en su absoluta libertad de determinación.

Puede decirse que hasta hace poco tiempo sólo se veía en el delito una manifestación de la libertad y de la pasión humanas, y se buscaba en la pena todavía y preferentemente la retribución jurídica, o contrapeso necesario para mantener en el fiel la clásica balanza de la justicia. Era el delito más un ente moral, producto de la actividad normal del hombre, que se revestía de una mayor o menor importancia, según se le mirase del punto de vista político o religioso, pero ante todo del de orden objetivo.

El delincuente, con sus antecedentes, móviles y condiciones personales, no era tenido en cuenta para la determinación de su responsabilidad. Era en verdad un tipo que no se diferenciaba, ni orgánica ni psíquicamente, de los no delinquentes, y que delinquía porque quería, así como del mismo modo se habría abstenido.

Consecuencias lógicas del sistema eran: que el fundamento de la responsabilidad fuese la culpa moral; que no se preocupasen del delincuente sino para castigarlo, no obstante el carácter subjetivo predominante del delito; que descuidasen la ciencia y el legislador indagar las causas del delito; que no se encontrase otra manera de combatirlo que por los medios represivos;



que conservasen éstos una finalidad aún retributiva; que se admitiese atenuantes absurdas; que se contemplase el interés social en términos insuficientes.

c). Es en la segunda mitad del siglo diecinueve que el derecho penal, abandonando los estrechos límites de las concepciones netamente jurídicas y sus bases especulativas y abstractas, inicia su expansión en el campo de los estudios positivos, donde se aplican los métodos de observación conocidos desde Galileo, y que Augusto Comte trasladó al estudio de las ciencias sociales en sus relaciones con las biológicas y naturales.

El delito es desde entonces estudiado como el resultado de causas que radican en el sujeto y en el ambiente físico y social en que el agente vive y se desenvuelve, teniendo de tal modo nacimiento la escuela llamada positiva, encabezada por Lombroso (antropólogo), Ferri (sociólogo), y Garófalo (jurista), cuyas obras básicas respectivas: "El hombre delincuente", "Sociología criminal" y "Criminología", han producido en el mundo científica una verdadera revolución, sobre la base de ideas y observaciones existentes, pero que ellos sistematizan, construyendo una teoría verdaderamente orgánica, que es lo que en realidad constituye su mérito efectivo.

La obra de Lombroso, médico, publicada en 1876, tuvo la misma repercusión que la de Beccaria en 1764, por lo que ha podido decirse que por tres veces los Césares conmovieron al mundo.

Garófalo, magistrado, publica su obra en 1885, y la primera edición española de los "Nuevos horizontes" de Ferri, ve la luz en 1887.

Son estas las tres columnas fuertes de la nueva escuela, que, sostenida y combatida a la vez con raro ardimiento, ha dado motivo a que la literatura penal se eoriquiciese por modo extraordinario (sobre todo en Italia, Francia, Alemania y España), y a la celebración de congresos que han tenido por virtud asignar al problema penal una importancia culminante.

Pudo notarse, sin embargo, que se acentuaban dentro de la escuela dos tendencias divergentes: la que hacía depender el delito más que todo del factor individual (antropología), y la que atribuía preponderancia al factor social (sociología).



La lucha, según se ve, no se trabó únicamente entre la antigua y la nueva escuela (métodos deductivo e inductivo, libre albedrío y determinismo), sino que, frente a frente, cruzaron sus armas en la revista y en los congresos las teorías biológica y sociológica, ramas de un mismo tronco.

Lombroso, fundador y sostenedor denodado y talentoso de la escuela biológica, ve batirse a su teoría en retirada progresiva en los *congresos* de Roma (1885), de París (1889), de Bruselas (1892), de Génova (1896), de Amsterdam (1901), de Turín (1906) y de Colonia (1911), cada uno de los cuales, como dice Garraud, ha marcado una nueva etapa de la decadencia de la teoría que asigna, en la etiología del delito, preponderancia al factor antropológico; de tal manera que puede considerarse definitivo el triunfo de la escuela sociológica, que con Ferri y Laccasagne, asegura la preponderancia del factor social.

Con todo, cualesquiera que sean las exageraciones a que haya sido conducida por sus sostenedores, la escuela con base antropológica ha influido poderosamente en la obra de la transformación que el derecho viene lentamente experimentando en los últimos tiempos. Y sean individuales o sociales los factores preponderantes de la delincuencia, puesto que ya no se desconoce su influencia concurrente, es lo cierto que la nueva escuela ha retirado de la abstracción el problema criminal, y lo ha colocado en el terreno de las realidades, permitiendo de tal modo penetrar en la naturaleza íntima del delito hasta conocer sus verdaderas fuentes, lo que ha facilitado a su vez el estudio de los medios más aptos para combatirlo.

Ha logrado así el derecho penal, con el auxilio de esas ramas de la ciencia, mejorar considerablemente el mecanismo represivo: sea por el mayor conocimiento del delincuente; bien ampliando el régimen de la individualización de la pena; ora mejorando los regímenes carcelarios; sea por la adopción de medidas de simple seguridad, tutelares o precaucionales, con relación a los delincuentes habituales, alcoholistas, vagos, moralmente irresponsables y a los menores, etc.

La escuela positiva comprendió, como se ha visto, de muy distinta manera el problema penal. Para ella, bajo su faz exclusivamente antropológica, era el delito un fenómeno biológico, producto de la actividad patológica del delincuente, que pro-



cedía de tal suerte por razones de anormalidad orgánica. Es decir que el delito era el resultado de un acto motivado, y por lo tanto no libre. La primera consecuencia, pues, que emanaba del sistema, era la negación del libre albedrío y la afirmación del determinismo en la comisión de todo acto delictuoso.

Esta conclusión no varió cuando más tarde se reconoció que el factor antropológico no era exclusivo, y se admitió la concurrencia de los factores social y telúrico, diciéndose que si el delincuente tiene en verdad una disposición orgánica especial, ella no conduce por sí sola fatalmente al delito, pues un criminal nato (delincuencia atávica) puede permanecer sin delinquir en un medio social y en un medio telúrico favorables. "El medio social, pues, dice Ferri, da la forma al delito, que "tiene su base en el factor biológico".

Reconociéndose que el delito tiene sus causas del todo ajenas al libre albedrío, era natural que los medios de combatirlo no se redujesen a las medidas de carácter represivo. Estas mismas tienen una finalidad enteramente preventiva por la intimidación, la readaptación social del delincuente, o por su innoquización en su caso.

La sociedad venía a disponer así, frente al delito, de múltiples medios preventivos, algunos de los cuales (medios preventivos indirectos) tenían la virtud de atacar el mal en sus fuentes y no en sus manifestaciones. Y como de ordinario es el factor social el que reviste más marcada importancia, la sociedad podía ya concebir saludables esperanzas de obtener, sino de inmediato, paulatina y progresivamente la disminución de la delincuencia, aspiración suprema de la nueva escuela, opuesta a la de la disminución de las penas de la escuela clásica.

Negando la escuela positiva la existencia del libre albedrío y el carácter de culpa moral hasta entonces atribuido al delito, cambiaba totalmente el fundamento de la responsabilidad, la finalidad de la pena y el fundamento del derecho de imponerla. En efecto; para la nueva escuela el fundamento de la responsabilidad radica en ser el sujeto socialmente peligroso, la pena tiene por fin prevenir la comisión de los delitos, y el fundamento del derecho de imponerla estriba en el deber (más que el derecho) que la sociedad tiene de conservarse, defendiéndose, o sea reaccionando contra el peligro.



El delito venía a ser de tal manera el síntoma revelador de la anomalía orgánica y psíquica del delincuente, puesta en acción y conformada por motivos sociales y telúricos; y se entendió, por consiguiente, que más que del delito, debía la sociedad preocuparse del delincuente, más que del síntoma, de la enfermedad, más que del efecto, de su causa.

Si el delito era un mero efecto, había que buscar la causa y, conocida, combatirla. Por lo tanto se esperaba más de los medios preventivos que de los represivos, y éstos mismos tenían una finalidad preventiva. Y como el delincuente representaba un valor predominante en el delito, había que estudiarlo atentamente, lo que dió origen a la clasificación correspondiente. Y como la pena es un tratamiento de la causa, y en la causa la categoría del delincuente reviste gran importancia, debe ella ser consultada en su medida, clase y régimen. Y como el delito no es un producto de la libre determinación, desaparecen ciertos motivos de irresponsabilidad y de atenuación. Y como la ecuación personal del delincuente (temibilidad, peligrosidad) es el todo en el delito, la represión no distingue la tentativa del delito consumado. Y si el delito es un mal social, el derecho penal tiende a defender la sociedad en primer término, y por lo tanto toma medidas defensivas contra todo peligroso, sea o no responsable del punto de vista moral. En este sistema, que es colectivista y relativo, la pena es bien, es medio, es útil.

No fueron sin embargo las hasta aquí enunciadas las únicas conclusiones que lógicamente fluyeron del sistema.

En cuanto al mérito de la escuela, queda ya dicho que consistió más que nada en haber aplicado a una rama de las ciencias sociales el método hasta entonces en las otras aplicado por Comte (y con él Littré en Francia y Stuart Mill y Spencer en Inglaterra), y antes por Galileo en el estudio de las ciencias físicas, en haber utilizado, con relación a la actividad patológica del hombre en el estudio de la génesis y naturaleza del delito, los datos de la antropología inaugurada hace más de un siglo, y en haber sistematizado las distintas conclusiones de una manera orgánica.

En realidad, con relación a los estudios antropológicos, antes de "El hombre delincuente" (la primera obra de alta transcendencia en materia de estudios de antropología crimi-



nal, hasta entonces fragmentarios y dispersos), tanto en Italia como en Francia, Alemania e Inglaterra, se habían hecho estudios y publicaciones referentes, entre los que puede citarse los de Lauvergne, Despine y Voisin en Francia, los de Attomir, Lallemand y Casper en Alemania, los de Winslow, Mayhew, Thomson, Nicholson y Maudsley en Inglaterra, los de Dero-landis en Italia y de Samson en América (Ferri), estudios y publicaciones algunos de los cuales datan de principios del pasado siglo.

El período *fisionómico*, que arranca de muy lejos (Homero, Pitágoras, Platón, Sócrates) y no termina con Lavater, pues encuentra su panegirista en Casper (1854), precede al *frenológico* iniciado por Francisco José Gall (1758 a 1828), que niega el valor fisionómico, afirma la equiparación del criminal al loco, y sostiene que la pena debe consultar la temibilidad del delincuente, y a quien siguen Spurzheim y Lauvergne, sobre la base de la estructura cerebral y la localización de las facultades intelectuales y morales.

A este último sigue el período de la *degeneración*, formalizado por Morel (1857), entre cuyos predecesores figuran Pinel, Ferrus, Lucas y Winslow, y seguido por Despine (1868) que anota la anomalía moral del delincuente, Thomson (1870) que advierte un doce por ciento de anómalos psíquicos, Nicholson (1878) que distingue los pasionales de los habituales, y Maudsley (1873) que considera al delincuente un loco moral y afirma la existencia de una zona media entre el crimen y la locura.

Los datos somáticos exagerados por Lombroso, cuando guía más seguro era el punto de vista psicológico, al que ya Ave Lallemand (1858, 1862) y Despine habían asignado un rol preponderante, fueron rectificadas por Ferri en el fondo y en la forma, reduciendo el factor antropológico, tanto físico como psíquico, a su verdadero papel de causa fundamental, sujeta en sus manifestaciones patológicas a causas concurrentes y accidentales, de carácter telúrico y especialmente social.

Se pasó así de la ignorancia al conocimiento de las causas del delito, por la vía del menor esfuerzo. Sobre la base de la *semilogía* (estudio de los signos), bifurcada en la *fisionomía* (preponderancia de lo psíquico sobre lo físico





—acción sobre conformación—), y en la *frenología* (craneometría, craneoscopia, cefalometría — preponderancia inversa —), de la degeneración y de la teoría evolucionista de Darwin, edificó Lombroso su “Antropología criminal” — ciencia del hombre como causa individual del crimen —, nuevo gajo de la *antropología patológica*, cuyo contenido simplista fuera hasta entonces el estudio de la enfermedad (primitiva anormalidad discontinua, episódica del hombre), a su vez rama de la *antropología general*, ciencia del hombre como objeto de investigación y unidad biológica en su doble faz, espíritu (*psicología*) y cuerpo (forma — *somatología* —). Pero la antropología criminal de Lombroso no era otra cosa que una síntesis morfológica, una particularización unilateral de la antropología: era el determinismo orgánico por la configuración y la expresión corporal y cefálica (facies y cráneo — fisionomía y frenología —) en un particular modo de acción, el crimen.

Fué necesario llenar el claro, comprendiendo en el estudio de la causalidad personal del crimen, tanto la somatología y la fisiología como la psicología, y buscando la otra raíz profunda en el campo social. Nació así la *criminología*, sobre la base de la *antropología criminal* (causas biológicas — físicas y psíquicas —) y de la *sociología criminal* (causas sociales), reforzada luego por la *política criminal* (estudio de los medios de combatir el crimen), de la que es una rama la *penología* (estudio de las penal o política penal). Aceptan esta clasificación, en general, R. Garraud y Paul Cuche, entre otros.

La nueva ciencia criminal venía a ser, para Ferri, una especialidad de la sociología general. Así como la sociología económica, política y jurídica comprende el estudio de la actividad normal del hombre en sociedad, la *sociología criminal* comprendería el estudio de su actividad anormal o patológica, esto es: la *antropología*, la *estadística*, la *prevención* y la *represión*, o sea las causas del delito y los medios de combatirlo.

Para otros la criminología se divide en *etiología* y *clínica* del delito (estudio de sus causas, manifestaciones y evolución), y en *profilaxis* y *terapéutica* del mismo (estudio de los medios, correspondiendo el de los preventivos puros, indirectos y remotos, a la profilaxis, y el de los preventivos mixtos, directos, próximos o represivos, a la terapéutica).



La terapéutica, que trata propiamente del *pronóstico* de la temibilidad específica del delincuente, comprende también el *tratamiento*, al que corresponde la imposición de la pena y su régimen.

Concibo mejor la *criminología* como la ciencia del delito en todos sus aspectos, tanto en el de sus causas, o *etiología criminal*, cuanto en el de los medios de combatirlo, o *política criminal*, tal como se presenta en el n° 10, donde se advierte que el *derecho penal* no es más que un capítulo del grave y complicado *problema criminal*.

Puede decirse que los estudios criminológicos, o derecho criminal dinámico (el derecho progresivo), por oposición al derecho criminal estático (principios filosófico-jurídicos permanentes y leyes vigentes), tuvieron su alborada y su medio día en Italia con sus dos Césares (Beccaria y Lombroso). Se ha dicho — lo repito — que por tres veces los Césares conmovieron al mundo.

Unos y otros, sin embargo, tienden a un fin común, que es la defensa de los intereses sociales contra el crimen, y tienen un común y mismo objeto, o sea el delito y los medios de combatirlo.

d). Entre una y otra escuela tiene su puesto la escuela ecléctica, que es la que actualmente inspira la legislación mundial. De esta *tercera escuela*, llamada *crítica* en Italia, *correcionalista* en Francia e *intermedia o conciliadora* en Alemania, dice Bungue en "El derecho", t. 2º, p. 176, lo siguiente:

"La escuela intermedia ha sido promovida, en todas partes, "por el temor de que se llegase, en la legislación penal, a re-  
"formas bruscas e insuficientemente meditadas que pudieran  
"resultar contraproducentes. Se ha temido que las doctrinas  
"demasiado radicales de la escuela positiva acarreasen serios  
"trastornos a la sociedad. Además, se han atacado las ideas  
"avanzadas de esta escuela, por su espíritu excesivamente sub-  
"jetivo. Se ha dicho, no sin algún fundamento, que no ha res-  
"pondido siempre a la bien entendida utilidad social".

"En punto a método, la escuela intermedia está muy lejos  
"de ser ecléctica, pues sus más señalados partidarios han acep-  
"tado sin restricciones el positivo, y lo han seguido más o me-  
"nos fielmente. Sólo es de notar que han preferido los medios



“de investigación y de razonamiento netamente históricos y jurídicos, y no los antropológicos y estadísticos”.

“Como concepto del delito, la escuela intermedia ha reconocido que éste es un acto ilícito y punible; pero ha agregado a la doctrina positivista la noción normativa del deber moral. Un acto es delictuoso, ante todo, porque viola de manera grave y externa una norma ética. Aunque el origen de ésta sea empírico, el hecho es que la norma existe y que se sigue y respeta por lo común”.

“La parte más vigorosa de la doctrina de la escuela intermedia, singularmente de la alemana, se refiere al concepto de la pena. Todas las escuelas están de acuerdo en que el delito debe castigarse proporcionalmente a su gravedad; sólo divergen en la manera de apreciar esta gravedad. Hânse manifestado siempre al respecto, en la historia del derecho, dos tendencias: 1ª la *realista*, que considera el delito *objetivamente*, según el daño causado o que pudo causar; 2ª la *sintomatista*, que lo considera *subjetivamente*, según la naturaleza e intención de quien lo cometió. La tendencia realista y objetiva se ha observado en el derecho romano antiguo, como expresión de su *materialismo*. Para castigar al delincuente, sólo se tenían en cuenta las circunstancias externas, y principalmente el daño. Más tarde, en el derecho romano, se adoptó una concepción menos empírica, que penaba la intención (*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*). Evolución semejante, de lo puramente objetivo a lo objetivsubjeto, se ha seguido en el derecho germanoalemán”.

“La escuela clásica ha adoptado, para substraer el derecho penal de la arbitrariedad, el criterio objetivo y realista. La positiva, para que la pena sea eficaz y tutelar, el subjetivo y sintomatista. Ahora bien, como forma absoluta, ninguno de ambos criterios es del todo verdadero. Con el realista y objetivo del derecho romano antiguo y de la escuela clásica no se establece muy claramente la distinción entre culpa y dolo, o sea entre cuasi-delito y delito, tampoco se tiene una concepción muy clara de la tentativa, y, además, la doctrina falla cuando se trata de penar la reincidencia. Por otra parte, con el criterio más o menos exclusivamente subjetivo y sintomatista de la escuela positiva, se puede volver a lo ar-

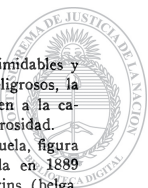


“bitrario, o, por lo menos, se puede llegar a una peligrosa relajación del derecho penal. De todo esto resulta la conveniencia de una solución ecléctica, que, para determinar la pena, tenga igualmente en vista la noción objetiva del daño y la noción subjetiva del hombre”.

“La escuela clásica ha sostenido la doctrina de la pena expiatoria y retributiva (Vergeltungsstrafe). En cambio, la escuela positiva ha profesado la doctrina de la pena finalista (Zweckstrafe). Según la primera de estas escuelas la pena debe mirar a lo pasado, para subsanar la lesión jurídica. Según la segunda, debe mirar a lo futuro, para corregir al delincuente. La escuela intermedia ha llegado en este asunto a la solución ecléctica: la pena debe ajustarse al hecho pasado y también tener presente la utilidad futura. Muy especialmente ha insistido, no sólo en el punto de vista de la correlación del delincuente (tan importante para la escuela positiva), sino también en el de la prevención general (no olvidada por la escuela clásica). De ahí que la pena no ha de ser únicamente retributiva, ni finalista, sino, ante todo, jurídica (*Rechtstrafe*), tomándose esta expresión en un sentido integral”.

“Dentro de la doctrina del delito y la pena, cabe la noción de la responsabilidad atenuada o limitada. En la dilucidación de este punto, fácilmente se llega a la *vexata quaestio* del libre albedrío. Por lo general, los representantes de la escuela intermedia han sido deterministas o contingentistas, estos, han profesado la doctrina de la necesidad relativa. Pero, en última instancia, han propendido a demostrar que el derecho penal puede prescindir de este problema, más metafísico y psicológico que jurídico. Basta con que se admita el principio de la responsabilidad, basado en la conciencia de los actos y en la integridad mental”.

Esta escuela sostiene: en cuanto al objeto de la penalidad, la defensa social; en cuanto al fundamento de la responsabilidad, en general la base moral, aunque con prescindencia del determinismo y el indeterminismo; en cuanto al delito, la preponderancia del factor social sobre el antropológico; en cuanto al delincuente, sus distintas categorías, la inexistencia del criminal nato, y la diferencia entre el criminal y el loco; en



cuanto a la pena, las propiamente tales para los intimidables y las medidas de simple seguridad para los demás peligrosos, la ejemplaridad, y la individualización *judicial* en orden a la categoría del delincuente en grado a su especial peligrosidad.

Como órgano activo y caracterizado de esta escuela, figura la "Unión internacional de derecho penal" fundada en 1889 por Hamel (holandés, profesor de Amsterdam), Prins (belga, profesor de Bruselas) y Liszt (alemán, profesor de Marburgo, Halle y Berlín, sucesivamente), y de cuyo comité central forman parte Garraud (francés) y Foinitzki (ruso), habiendo celebrado congresos en Bruselas (1889), Berna (1890), Crístiania (1891), París (1893), Anvers (1894), Linz (1895), Lisboa (1897), Buda-Pest (1899), San Petersburgo (1902) y Hamburgo (1905).

Tiene esta institución su congénere en el "Instituto americano de derecho criminal y criminología", fundado en Chicago en 1909.

e). Resumiendo lo que queda dicho.

La escuela clásica considera el delito como la obra espontánea del delincuente, quien procede así libremente, porque sí, sin sujeción a motivos determinantes. A lo sumo se reconoce en determinados motivos una influencia relativa en la conducta humana. Es natural entonces que no se preocupe, o se preocupe poco de él, y que en el delito sea el delito mismo, más que el delincuente, el punto interesante.

De todo esto surgen las siguientes consecuencias. Se desconoce las verdaderas causas del delito; éste es un producto individual de orden moral; no se estudia al delincuente; el fundamento de la responsabilidad reposa en el libre albedrío; la función de la pena es retributiva y reintegrante del orden jurídico, y más represiva que preventiva; se deja abandonada la defensa social contra los moralmente irresponsables (dementes, menores...) y contra los peligrosos no delinquentes (alcoholistas, vagos...); el sistema de la penalidad es eminentemente objetivo.

Para la escuela positiva, en cambio, el delito es un producto social (escuela sociológica), a base de causas biológicas, sociales y cósmicas, y representa un síntoma de la temibilidad del delincuente, el que en el problema penal ocupa lugar preferen-

*Escuela clásica*

*Esc. positiva*



te, y es por lo tanto atentamente estudiado. Negándose el libre albedrío, el fundamento de la responsabilidad es la peligrosidad del sujeto, y la penalidad tiende a defender la sociedad y consulta atentamente la personalidad del delincuente, punto de vista individualista que no repugna a su determinismo, que, como se ha dicho ya, no es el fatalismo.

Siendo la pena radicalmente defensiva, son objeto de ella los moralmente irresponsables y aún los no delincuentes, con tal de que sean peligrosos, y considerándose a la sociedad como un organismo y al delincuente como un miembro enfermo del mismo, la pena debe ser curativa. De aquí la sentencia indeterminada para los curables y la eliminación de los incurables, terapéutica consecutiva al diagnóstico y el pronóstico de la temibilidad del delincuente, sobre la base de su clasificación; etc.

Para la escuela intermedia, el delincuente no es todo, pero es un término importantísimo: el delito, aunque un producto social a base del triple sistema de causas expresado, es una violación de carácter ético.

Toma como fundamento de la responsabilidad la voluntad, como manifestación de un estado de conciencia, sea o no el resultado del libre albedrío o de causas determinantes. De aquí que los inconscientes no son objeto de penas sino de medidas de seguridad, y que la función penal sea defensiva en sentido específico y al mismo tiempo restauradora del orden jurídico.

Defensiva en sentido específico, porque obra por coacción psicológica *erga omnes* (mecánica psicológica), y restauradora del orden jurídico alterado, porque obra sobre la opinión de los demás, en concepto de satisfacción dada a la perturbación que el delito produce en los ánimos, despertando el temor y el sentimiento de la necesidad de una sanción de carácter ético (pedagogía social).

Y como no atiende únicamente al delincuente (sistema subjetivo — escuela positiva —), sino que considera al mismo tiempo el delito (sistema objetivo — escuela clásica —), al peligroso no criminal (vago, alcoholista, etc.) o no imputable (delincuente loco, etc.), se le somete a medidas de seguridad, protectoras o tutelares, diferentes (dicen) de las penas.

Esc. Intermedia

7



Vale decir que de la escuela clásica toma el carácter ético del delito, el fundamento moral de la responsabilidad (voluntad, no libre albedrío), la parte objetiva del sistema penal (gravedad del delito) y la parte restauradora de la función de la pena; y que toma de la positiva el método, la parte subjetiva del sistema de la penalidad (temibilidad o grado de peligro que el delincuente representa), y la función defensiva penal, en su sentido específico. Trata, sin embargo, con pena atenuada la tentativa, la complicidad y la semi-responsabilidad, y declara la impunidad del delito objetivamente imposible.

Toma igualmente de ésta las medidas defensivas contra los peligrosos no responsables o no delincuentes, a título de medidas de seguridad, tutelares o protectoras, y la individualización de la pena; aunque no sobre la base de la clasificación del delincuente, pero con carácter terapéutico (eliminación, condena condicional, sentencia indeterminada).

Es, en definitiva, una transacción, un avenimiento de términos antagónicos, más conforme sin embargo con las ciencias naturales y sociales que con la metafísica y la teología; resultado final de la "irrupción de las ciencias naturales en el campo hasta entonces cercado de las ciencias morales y jurídicas".

Dorado dice:

"La ciencia penal se encuentra aún en aquel momento crítico por el cual atraviesan todas las ciencias al constituirse experimentalmente, a saber: en el momento que puede llamarse *analítico*, en aquel momento en que, por hallarse engolfados los investigadores en afirmar las bases *de hecho* de tal ciencia, no han podido, no han sabido o no han querido aún elevarse a las inducciones un tanto generales, y mucho menos a las más generales; a aquellas que son el resultado de la coordinación de un grandísimo número de datos, la compenetración y sistematización de todas las inducciones subordinadas, pertenecientes a campos diversos de exploración. En este estado, los puntos de vista de los individuos suelen ser unilaterales. Mas, como sin la combinación de algún modo en el pensamiento entre los varios órdenes de la realidad no se puede vivir, los investigadores en cuestión hacen lo que Descartes decía que había que hacer en la filosofía: mientras se levanta la nueva casa, servirse de la antigua; mientras se elabo-



“ran las nuevas concepciones penales generales que establez-  
“can la coherencia y la armonía entre los múltiples materia-  
“les acumulados, seguir utilizando las concepciones antiguas.  
“Esta es precisamente la causa de la contradicción inevitable  
“en que caen los que, intentando reconstruir *sobre nuevas ba-*  
“*ses* el edificio del derecho penal, empiezan por dejar en pie  
“los cimientos del edificio antiguo; los que reclaman un con-  
“junto de reformas, cuyo espíritu no puede ser otro que el de  
“la función penal como función *completamente preventiva*, y  
“por ende *buena*, y por otra parte siguen entendiendo que di-  
“cha función no puede por menos de ser exclusiva, predomi-  
“nantemente, o de algún modo *“represiva, mala”*.

En conclusión. El derecho penal atraviesa un período de transición, que se caracteriza por una marcada tendencia a encontrar el punto de equilibrio, a procurar un avenimiento, una conciliación entre los principios que le sirvieron de tradicional fundamento, y los que con tanto ardor y brillo proclamó en oposición la escuela positiva a mediados del próximo pasado siglo.

Lograron los portavoces de la nueva doctrina demostrar lo artificioso de la construcción clásica, no obstante lo cual las exageraciones y los errores en que cayeron los sostenedores de la rama madre, la antropológica, dieron motivo a sus adversarios para restar importancia a sus comprobaciones.

La escuela positiva puso indudablemente de manifiesto el error en que se apoyaba la escuela clásica al tomar como punto de referencia el delito y no al delincuente. En realidad el delito, concepción eminentemente individualista y objetiva del derecho penal, no constituye fundamentalmente el mal o peligro, contra el que tiene que montar la sociedad la máquina defensiva: el delito es un hecho que pasa; es sólo un síntoma de la causa que queda, y la que, por lo tanto, constituye el verdadero mal, el real y positivo peligro social. Y esa causa es la aptitud criminosa del agente, condicionada por el factor biológico, social o telúrico.

Sin apartarse, pues, del punto de vista objetivo, debía atenderse preferentemente el de orden subjetivo: punto de apoyo firme del positivismo.





Resultaba de tal suerte que el derecho clásico se encontraba desarmado frente al reincidente, al delincuente habitual, al criminal de profesión.

Demostraron los innovadores un error más: el del fundamento moral de la responsabilidad. Dejando de lado las razones filosóficas y psicológicas sobre la debatida cuestión del libre arbitrio y el determinismo, probaron que el fundamento moral de la responsabilidad era contradictorio con el punto de vista utilitario del derecho penal, tutelar por excelencia. El poder y la eficacia defensivos de la pena disminuían considerablemente, puesto que quedaban impunes los delitos cometidos por los inconscientes y los que obraban obligados por una impulsión irresistible. Con el agregado de que esos mismos estados, cuando no eran completos, provocaban, consiguiientemente, una atenuación en la penalidad.

Tan manifiesto era el inconveniente, que la escuela clásica tuvo que incluir entre los responsables a los que obran por impulsos, aunque irresistibles, internos; entre los que se encuentran los locos morales, abriendo así una brecha en la solidaridad de los principios proclamados.

Pero junto a esta brecha abierta en el punto de vista subjetivo, se abría otra en el punto de vista objetivo, con la represión del daño posible, del peligro corrido y el temido, y del delito formal, la tentativa y ciertos actos preparatorios elevados a la categoría de delitos perfectos.

Se advierte así, que el sistema que la doctrina positiva intentó derribar era ya un sistema ecléctico. Y de ello se infiere que la llamada escuela intermedia es una casa antigua, que ha venido sufriendo transformaciones consecutivas al progreso de las ideas, por el refuerzo de sus cimientos, modificaciones en su distribución interna y cambio de ornamentación exterior; pero sin variar sus condiciones arquitectónicas fundamentales.

Vale decir que viene trasladando, lenta y progresivamente, los mojones linderos hacia el interior de las ideas hechas, cuyo campo de acción reduce, al mismo tiempo que ensancha el de los nuevos principios. Es una cruz en la que, sobre la misma base, va paulatinamente aumentándose el porcentaje de sangre de origen distinto.



En una palabra. La escuela intermedia, que no es otra cosa que un lugar de concentración de fuerzas conservadoras, hácese de día en día más neopositiva que neoclásica, al darse a la tarea de ir enmendando los errores puestos de manifiesto por la escuela positiva.

Sigue así aparentando atenerse al delito como punto fundamental de referencia, e insiste en imponer pena únicamente al moralmente responsable, lo que sin embargo no le impide adoptar las llamadas medidas de seguridad, contra los irresponsables, los reincidentes, los alcoholistas y los vagos.

No se defiende ya en realidad del delito sino del sujeto peligroso, y no considera peligroso tan sólo al moralmente responsable; pero habla del peligroso como de alguien que no es siempre delincuente, y de pena como cosa distinta de medida de seguridad.

De este carácter fundamental del derecho penal moderno, o sea de su marcada tendencia a procurar la conciliación entre los opuestos principios, derivan otros caracteres secundarios, de una señalada importancia práctica.

Desde luego la sociedad arbitra defensas contra todo individuo cuya peligrosidad sea manifiesta, sea o no moralmente responsable y se considere o no delito, según la fórmula jurídica consagrada, el hecho sintomático de su peligrosidad; la pena deja de ser del todo retributiva para convertirse preferentemente en instrumento de defensa; sin abandonarse el punto de vista objetivo, se tiene muy en vista el de índole subjetiva, al procurarse establecer el grado de temibilidad del agente; para apreciar esa temibilidad, aparte del punto de vista objetivo del hecho y las mil circunstancias del mismo carácter, se atiende muy especialmente a los antecedentes y condiciones personales del agente y a la índole del motivo. Y como estos criterios son ineficaces sin los medios conducentes a hacer efectivo el tratamiento adecuado, los encuentra en la condena condicional, las penas elásticas y paralelas, la sentencia indeterminada, etc.

Corona el mecanismo defensivo, en lo que concierne a las penas de cárcel, el patronato de liberados, puente tendido donde antes se daba el peligroso salto sobre el abismo, entre la vida de reclusión y la reintegración en libertad a la vida de convivencia social.



f). Cabe hacer mención, finalmente, de dos escuelas que, en verdad no tienen por qué figurar por separado, pues son otras tantas escuelas intermedias. Me refiero a las escuelas "Correcionalista" y "Penitenciaria", que toman sus nombres impropriamente, la primera del fin inmediato y principal de la pena y la otra de su régimen.

La escuela correcionalista, cuyas raíces se remontan a Platón, el cristianismo y el derecho canónico, tiene su iniciador en Krausse, sus continuadores en Ahrens y Lucas, y su sistematizador penal en Carlos David Augusto Röeder, profesor de Heidelberg.

Según ella el estado tiene el deber de defender el orden jurídico necesario a la sociedad para su existencia, y debe hacerlo atacando la causa del delito, que reside en la inferioridad del delincuente, cuya voluntad torcida ha de procurar corregir por donde la pena es un bien y no un mal, tanto para el delincuente cuanto para la sociedad, y el método resulta preventivo. A manera de corolarios desaparecen las medidas consideradas inconducentes, como las penas de muerte, cárcel perpetua, azotes, etc., v se atiende a la individualización de la pena con base de duración indeterminada. Si además se considera que la responsabilidad reconoce el fundamento moral, se advierte, que en esta escuela figuran los mismos postulados que en las demás intermedias, y así mismo que corrección y libertad moral no se concilian.

De la escuela penitenciaria cabe decir que es la correcionalista, condicionada por el régimen reformador de la pena de cárcel, a base de su individualización, con sus fuentes lejanas en las prácticas e instituciones establecidas por la religión católica, y luego ampliada por el estudio de los medios preventivos, especialmente en lo que concierne a la condena condicional, la sentencia indeterminada, la libertad condicional, el patronato de liberadas, y demás postulados contemporáneos.

Este punto se relaciona con el n° 188, t. II.

Cabe advertir que fué el filántropo inglés John Howard quien inició la reforma penitenciaria, puede decirse secundado por Bentham, que luego había de alcanzar su más amplio desenvolvimiento en Norte América.



Cabe recordar, así mismo, que se realizaron, con éxito satisfactorio y siempre creciente, los siguientes congresos penitenciarios: Londres (1872), Stokolmo (1878), Roma (1885), San Petersburgo (1890), París (1895), Bruselas (1900), Budapest (1905) y Washington (1910).

g). Casi desahuciado el extremismo positivista y en retirada el convencionalismo clásico, quedan librando la lucha la intermedia europea y la orientación americana del norte. Los norteamericanos son menos espiritualistas, su sistema penal es eminentemente preventivo, sin dejar de ser defensivo, y atiende preferentemente a la reforma: el europeo, sin dejar de ser preventivo, es eminentemente defensivo, y rinde todavía algún culto a ciertos postulados espiritualistas.

h). El derecho penal no cambia fundamentalmente en el dogma socialista. Naturalmente que me refiero al socialismo científico, evolucionista, de Ferri, Zerboglio, Vandervelde, Menger, Deslinieres, Verdes Montenegro, etc., y no al utópico y revolucionario que se aventura a afirmar, paralelamente a la negación del derecho y del estado, que la nueva organización social suprimirá todas las causas de la criminalidad, y por lo tanto no habrá leyes penales ni magistraturas del mismo carácter.

Aquellas, que, sin abandonar el ideal socialistas, no entienden, como Bebel, Turati y Zorli, que la "ruptura radical con las ideas tradicionales", predicadas por Marx y Engels, importa abandonar el campo de las realidades para pensar y actuar en el de las abstracciones y utopías, admiten la necesidad de un código penal, de una magistratura penal, y de establecimientos adecuados para el tratamiento de las penas.

Para ellos, mientras "el hombre no se despoje del hombre", en este pícaro mundo habrá causas biológicas, sociales y físicas de criminalidad, y por lo tanto delitos y delincuentes, y necesidad de códigos, magistrados y establecimientos penales.

Es cierto que son pocos los que han abordado el tema íntegramente, pero basta con la "Sociología criminal" de Ferri, el auténtico y sabio iniciador de esta literatura, y con el "Proyecto de código socialista" de Deslinières.

En principio, los positivistas, repudian el concepto de la responsabilidad moral, y conciben la facultad de represión co-



mo una necesidad de conservación y la finalidad punitiva como una función defensiva, lo que por cierto no es novedoso.

Tratándose del delito, afirman que cambiará en morfología, número e intensidad, como consecuencia de la supresión de las causas sociales, especialmente las económicas y políticas, la que a su vez provocará la disminución de causas biológicas. Esto es indudable, pero tampoco es nuevo, pues ni Darwin ni Tarde descuidaron el punto de vista evolucionista. Así, p. e., disminuirán los delitos contra la propiedad, y figurará en cambio el de ociosidad, que hoy es una falta.

Respecto del delincuente se admite las categorías de natos, locos, por pasión y de ocasión, aunque se espera que disminuirán, sobre todo los dos últimos. No se cree en el delincuente por hábito.

Hay causas de exención de responsabilidad (locura, menor edad, cumplimiento del deber), atenuantes y agravantes, como hay complicidad y encubrimiento; pero la tentativa es reprimida con la pena del delito consumado, lo que no es nuevo.

Entre las penas no figura la de muerte ( lo que tampoco es nuevo), y en general se admite el tratamiento de los delincuentes en manicomios criminales, establecimientos para incorregibles, establecimientos industriales, colonias agrícolas y reformatorios. Vaya todo sin mayor novedad.

En definitiva, debe ponerse en la cuenta del socialismo, propiamente, la disminución y cambio de forma de los delitos con base de causas sociales, económicas y políticas, con el agregado de su mayor esperanza en la eficacia de los medios preventivos, que ya Ferri denominó "sustitutivos penales".

Por más datos puede consultarse "Socialismo y derecho criminal", de A. Navarro de Palencia.

5.—De otros puntos de vista distintos del que aquí se trata, puede verse sobre el delincuente el n° 13, y el cap. XIX t. II.

Queda dicho en los números precedentes, que hasta fines del siglo XVIII el delincuente fué considerado en general igual a los demás hombres, y se creyó que iba al delito por obra de la ciega fatalidad (el fatalismo predestinación) o de su libre determinación.

Es natural que para aquellos que creían en la predestinación o en el libre albedrío, lo único interesante en el delito era



el delito mismo. Por eso el delincuente fué desatendido y se prestó preferente atención al segundo. Como desde luego no había que pensar en evitar lo que era inevitable ni en corregir conductas que eran el producto de un poder superior a toda razón de causalidad, la pena revestía un carácter eminentemente expiatorio y no había para qué ocuparse de medios preventivos.

a). Fué recién con los estudios de psicología debidos a las meditaciones de Descartes (siglo XVII), y continuados y formalizados por Dèspine (1868), Thomson (1870), Maudsley (1873), y otros, que empezó a reconocerse que los criminales no eran iguales a los demás hombres, puesto que del punto de vista psíquico presentaban ciertas anomalías que permitían su separación y clasificación.

Fué también con la aplicación al estudio del delincuente de los antiguos conocimientos sobre fisiognomía y frenología, sistematizados por Gall y Spurzheim, Lauvergne y Lavater, por los cuales se pretendía llegar al conocimiento de las facultades morales, con las que dichos datos se creía guardar estrecha relación; fué con los estudios de patología mental de Pinel y Moral; fué, en fin, con el auxilio del método positivo, que logró formalizarse el estudio del delincuente.

Lombroso, por el estudio y la observación propia sobre centenares de reclusos, sirviéndose de todos esos medios y antecedentes recordados, que ordenó y sistematizó, llegó a la conclusión de que el factor de la delincuencia era de carácter antropológico.

*Lombroso* Para él el criminal presenta tres órdenes de datos fundamentales: morfológicos, fisiológicos y psicológicos. Anotó como datos morfológicos las orejas grandes y en asa, el prognatismo, las mandíbulas y los senos frontales muy desarrollados, el predominio de la cara sobre el cráneo, el cráneo pequeño, la frente estrecha y fugitiva, los brazos más largos que lo común, las órbitas grandes y profundas, el cabello espeso y erizado, el color obscuro, etc. Como datos fisiológicos dió la insensibilidad, el zurdismo o el ambidextrismo, etc. Como datos psíquicos presentó la atrofia del sentido moral, la imprevisión, la ausencia de remordimientos, la vanidad, etc.



Afirmó primero el atavismo, y luego la locura moral y la epilepsia.

Fué muy combatida su doctrina, y sus mismos partidarios y él mismo, en ediciones sucesivas, fueron rectificando muchas inexactitudes y exageraciones, y reduciendo el factor individual a sus justos límites.

Sus adversarios y los que no lo eran, pusieron de manifiesto la exageración de la supuesta concordancia entre los estigmas físicos, las anomalías morfológicas, y las anomalías patológicas de carácter psíquico y congénito.

Esas desviaciones del hombre normal, abstracción ideal de un "tipo primitivo que el espíritu humano se recrea viendo en " su pensamiento como la obra maestra y resumida de la creación", especie de selección al revés por un máquina atrás de la humanidad que emprende una afligente contramarcha, y que sirven de datos sintomáticos para determinar los casos de *degeneración*, entidad patológica elevada a la categoría de teoría por Morel, no han ocupado aún en el campo de la ciencia un lugar indiscutido como signos reveladores de anomalías psíquicas.

Dubuisson, entre otros muchos, contesta esas conclusiones, y aún los mismos sostenedores de la importancia de ese factor antropológico como índice de una ecuación psíquica morbosa, no están de acuerdo.

Puede decirse, en conclusión, que Lombroso, y con él Garófalo, Ferri y otros más, sobre la base de la fisiognomía y de la frenología, anotaron ciertos caracteres físicos y, siguiendo a Despine, determinados caracteres psíquicos del criminal.

El criminal resultaba así un tipo doblemente anormal: anomalía física y anomalía psíquica. Y, como es natural, podía ser por dichos caracteres descubierto. Pero como hubo precipitación, hubo error y rectificaciones de todo orden. En definitiva se llegó a la conclusión de que únicamente algunos de los muchos caracteres anotados eran más frecuentes en el mayor número de criminales, sin que sin embargo faltaran en las personas normales. Otros sólo eran propios de ciertas categorías de delinquentes, y eso no en absoluto.

En general esos caracteres eran los siguientes: en lo físico, la mayor estatura y el mayor peso, las asimetrías y defor-



maciones craneanas, la pequeñez del cráneo y el poco peso del cerebro, la asimetría facial y la preponderancia de la cara sobre el cráneo, frente estrecha y fugitiva, orejas grandes y en asa, poca barba y mucho pelo, pronunciamiento de las cavidades orbitales y de la fovea occipital, pómulos salientes y prognatismo, zurdismo y ambidextrismo, brazos más largos y manos más grandes, daltonismo y estrabismo, insensibilidad, etc.; y en lo psíquico, en general nivel mental y moral inferior, y en particular vanidad, tendencia a la ociosidad y actos deshonestos, ausencia de sentido moral, insensibilidad, incapacidad para el remordimiento, imprevisión, afición al tatuaje y la pintura epidérmica, caló o jerga, etc.

b). En cuanto a la conveniencia de la *clasificación de los delincuentes*, como antecedente de la penalidad y del mismo régimen de las penas de cárcel, punto capital para la escuela positiva, donde germinó la idea, puede decirse aún no se la tiene mayormente en cuenta.

Entre las muchas clasificaciones, más o menos importantes, que se han hecho de los delincuentes, puede recordarse por curiosa la de Lacassagne, que los divide en *frontales* (criminales de pensamiento), *parietales* (de acto) y *occipitales* (instintivos o de sentimiento).

La más aceptada es la de Ferri, que los separa en *natos, locos, habituales, por pasión y de ocasión, o en congénitos y evolutivos.*

Concuerda con esta clasificación la de Lombroso, en *epilépticos, locos morales, natos, por pasión y de ocasión.*

Sea que predomine el factor antropológico o el factor social, es lo cierto que hay que estudiar al delincuente, en el delito, en sus antecedentes y en sus condiciones personales, para saber qué índice de temibilidad representa, y según eso arbitrar la penalidad y su régimen, con un *criterio más subjetivo* que objetivo y con un carácter resueltamente *preventivo.*

La tendencia actual, ávida de innovaciones, se orienta en otros criterios de clasificación, haciendo en el fondo casi siempre una cuestión de palabras. Así es como Alimena habla de *los delincuentes dirigibles e indirigibles (responsables e irresponsables, respectivamente)*, los que no son otra cosa en sustancia que los *congénitos y evolutivos, los readaptables o in-*





*adaptables, corregibles o incorregibles* de otros tantos. Así también Prins y Cuello Calón hablan de *normales y anormales o defectuosos o inferiores, mentales y morales*. El último llama ¡normales! a los evolutivos de Ferri, y anormales a los patológicos (alienados, neurópatas, alcoholistas...), vagos, reincidentes (habituales y profesionales) y menores. Las penas para los primeros, y las medidas de seguridad para los segundos.

Saldaña clasifica a los delincentes, separándolos en dos grupos: los *políticos* y los *no políticos*.

A los políticos (clasificación particular) los separa a su vez en dos grupos: por *pasión y mimetismo*; y cita a los anarquistas, los antigubernistas, los antimilitaristas y los legitimistas.

A los no políticos (clasificación personal), los separa también en dos grupos: punto de vista *objetivo* (estigma físico — anormalidades morfológicas — y estigmas psíquicos — anormalidades funcionales psíquicas —), y punto de ~~vista~~ *ético-psicológico*. Coloca entre los de estigmas físicos a los sanguinarios, los difamadores, los dominadores, los avaros, los lascivos; y entre los de estigmas psíquicos a los violentos y a los fraudulentos. Del punto de vista ético-psicológico los clasifica en *pasionales y habituales*.

Una clasificación de carácter más práctico es la que hace J. C. W. Thyren, en *típicos y atípicos*: para aquéllos las penas, y para éstos las medidas genéricamente llamadas de seguridad.

Forman el grupo de los atípicos los anormales, los crónicos, los agudos, los alcohólicos, los jóvenes, los vagos y los nobles, o sea los que obran por móviles respetables y para quienes se aconseja la *custodia honesta*.

X Los delincentes *natos* se caracterizarían en lo físico por se ambidextros, por tener asimetría craneana y facial, frente fugitiva, mandíbulas exageradas, orejas en asa, inferior capacidad craneana, y por su insensibilidad, etc.; y en lo moral por ausencia de sentido moral e imprevisión. Son delincentes hereditarios y no readaptables.

Los delincentes de *ocasión* se distinguen por ser individuos propensos, sin frenos inhibitorios en relación con las influencias ambientales, y sin previsión de las consecuencias que sus actos generan, pero readaptables.



Los delinquentes por hábito son individuos débiles de espíritu que sufren la influencia del medio. La delincuencia contra la propiedad los cuenta en gran proporción, y son socialmente inadaptables.

Los delinquentes por pasión son delinquentes de sangre, que obran a impulsos de móviles que no guardan proporción con el delito. Son de temperamento sanguíneo o nervioso, exageradamente sensibles y fácilmente readaptables.

En cuanto a los *locos*, las subclasificaciones son numerosas. Son hereditarios o evolutivos, permanentes o transitorios, mentales o morales, etc. Quedan comprendidos entre los alienados, los idiotas, los imbeciles, los epilépticos y los fronterizos, sujetos éstos que ocupan una zona intermedia entre los manifestamente anormales y los normales, y a cuyo respecto la *psiquiatría* ha adelantado conclusiones, aún en discusión bajo el aspecto de la responsabilidad penal.

Bajo otros aspectos, puede verse el nº 13 y el capítulo XIX.

6.—Si el individuo tiene la facultad incontestada e incontestable de tomar las providencias conducentes a la satisfacción de las necesidades a que está sometido como ser viviente con un fin que llenar en el concierto universal, la sociedad ha gozado siempre de idéntica facultad, por nadie desconocida, en orden a las necesidades de su propia existencia.

No es pues la facultad de reprimir ciertos actos nocivos a su conservación lo que haya dado lugar a dudas, sino el fundamento de dicho poder.

Es acerca de este punto que las opiniones más encontradas han tomado plaza en el terreno de la controversia, dando lugar a que se formularan teorías más o menos autorizadas, con más sólidas o más deleznablez razones.

Pueden todas, sin embargo, reducirse a cuatro grupos principales, que son los siguientes: teorías *morales* o subjetivas; teorías *contractuales* o jurídicas; teorías *utilitarias* u objetivas; teorías *eclecticas*.

El sistema moral retributivo, sostenido por Kant, y llamado de la justicia absoluta, funda el derecho de imponer penas en un principio de moral a base de libre albedrío, según el cual, a la idea del bien o del mal corresponde la retribución del premio o del castigo.



En este sistema, que alentó el derecho penal hasta fines del siglo XVIII, la pena es un castigo, inspirado por un espíritu de repulsión al delito y de odio y venganza contra el delincuente, y es considerada un fin más que un medio.

Este sistema, levantado sobre un fundamento eminentemente metafísico, podría explicar por qué el delincuente debe responder de su delito, pero no es suficiente a explicar la razón de la facultad que asiste a la sociedad para imponerle una pena.

En él se pierde de vista la utilidad social y la prevención del delito: se *castiga* por puro espíritu de *justicia; quia peccatum*.

El *sistema contractual* preconizado por Rousseau, y con él Montequieu, Beccaria, Fouillee, etc., explica el fundamento del derecho penal por un convenio formalizado entre los miembros de la sociedad, por el cual confirieron a ésta el poder que ellos individualmente tenían de proveer a la defensa de sus intereses, haciendo a la vez renuncia del ejercicio de sus derechos, en cuanto su limitación pudiera ser útil a la conservación del orden, y se comprometieron a respetar y cumplir las sanciones que se impusieron en consecuencia. Este sistema, basado en un contrato sin comprobación histórica, adolece del grave defecto de dar a la existencia de la sociedad un origen convencional inaceptable, y que sólo podría obligar a los que en él intervinieron.

El *sistema utilitario* de Bentham, y con él Stuart Mill y Spencer, funda el derecho penal en la necesidad de mantener las condiciones de existencia social, como un arbitrio extremo en razón de la insuficiencia de los medios ordinarios contra aquellas lesiones que la comprometen poniéndola en peligro. Se reprocha a este sistema el olvido en que echa el punto de vista subjetivo, y el riesgo de que, al consultar únicamente el interés de la conservación social, se caiga en la injusticia de emplear penas demasiado severas. Encuadra en este sistema la teoría positiva del deber social de propia conservación. Repime *ne peccetur*, es defensiva.

Finalmente, el *sistema ecléctico*, combinación del moral y del utilitario, sirve de fundamento a la legislación penal moderna. Uno de los fundamentos según este sistema es el de la justicia absoluta, basado en la responsabilidad moral del agen-



te, que es el que legitima la represión, siendo el otro el de la utilidad social, o necesidad en que toda sociedad se encuentra de emplear la penalidad como medio de mantener el orden, que es lo que legitima su ejercicio. *Quia peccatum et ne peccetur*.

7.—En la lucha secular contra la delincuencia, el derecho penal es sólo un término en el grave y complicado problema, pues ataca el mal únicamente en sus manifestaciones. Prohíbe el hecho bajo pena, con lo que advierte en la amenaza de la imposición del mal que la pena implica; y, una vez cometido el delito, hace efectiva la amenaza, con lo que procura, o regenerar al culpable (si no es un inadaptable) o su eliminación, y al mismo tiempo ofrece a los demás una saludable y más enérgica advertencia (ejemplaridad que refuerza la fuerza intimidante de la pena en su actividad estática). La prevención es de tal suerte general en los casos primero y último, y especial en el segundo; pero en forma represiva y sólo con relación a un punto de vista del delito, su manifestación.

La *represión* es, pues, un medio de luchar contra el crimen sólo de relativa eficacia, pero insustituible, por cuanto el delito es el resultado de las cosas y sus anormalidades, tan sólo susceptibles de corregirse mas no de destruirse. Su eficacia depende de la bondad del sistema que se adopte.

El sistema represivo del código obedece, en términos generales y a la manera de los códigos y proyectos modernos, a los principios reguladores de la ciencia criminal en lo pertinente.

Las bases son las siguientes: a) determinación de los hechos punibles; b) adopción de medidas defensivas; c) fijación de normas de adaptación de esas medidas a los fines defensivos de prevención y seguridad social que constituyen su objeto; d) conciliación entre el interés social y el particular del delincuente.

Base a). El código, en doce títulos de su libro segundo, especifica los hechos punibles y las condiciones constructivas propias de cada infracción, en una clasificación informada de un criterio eminentemente objetivo, cual es el de la calidad del interés o bien jurídico atacado.

Base b). Adopta un sistema de penas para los moralmente imputables, y medidas genéricamente llamadas de seguridad



para los menores y los inimputables. Entre las primeras figuran la reclusión, la prisión, la inhabilitación y la multa, y entre las segundas el tratamiento especial para menores e irresponsables, en establecimientos adecuados.

Como el delincuente puede ser considerado corregible o no, algunas medidas tienden a consultar exclusivamente la seguridad social (eliminación o innocuización), en tanto que otras se dirigen a promover la reforma o readaptación, apartando los motivos determinantes y asegurando al mismo tiempo la eficacia del tratamiento mediante el encierro, eliminación o segregación del sujeto.

Base c). Prescindiendo, para mayor simplicidad, de la división de las medidas defensivas en penas y medidas de seguridad, puede separarse las normas de adaptación de las mismas a los fines que le son propios, que el código establece, en dos grupos: las que se refieren a la *aplicación* (A) y las que se relacionan con su *cumplimiento* (B).

Las del primero (*aplicación*), se subdivide en otros dos: los *medios* y los *criterios*.

Mas como el conjunto de estas normas tienden a adaptar la pena a sus fines según un doble concepto, el legislativo y el judicial, resulta que se impone una nueva separación, de este punto de vista, en *legislativas* y *judiciales*.

A. (*Aplicación*). Los medios legislativos de adaptación de la pena consisten, en la determinación de su calidad y su cantidad (máximo y mínimo) en cada caso, y los judiciales en: penas paralelas o alternativas, condena condicional y elasticidad de las penas.

Los *criterios legislativos* están constituidos por la evaluación abstracta de la gravedad subjetiva y objetiva de la infracción, según su cantidad política y natural (interés herido, consumación, tentativa) y el grado de peligrosidad del sujeto (participación, dolo, culpa, circunstancias atenuantes y agravantes calificativas); los *judiciales* consisten en esa misma evaluación concreta objetiva y subjetiva, en la cantidad natural, y en el grado de peligrosidad del sujeto demostrada particularmente por sus antecedentes, condiciones personales y demás circunstancias particulares del caso.



B. (*Cumplimiento*). En este punto las normas de adaptación de la pena consisten en el régimen carcelario (seguridad, disciplina, trabajo útil, educación, instrucción) y la libertad condicional.

La adaptación de las penas a los fines de prevención y seguridad social (punto de vista colectivo u objetivo), consulta en primer término la adaptación personal del delincuente (punto de vista individual, subjetivo).

Base d). Así como en principio todo sistema represivo procura la conciliación de los puntos de vista subjetivo y objetivo como fundamento de la represión, en la adaptación de la pena se concilia el interés social y el respeto debido a la personalidad humana (colectivismo e individualismo).

De aquí la eliminación de las penas de muerte, torturantes y afrentosas, las severidades de régimen innecesarias (art. 18 de la constitución), y los mínimos y máximos de las penas divisibles.

Se advierte, finalmente, que en la base a) predomina el punto de vista objetivo, mientras que en la base c) predomina el subjetivo.

Aunque por mucho tiempo se consideró que era la ley penal el único medio eficaz de que podía y debía disponerse para combatir la delincuencia, con el progreso de las ideas se llegó a reconocer que existían otros medios, acaso más convenientes, sobre lo que al presente no existe desacuerdo, dado que el delito no es más que un resultado, y lo lógico es buscar sus causas y arbitrar los medios de extirparlas, que es el otro punto de vista de la lucha contra la delincuencia, o prevención pura o propiamente dicha.

Dice Pessina: “La *prevención* es el conjunto de aquellos “medios que pone en práctica la sociedad humana para obtener, “en lo posible, que todos libremente rindan tributo a los principios del Derecho. Evitar los impulsos a delinquir, prevenir su eficacia por medio de instituciones encaminadas a la “educación individual y social del hombre, es prevenir el delito y luchar contra él, atacándolo en su raíz. Difundir la “cultura y robustecer el sentido moral, procurar en lo posible la satisfacción de las legítimas necesidades del individuo “ha podido agregar otros), son medios eficacísimos para que



“ el hombre se determine, no a delinquir sino a vivir según las exigencias de lo justo. Pero todos estos medios no pueden cumplir por entero su propio fin; no obstante su eficacia, el delito aparece, y así radica en las enfermedades morales del género humano...; y por eso, la lucha por el derecho, ante la aparición de estos hechos, debe adoptar una forma distinta de la prevención, aunque a su vez sirva también como prevención para lo futuro...”

Cuáles son esos medios nos lo dirán las causas del delito, toda vez que aquellos deben conformarse a la naturaleza de éstas, siendo el estudio de unos y otras materia de la ciencia criminal, ciencia que, cuando se ocupa de las causas del delito se llama *etiología criminal*, y cuando de los medios de suprimirlos *política criminal*.

8.—Dos son los grupos principales en que se dividen los factores del delito: los *endógenos* y los *exógenos*.

El primer grupo comprende los factores *individuales* y el segundo se subdivide en factores *físicos* y *sociales*.

Factores *individuales* o antropológicos, son las anomalías orgánicas, fisiológicas y psíquicas, el sexo, la edad, el estado civil, la clase social, la profesión, la instrucción, la educación, la raza; *físicos*, el clima la temperatura, la extensión territorial y la naturaleza del suelo; *sociales* el régimen político, económico y familiar, el alcoholismo, la vagancia, la infancia abandonada, la densidad de la población (Ferri). Y bien: parece indiscutible que ninguno de estos grupos tiene influencia exclusiva en la criminalidad, y que ésta puede ser provocada con preferencia por una clase de factor en un caso y por otra en otros, o que más propiamente obran conjuntamente, aún cuando es incontestable el predominio del factor social en el mayor número de casos.

Tarde, que asigna gran importancia al factor social, introduce en él la noción del mimetismo.

El adelanto científico que cundió con el empleo de los métodos positivos, hizo que se prestase atención preferente al estudio de las causas del delito; no para destruirlo, porque, como dice Ferri, en la naturaleza hay anomalías constantes, sino para disminuirlo.



La necesidad de estudiar esas causas fué presentada por Platón e insinuada por Beccaria, cuyas advertencias fueron sintetizadas por Romagnosi en su "Génesis del derecho penal", donde las fijaba en la falta de subsistencia, de educación, de vigilancia y de justicia.

La manera de estudiarlas consiste en la observación de los hechos mediante la estadística, a la que tanta importancia diera Quetelet, al punto de llegar a afirmar que podía anticiparse el número y la clase de delitos que se cometería en un lugar determinado, año por año.

Es la estadística, como dice Garraud, más que una ciencia independiente, un método, del que no hay que usar aisladamente, y cuyos datos hay que estudiar con espíritu agudo y comprensivo, sino se quiere caer en el riesgo de errar.

Bien entendido que ha de tratarse de estadísticas bien organizadas y completas. Así no bastará con las de policía, sino que serán necesarias preferentemente las de los tribunales de justicia, y será menester que registren datos físicos y personales completos, que sean comparados con los de otros lugares, y que las condiciones sociales sean perfectamente conocidas.

Nosotros carecemos de estadísticas judiciales, y sólo puede contarse con una que otra de policía.

9.—Contra el factor individual poco puede hacer la política criminal, si no es producir la selección artificial preconizada por Galton y Garófalo, consistente en la esterilización y en ciertas incapacidades, como por ejemplo para contraer matrimonio, o en la eliminación, que puede operarse por la muerte o la reclusión perpetua. La lucha contra el factor físico ofrece análogas dificultades, y es únicamente contra el factor social que puede montarse todo un sistema preventivo eficaz, que en sus lineamientos generales comprende: la mejora de la legislación y el régimen económico; la organización de una buena justicia y de una igualmente buena policía; la adopción de medidas tendientes a combatir el alcoholismo, la vagancia, la mendicidad, la infancia abandonada y la prostitución; la ampliación y mejora de la educación y de la instrucción; el establecimiento de regímenes penales y carcelarios reformadores, etc.

Ahora bien, los *medios* que utiliza la política criminal en la lucha incesante contra el delito, son, como se ha dicho, de





dos clases: o son *preventivos* en absoluto, indirectos (sustitutivos penales de Ferri), o lo son en modo relativo (las penas, penología), directos.

Son medios preventivos absolutos o indirectos, aquellos que no toman parte de la penalidad, y medios preventivos en modo relativo o directos, aquellos que de cualquier modo forman parte del mecanismo penal.

El derecho penal, pues, o legislación penal, viene a representar en la lucha contra la delincuencia la parte represiva o prevención sintomática y terapéutica del mal, por oposición a la prevención propiamente tal o de las causas o fuentes del delito, o tratamiento radical y profiláctico.

La prevención era ya aconsejada, aunque en forma deficiente, por Platón, Beccaria, Quedelet y Romagnosi, y fué recién con los estudios sobre los factores del delito que se advirtió sus remedios.

Los *substitutivos penales* de Ferri, criticados como tales por Garófalo, Tarde y Aramburo, son de orden económico, político, legislativo, administrativo, religioso, familiar y educativo.

Se destacan entre los aconsejados el referente al sistema tributario, al alcoholismo, el respeto por las libertades públicas, la legislación previsor testaméntaria y de bancarrota, la supresión de los conventos y del celibato eclesiástico, la admisión del divorcio, la prohibición del matrimonio a ciertas personas, la reglamentación de la prostitución, la abolición de espectáculos atroces y de las casas de juego, la educación de la infancia abandonada, etc.

Las leyes prohibitivas de matrimonios inconvenientes o antisociales, con fines de profilaxia social o higienización de la raza (eugenética), tanto con relación a ciertos delinquentes cuanto a los dementes, tarados, enfermos, etc., son comunes en Estados Unidos, y no son pocos los estados que, con idéntico propósito, tienen adoptadas leyes de asexualización o esterilización. Este sistema hizo una infructuosa tentativa en Suiza y ha dado lugar a la presentación de un proyecto en Cuba, en 1914.

La comisión del senado tomándola del proyecto suizo, y teniendo además en cuenta las conclusiones sobre esterilización de los delinquentes del VII congreso de antropología cri-



minal celebrado en Colonia el año 1911, como así mismo que en trece estados de Norte América se ha dictado leyes relativas a esa materia, introdujo la reforma del art. 86 inc. 2º, por la que se exime de pena al médico diplomado que hace abortar a una mujer, cuyo embarazo proviene de una violación o de un incesto, con el consentimiento de ella, o de su representante legal si fuere idiota o demente. La misma, y también tomándolo de dicho proyecto, ha impuesto al liberado condicionalmente la prohibición de las bebidas alcohólicas (art. 13 inc. 5º).

Entre la represión y la prevención indirecta, existe una zona en la que actúan individuos que, sin ser peligrosos por sus delitos, lo son por sus particulares condiciones personales, como son los vagos, los alcoholistas, los anormales, etc., y contra los cuales es forzoso adoptar medidas preventivas.

Si estos mismos sujetos se demuestran peligrosos delinquiendo, las medidas que se tome contra ellos, sin perjuicio de la pena respectiva, podrán revestir este carácter, aunque a título de accesorias o complementarias. Pero en el caso contrario no, según lo reconoce Prins, quien no obstante afirmar la necesidad de precaverse contra todo peligroso y fundar en esta peligrosidad la responsabilidad penal, entiende que en tal caso las llamadas *medidas de seguridad* (ver t. II. nº 182) son extrañas a la materia del derecho penal propiamente tal.

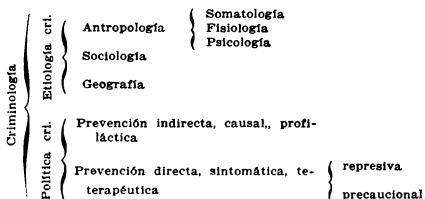
Como las medidas que contra ellos se adopte, no reconocen como motivo inmediato ni efectivo el delito sino su peligro, participan de uno de los caracteres de la prevención indirecta; pero como al mismo tiempo obran sobre el sujeto individual y concretamente, participan a la vez de uno de los caracteres de la prevención directa, de suerte que en realidad se trata de una prevención de tipo intermedio, llamada a figurar más propiamente como una subclasificación de la prevención directa, a saber: represiva (las penas a los delincuentes) y precaucional (anormales, vagos, alcoholistas, etc., peligrosos no delincuentes).

10.—La ciencia del delito implica el estudio, conocimiento y tratamiento del mismo bajo todos sus aspectos, y en este sentido amplio y complejo corresponde denominarla *criminología*, y dividirla en *etiología* (estudio de las causas) y *política* (estudio de los medios de combatirlo).



La etiología comprende la *antropología* (causas individuales), *sociología* (id sociales) y *geografía* (id físicas). La política se ocupa de la *prevención* del delito, la que puede ser *indirecta* (profilaxis) y *directa* (terapéutica), la que a su vez es *represiva* (penología) y *precaucional*.

Se observa, desde luego, que el *derecho penal* propiamente dicho, constituye tan sólo un capítulo en el vasto y complicado *problema del delito*.



“Se puede hablar de una política como ciencia, escribe Jiménez de Azúa, en cuanto indica el camino, y como arte, cuando le sigue. El fin y los medios. La política criminal trata del fin en los medios; la política penal de los medios como fin. La primera estudia el delito profilácticamente y los medios (penas y medidas) para combatirlo y prevenirle, sólo en vista de ese fin; mientras la otra entiende sólo de medios represivos (penas), valorados como medios”.

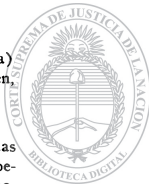
Liszt a su vez define la política criminal como el “contenido sistemático de principios (garantidos por la investiga-

“ción científica de las causas del delito y la eficacia de la pena)  
“según los cuales el Estado dirige la lucha contra el crimen,  
“por medio de la pena y de sus medidas afines”.

Puede verse lo dicho en el n° 4, letra a).

\*11.—Son ciencias auxiliares del derecho penal todas las que alguna relación guardan con el delito, el delincuente y la pena, y en ese concepto lo son la sociología criminal, la antropología, la psicología, la psiquiatría, la estadística, la penología y la medicina legal.

---





## SECCION SEGUNDA

### DEL DELITO

### CAPITULO III

#### Consideraciones generales



12. — a) Distintos aspectos bajo los cuales puede considerarse el delito: etimología de la palabra "delito" y su preferencia sobre el vocablo "crimen", etiología, concepto, definición, sujetos, estructura, morfología y consecuencias. b) Etimología. c) Concepto: natural y jurídico. d) Definición y examen de sus términos. La acción y la omisión. Legalidad de los delitos y las penas. La voluntad. El vicio y el pecado. La moral, la opinión pública y la ley. e) Conclusión. Nueva tendencia según Dorado. 13. — Sujetos activo y pasivo. La capacidad física y la moral. Las personas incapaces y las jurídicas. 14. — Estructura del delito: elementos. Materia con que se relaciona cada elemento. Punto de convergencia con las circunstancias. 15. — Circunstancias. 16. — Consecuencias del delito. 17. — Del daño o consecuencias objetivas. 18. — De las consecuencias subjetivas o legales. 19. — Del delito y la falta. Concepto y distinción. Facultad de legislar sobre ella.

12.—a). Puede el delito ser considerado bajo distintos aspectos: etimológicamente, y en su etiología, definición, sujetos, estructura, morfología y consecuencias.

Estudiadas las causas del delito (etiología) en el número 8, y su morfología (grados de realización, circunstancias y clasificación) en los capítulos IV, y XVI y XVIII del t. II, en el presente se estudia los otros aspectos, aunque algunos de ellos, como los del sujeto activo y las circunstancias, sólo del punto de vista no estudiado en el número 5 y el 103 del t II.

b). *Delito* viene de *delinquere*, que significa abandono de la norma, concepto al que responde el de corrección, de *corrigere*, palabra que denota la idea de volver a la norma abandonada: todo, como escribe Ortolán, a la manera de la figura



geométrica línea recta, que constituye la menor distancia entre dos puntos, o trayecto *derecho*, que es el que resulta de seguir la dirección del instrumento llamado *regla*, equivalente en uso jurídico a norma o ley.

Sinónimo de delito es el término *crimen*, de alcance más restringido en el uso corriente, desde que la difundida división tripartita de la infracción, según el derecho francés, en crimen, delito y contravención, ha reducido la limitación de su concepto a los delitos de cierta gravedad, pero que empleado en su acepción lata se presta lo mismo a la formación de los vocablos correspondientes a los derivados del término delito (delincuencia, delincuente, delictuoso, etc.), y además a la de la palabra *criminología*, que no tiene equivalente sobre la base del vocablo delito. Es este, sin embargo, el término que adopta la ley, y con ella de preferencia el foro, la magistratura y el libro.

c). El delito, que con el delincuente y la pena constituye la materia del derecho penal, ha sido siempre un hecho del hombre en su vida de relación, y por lo tanto un producto social, nacido de una incompatibilidad, oposición o contradicción entre la conducta individual y el interés colectivo, de tal naturaleza, que haga necesaria la acción defensiva del estado por medio de medidas adecuadas llamadas penas.

Considerado así el delito, como producto o *fenómeno social*, algunos escritores lo han estudiado bajo un aspecto que Garófalo llama *natural*, puesto que correspondería a todos aquellos actos que, en todo tiempo y en todo lugar, y con arreglo a conceptos universalmente consagrados, revisten carácter delictuoso, independientemente de los sistemas jurídicos.

La utilidad de este esfuerzo, que sería de alta estima en el sentido de la unificación de la legislación penal comparada, no ha sido puesta aun de manifiesto, por la insalvable dificultad que han encontrado para ponerse de acuerdo los que lo han intentado.

Esta dificultad para llegar al terreno de las realidades por el camino de las abstracciones, nace de la imposibilidad de someter a un patrón común, las nociones de moral, de derecho y de utilidad de los distintos agregados sociales, sin consideración a los factores tiempo y espacio. Esas nociones y las necesidades sociales, “obedecen, como dice Garraud, a la ley de



“la evolución, y se transforman bajo la influencia de la civilización. En cada época y en cada país, la mayoría, o el Estado “que la representa, tiene un concepto particular de las condiciones fundamentales de la vida social”.

Es así como en otro tiempo fueron penados los animales y hasta las cosas inanimadas, y fué el homicidio tolerado y hasta impuesto como un deber filial; es también así como a veces fueron más severamente reprimidos los delitos contra la religión o de carácter político; es así, finalmente, como a muchos delitos han venido a substituir otros hasta entonces ni siquiera sospechados.

Por vía de simple ilustración, por consiguiente, mencionaré las más conocidas de las definiciones que del delito como fenómeno social, o sea de su punto de vista natural, han dado los autores.

La más acreditada por ventura, acaso porque coloca la noción del delito en el terreno de las realidades humanas, y por lo mismo se aproxima más a la que le corresponde de su punto de vista positivo, es la que da Rossi al definirlo como “el quebrantamiento de un deber con la sociedad o los individuos, “requerible de suyo y útil a la conservación del orden político; de un deber cuyo cumplimiento no pueda afianzarse sino “por la sanción penal, y cuya infracción pueda ser apreciada “por la justicia humana”.

Garófalo, abandonando el examen por el lado de la naturaleza del acto y de las nociones de derecho y de utilidad social, y orientándose en la dirección de los sentimientos, luego de descartar los de orden superior, tan sólo propios de espíritus selectos, como el del honor y el del pudor, y los no comunes, como el patriótico y el religioso, concluye en que los únicos sentimientos altruistas fundamentales comunes son los de probidad y piedad negativa, y define el delito natural como la lesión de aquella parte del sentido moral consistente en esos sentimientos, a lo que agrega que, “Es necesario que la violación no “recaiga sobre la parte superior más delicada de esos sentimientos, sino sobre la medida media en que son poseídos por “una comunidad, y que es indispensable para la adaptación del “individuo a la sociedad”.





Baste decir que el mismo Garófalo reconoce que su definición es insuficiente, como que en realidad sólo comprende los atentados contra la vida, la salud, la honestidad, la propiedad, la fe pública y unos pocos más.

Para terminar citaré a Tarde, para quien “el delito consiste en la violación de aquellos dogmas sociales respecto de los cuales el organismo social se encuentra más encariñado en cada momento de la existencia”, definición igualmente insuficiente del punto de vista natural de que se trata.

En contraposición a esta manera de considerar el delito, existe la de estudiarlo en su concepto de fenómeno social, sí, pero en su aspecto jurídico, o, lo que es lo mismo, de su punto de vista *legal*; el único razonable, por lo demás, dado que el delito fué y será siempre un fenómeno social de carácter jurídico, fijado como tal en las normas reguladoras de la vida de relación, y únicamente a ese título reprimido y estudiado en cada época y en cada lugar, como que sin el peligro que para las condiciones de la vida colectiva representa, y sin la necesidad, por consiguiente, de conjurarlo, ni el delito ni su represión tendrían razón de ser.

d). El delito, así considerado, puede definirse como lo definía el código derogado, y como, palabra más o menos, lo definen aún algunos otros: “es la acción u omisión penada por la ley”, Esta definición se halla implícitamente dada por el art. 18 de la constitución y la reproduce el art. 1072 del código civil, concordado con el 1066 y el 1067: el código no lo define, por cierto muy sabiamente.

Cabe hacer notar: que la definición que del delito daba el código derogado, fué suprimida por considerársela inconducente, aunque virtualmente quedó comprendida en su art. 46, que son los menos los códigos que lo definen, entre los que figuran el español, el portugués, el chileno, el peruano, etc., y, finalmente, que el único de nuestros proyectos que lo ha definido ha sido el intermedio, que lo definía como “la infracción voluntaria de la ley penal”.

Merkel lo define como una “acción u omisión prohibida por el Estado bajo la amenaza de una pena, por ser incompatible con determinados intereses sociales”.



Esta definición precisa con toda claridad las condiciones del delito en sus múltiples aspectos.

Así, cuando empieza definiéndolo como una *acción u omisión* (pudo decir simplemente un acto, puesto que el concepto de acto denota la doble modalidad de la actividad individual; positiva, en forma de acción, o negativa, en forma de inacción u omisión), fija en primer lugar como una de sus condiciones su manifestación física o material. El delito, por lo tanto, debe manifestarse en forma material, física, externa o endógena, de tal manera que pueda caer bajo la acción de nuestros sentidos. De aquí que queden excluidas las meras voliciones, los meros pensamientos: porque los bienes jurídicos sociales y particulares, cuya tutela se propone el derecho penal, no pueden ser comprometidos sino por transformaciones, que ni el pensamiento ni la resolución son capaces de operar por sí solos.

El delito de omisión, por lo demás, no sólo es la excepción, como ya se ha dicho, puesto que la ley penal se caracteriza por ser prohibitiva y no imperativa, sino que implica en principio la inejecución de un deber legal. Son así delitos de omisión, no votar, no enrolarse, no hacer la conscripción, ciertos casos de encubrimiento, etc., “Hacer lo que prohíben y *no hacer lo que mandan las leyes...*”, decía el código 3 brumario, año IV.

Son estos los llamados con propiedad delitos negativos o de omisión, y se caracterizan por la omisión de un deber legal, omisión que por sí misma constituye delito. No hay, pues, que confundirlos con aquellos delitos, como p. e. el de homicidio, en el que la inacción desempeña el papel tan sólo de medio, y en los que, no obstante ella, el delito puede no realizarse.

Puede verse los arts. 108, 235, 242, 243, 248, 249, 250, 264, 270, 273, 274, 277 y 281.

Parecido al de omisión, es el de abandono del cargo, del que se tiene dos ejemplos en los arts. 195 y 252.

Otra condición, que en la definición en examen no se expresa, por la razón de que los actos del hombre se presume voluntarios, pero que por lo mismo va implícita, es la de la voluntariedad de la acción o la omisión. El código portugués y los españoles desde 1848, la enuncian expresamente, lo mismo que el código civil en el art. 1072.



Pues bien; esta condición que nos presenta el delito en su aspecto moral, hasta hoy acogida en la legislación (exclúyela el proyecto italiano), excluye de la calificación delictuosa todos aquellos actos practicados sin voluntad, ya sea por falta de discernimiento o porque son el resultado de coacciones irresistibles.

Los actos realizados sin discernimiento o sin libertad, van siendo actualmente objeto de las llamadas medidas de seguridad de las que se trata en el n° 173, t. II, con lo que se establece una dualidad de concepto, atacada como ficticia por unos y defendida como real por otros, sobre las medidas de defensa adoptadas por la sociedad contra los que violan sus leyes, pues se reserva la denominación de penas a las que se aplica a los que obran consciente y libremente, que resultan de tal suerte los únicos delincuentes (los imputables o responsables). En este sentido el delito es la oposición entre la *voluntad* individual y la colectiva, en tanto que en el de los positivistas, sería esa oposición entre la *conducta* individual y los intereses colectivos.

Establece luego la definición un elemento más del delito, al decir *prohibida por el Estado bajo la amenaza de una pena*: es el elemento legal, la ley penal violada. No hay delito, por lo tanto, sin una ley anterior que lo determine y le fije una pena, lo que con otras palabras está dicho por la constitución en su art. 18. Son además de estricta aplicación, los arts. 1066 y 1071 del código civil.

Es en este sentido que se dice que los delitos y las penas son legales, es en este sentido que se habla de la legalidad de los delitos y de las penas, y ello excluye la posibilidad de que, por medio de una interpretación analógica o extensiva de la ley penal, los jueces creen delitos y penas, como en los tiempos de las penas arbitrarias, abolidas desde la revolución francesa.

Y termina la definición agregando que la acción u omisión sea prohibida por ser incompatible con determinados intereses sociales, con lo que se presenta al delito en su aspecto jurídico, o sea el de los derechos individuales y sociales bajo la tutela de la ley y heridos por el delincuente.

Este aspecto del delito, que es el verdaderamente objetivo, puesto que lo que se propone el delincuente no es violar la ley



que protege los derechos sino los derechos tutelados por la ley, prácticamente se confunde y unifica con el elemento legal. De aquí que el elemento legal y el jurídico constituyan un solo elemento.

Esta condición de los intereses sociales afectados, excluye en general el vicio y el pecado, porque dichos intereses nada tienen de común con la moral individual (deberes consigo mismo) y la religiosa (deberes con la divinidad); se relacionan únicamente con la moral social.

Acontece sin embargo, respecto de la correlación entre el delito y los intereses sociales, que no siempre el concepto que el legislador se ha formado sobre la inmoralidad o la inconveniencia de ciertos actos, corresponde al que sobre el particular tiene la opinión pública. Puede citarse como ejemplos el duelo y los movimientos subversivos de carácter político. Hay siempre delitos, que estando en la ley no están en la opinión y v. v. e). En conclusión.

No puede considerarse al delito sino como una entidad o realidad jurídica, sin vida fuera de la órbita del derecho.

La ley crea el delito; y como la ley es la expresión de los intereses sociales, y éstos son contingentes y variables en el tiempo y el espacio, no es posible considerar el delito como una abstracción, definiéndolo con prescindencia de la ley.

A lo sumo es posible fijar ciertos caracteres generales, como los expresados en el primer párrafo, pero siempre con relación a determinadas condiciones de lugar y tiempo. Los demás caracteres no son constantes.

No hay, pues, delito natural: únicamente hay delito legal (en el sentido de existir en virtud de la ley).

Mas como es esta una cuestión que se vincula a la relativa a las *fuentes del derecho penal*, punto del que se trata en el nº 29, y, como hace ver Dorado en "Problemas de derecho penal", se insinúa la tendencia a equiparar a ese respecto el derecho penal al civil, de tal manera que, abandonándose la vieja máxima *nullum delictum sine lege, nulla poena sine lege*, dejaría la ley escrita de ser, como lo es hoy, la única fuente del primero, para encontrarse confundida con la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, etc., puede verse allí lo concerniente a la tendencia expresada, y a la po-



sibilidad por lo tanto, de considerarse el delito fuera de la ley, lo que por cierto no implicaría apartar las dificultades que quedan expuestas.

**13.**—El delito supone dos sujetos: uno *activo* (el agente; *qui fecit, de facere, hacer*) y otro *pasivo* (el paciente o víctima; *qui passus est*, el que sufre las consecuencias del acto).

Ni los animales ni las cosas pueden ser, como en otro tiempo fueron, sujetos del delito, porque no son personas del derecho. Si el delito recae sobre ellos herirá el derecho de una persona o por lo menos la entidad *sociedad*, como representación ideológica del patrimonio común de sentimientos e ideas morales.

Pueden ser sujetos, por lo tanto, únicamente las personas. Mas como hay dos clases de personas: las humanas, o personas de existencia visible, y las morales o jurídicas, o personas de existencia ideal, cabe averiguar, si tanto unas como otras puede ser sujetos activos y pasivos del delito.

Que las personas de existencia visible pueden ser agentes y pacientes del delito, es algo que está fuera de toda discusión, dado que no son creaciones de la ley, sino que son seres pre-existentes, que tienen capacidad de hecho y de derecho, y que la ley, que es obra del hombre y para el hombre, no hace otra cosa que reconocerlos y protegerlos, asegurando su existencia y facilitando su actividad social. Pero el hombre que es persona del derecho aun antes de nacer, adquiere personalidad, a los efectos de la responsabilidad penal, o lo que es lo mismo, a los efectos de poder ser considerado sujeto activo de un delito, sólo en determinadas condiciones de capacidad física y moral (esto último en el estado actual de la legislación), precediendo, como es natural, la primera.

Vale decir que además de la capacidad física de obrar, es requerida la moral de querer. La escuela positiva prescinde sin embargo de este último requisito, de tal suerte que en su sistema aun el loco es responsable, y por lo tanto genéricamente delincuente. La legislación contemporánea, con la escuela crítica o intermedia, lleva ese camino, al adoptar las llamadas medidas de seguridad respecto de los moralmente irresponsables, especie de derecho penal sin delincuentes, sin delitos y sin penas, ya que muchos de sus sostenedores afirman, que penas y



medidas de seguridad son cosas distintas, y que únicamente son delincuentes los imputables (participes conscientes).

Esa capacidad es en lo físico igual y en lo moral distinta a la civil, puesto que mientras en lo civil el sujeto adquiere la capacidad para realizar actos civiles lícitos recién a los veinte y dos años, y antes sólo por excepción (matrimonio, comercio), y en orden a los delitos y cuasi-delitos a los diez (artículos 1075 y 1108), en lo penal su capacidad empieza a los ca-tor-ce.

Se explica esa mayor capacidad civil en el terreno de los actos ilícitos, por la naturaleza y proyecciones de ambas sanciones (la civil y la penal), así como se explica la menor capacidad o mayor incapacidad civil en lo concerniente a los actos jurídicos en general o actos lícitos, por la naturaleza misma de las cosas; pues mientras la razón percibe más fácilmente la moralidad o inmoralidad, la justicia o injusticia, la importancia o trascendencia de una acción ilícita, dado que por punto general lo ilícito responde a nociones o conceptos de moral o utilitarios fáciles de alcanzar, se requiere un mayor grado de desarrollo de la inteligencia y cierta práctica de la vida y los negocios, para poder apreciar la trascendencia de los actos jurídicos en general. Aparte de esto, la ley civil, en este último sentido, contempla la incapacidad únicamente del punto de vista de la protección del menor, en tanto que la penal tiene principalmente en mira la protección social. Es así como, mientras la incapacidad civil puede prolongarse, sin perjuicio para nadie, dado que los intereses protegidos no sufren entorpecimiento, toda vez que la actividad del incapaz es suplida por su representante, la de carácter penal no puede extenderse sin menoscabo de los intereses sociales comprometidos. Esto último cabe decir análogamente de la capacidad civil en materia de actos ilícitos.

Ahora bien, la solución tiene que ser distinta, considerado el hombre como sujeto pasivo, porque, siendo capaz de adquirir derechos una vez concebido en el seno materno, desde cuyo momento tiene adquirido el derecho a la conservación de su existencia, puede ser en esos derechos atacado, y ser por lo tanto víctima del delito. Basta pues, que sea sujeto de derecho, para que pueda serlo, aunque pasivo, del delito. Puede



aquí decirse, que su capacidad moral precede a la física, a la inversa del sujeto activo, para el cual, por otra parte, se requiere una mayor capacidad.

La cuestión, sin embargo, varía con relación a las personas jurídicas. Estas, que son unas de existencia necesaria, como el estado, el municipio, etc., y otras de existencia sólo posible o voluntaria, como las corporaciones, son siempre personas de existencia ideal, verdaderas creaciones de la ley. Aún cuando las primeras existen independientemente de las personas que las representan, a diferencia de lo que acontece con las segundas, que sólo existen mientras existe la reunión de los individuos que la forman, carecen de capacidad de obrar y de voluntad, y únicamente por una ficción se les reconoce capacidad jurídica, al solo efecto de adquirir derechos y contraer obligaciones de carácter civil. Por lo tanto, si pueden ser víctimas del delito, porque pueden ser heridas en sus intereses patrimoniales, no pueden, en cambio, como lo fueron en otros tiempos, ser agentes del mismo. El código civil es terminante al respecto. Puede verse su art. 43 y la nota del codificador. De suerte que si los miembros o los representantes de una persona jurídica, algunos de ellos o todos, ejecutan algún delito, serán ellos ante la ley penal individualmente responsables. Si, pues, la persona jurídica carece de capacidad física y moral para ser sujeto activo del delito, carece para serlo pasivo de la pena, y por lo tanto nada tiene que hacer con el derecho penal.

Esto no quita que pueda perseguírsela civilmente por la reintegración del producto del delito de sus representantes, cuando ella se hubiere beneficiado con él, ni que, por razones especiales, el principio reconozca alguna excepción, como cuando se impone multas a causa de ciertas infracciones a las ordenanzas o reglamentos municipales o administrativos, o se resuelve su disolución.

Es el delincuente interesante, sobre todo del punto de vista de su personalidad, estudiada en el n° 5, pudiendo agregarse aquí a su consideración bajo el aspecto de su capacidad física y moral, la que se relaciona con su calidad contingente de primario o reincidente, autor o cómplice y responsable o irresponsable, y según esto pasible de pena (verdadero delincuente) o de me-



didas de seguridad (simplemente peligroso). Puede agregarse aún la clasificación de dolosos y culposos, normales y anormales, comunes y políticos.

A este concepto individualista del sujeto activo, se opone el colectivista del sujeto pasivo, según el cual puede serlo, no solamente la persona de existencia visible, y aún la jurídica, sino también la sociedad en su aspecto de comunidad de intereses formados sobre la base de los sentimientos e ideas morales colectivos.

Hay, pues, dos sujetos pasivos: la persona y la sociedad. La primera sólo en algunos delitos, la segunda siempre. Cuando la víctima es una persona, la sociedad es la víctima mediata, indirecta, y v. v.

14.—En todo delito se concibe racionalmente la existencia de requisitos, sin los cuales, aún en abstracto, no puede existir: requisitos que forman su material constructivo, y se los denomina *elementos o condiciones*; de *condere* (fundar, construir).

Se dijo que el delito consistía en una acción u omisión penada por la ley, y se agregó que la acción u omisión debía ser, hoy por hoy, voluntaria. Puede verse sobre este particular los núms. 12, 32 y 81.

Desde luego en esta definición se advierte la presencia de los elementos del delito, el que en primer término supone un proceso interno de carácter moral, representado en síntesis por la voluntad, luego una proyección externa por actos físicos que la pone de manifiesto y por obra, y por fin el resultado, en principio representado por la violación de la ley y prácticamente por la lesión de los intereses sociales y privados que ella tutela. Estos tres elementos: el interno, endógeno, moral o *psicológico* (*mental* o intelectual según Kenny), el externo, exógeno, *físico* o material, y el *legal*, deben concurrir conjuntamente. Este mismo concepto se halla expresado en los arts. 897, 900, 1066, 1067 y 1070 del código civil. Faltando cualquiera de ellos no habrá delito. Respecto del elemento moral, véase el cap. XI.

Garraud agrega un cuarto elemento, el elemento injusticia, dado que hay hechos prohibidos por la ley, como el homicidio, que pueden realizarse en ejercicio legítimo de un derecho o en cumplimiento de un deber, sin que sin embargo haya





delito; elemento subordinado e integrante del elemento legal, según se hace ver más adelante, y por lo tanto sin personalidad propia e inseparable en la estructura jurídica del delito.

Estos elementos representan fuerzas a cuya concurrencia se deben la vida del delito: la fuerza psicológica, de ataque, inicial, toda activa; la física, vehículo, puente o medio, también activa y algunas veces pasiva, y la legal, terminal o de resistencia, toda pasiva.

Lo que constituye el elemento *psicológico* es en síntesis, como se ha dicho, la voluntad, que implica discernimiento (conocimiento del acto y conocimiento o previsibilidad de sus consecuencias) y libertad, y que obra en dos formas: el dolo o intención criminal, que no es otra cosa que la voluntad encaminada hacia un fin ilícito, y la culpa, que consiste en querer un acto lícito (en principio), cuyas consecuencias ilícitas se excluye, pero que sin embargo ha podido evitarse poniendo mayor diligencia y atención. Es pues entendido, que al hablar de voluntad implícitamente se hace referencia al discernimiento y a la libertad, términos integrantes del cuadro, aunque en concepto relativo, según se verá al tratar el punto en las eximentes.

La doctrina de los arts. 897, 900 y 1070 del código civil es de estricta aplicación.

Pero aparte de que el elemento moral es complejo, porque implica el discernimiento y la libertad, condiciones subordinadas integrantes de la voluntad, lo es también porque, aunque no siempre, importa regularmente todo un proceso interno, llamado de ideación y de resolución (en el sentido de antecedente del externo de preparación y de realización del delito), que empieza por la presencia de la idea en el entendimiento (concepción), es seguido del de la reflexión (cálculo) y termina por la resolución.

Va dicho en el n° 81, lo que debe entenderse por discernimiento y libertad.

Se relaciona este elemento con la materia de la responsabilidad y sus grados (dolo, culpa, causas excluyentes de responsabilidad (excusas), atenuantes y agravantes).

La palabra culpa es empleada aquí en su acepción específica, pues es también usada en sentido genérico, comprendiendo tanto la voluntad criminal como la imprudencia y la negli-



gencia, sentido en el que la emplea el proyecto alemán. Tiene este mismo en el lenguaje forense y en el corriente, cuando se dice que un individuo es responsable de un delito.

Forma parte del elemento material, *físico*, exógeno o externo, o elemento medio, la fuerza física, que es indispensable en todo hecho del hombre. Esta fuerza puede ser subjetiva u objetiva, o una y otra cosa a la vez; o, lo que es lo mismo, fuerza física activa y fuerza física pasiva. Forma así parte del elemento material tanto la fuerza muscular del delincuente cuanto la lesión en el cuerpo de la víctima, o la destrucción total o parcial en los delitos de daño. Únicamente en los delitos de inacción puede faltar la fuerza física subjetiva. Pero aún cuando el elemento material puede ser sólo subjetivo, como en las injurias verbales, o sólo objetivo, como en los delitos por inacción, no por eso desaparece la materialidad del delito, lo que únicamente y por excepción puede admitirse en los delitos de omisión. El elemento material del delito consiste, pues, en su realización; en todo aquello que sirve al agente para producir en el mundo exterior el cambio que tenía resuelto en su fuero interno. Está en su acción, como también en el sujeto pasivo y en las cosas sobre que recae la acción.

Se relaciona este elemento con los actos preparatorios, la tentativa, el delito frustrado y el consumado, y también con el daño material, y los medios y la forma de cometerse el delito.

El elemento *legal* es, como el moral, un elemento complejo, y comprende, bajo la unidad de concepto de la *ilicitud* del acto, el precepto legal prohibitivo, o parte extrínseca o formal, y la parte intrínseca, compuesta del bien jurídico que la ley tutela y que el acto hiere o pone en peligro, y la injusticia del acto, consistente en su incompatibilidad con el interés afectado, que es la razón en cuya virtud se encuentra realmente en oposición con la ley. Cuando esta condición falta, o por razones de justicia absoluta, como el caso de necesidad y la legítima defensa, o por hallarse el acto autorizado o mandado por otra ley, como el legítimo ejercicio del derecho, autoridad o cargo, o el cumplimiento del deber, la oposición entre el acto y el precepto legal no existe y el delito no se forma. Y sin embargo el precepto legal prohibitivo existe, se lo ha violado y se ha herido o puesto en peligro el derecho tutelado. Pero es que fal-



tando una condición subordinada e integrante del elemento legal (la condición de condición, la injusticia del acto), este elemento, por hallarse desintegrado, incompleto, carece de aptitud para concurrir, combinándose con los demás, a la formación del delito, y éste, por lo tanto, no tiene nacimiento. No de otra suerte que lo que ocurre con el elemento moral, cuya unidad de concepto, voluntad, se compone del discernimiento y la libertad, y el que, por faltar uno de estos elementos subordinados, la libertad, p. e., no obstante concurrir el otro, el discernimiento, no puede, hallándose desintegrado, entrar a formar parte del material constructivo del delito.

Este elemento se relaciona con el objeto y carácter del derecho penal, con su imperio en el tiempo y el espacio, con la facultad social de imponer medidas represivas, con todo lo relativo a las mismas, con las justificaciones y las atenuantes, y con el daño de su punto de vista jurídico.

Estos elementos llámense *comunes*, porque se encuentran en todo delito, y son fijos o constantes. Otros hay que son *propios*, característicos o diferenciales, porque son variables y sirven para agruparlos en clases y familias; como ser los delitos contra la vida, contra los bienes, la libertad o el honor. Los propios son a su vez *genéricos* o *específicos*, siendo éstos los que sirven para establecer la debida separación entre un grupo o categoría y otro, dentro de una misma clase o familia; como p. e. la condición de ser mueble o inmueble la cosa, o de emplearse o no la violencia o el fraude o el abuso de confianza, en los delitos contra la propiedad.

En el hurto, p. e., concurren, como en cualquier otro delito, los tres elementos: moral, físico y legal, consistentes en la voluntad de tomar lo ajeno, en el apoderamiento de la cosa y en la ilicitud del acto (voluntad, acto, ilicitud). En ningún delito puede faltar este material constructivo: bastará que falte uno sólo, para que el delito no exista; no de otra suerte que no habría ácido sulfúrico sin hidrógeno, azufre y oxígeno combinados, o agua sin hidrógeno y oxígeno.

Pero en el hurto, el elemento objetivo no reviste la misma forma que en el homicidio, p. e. Mientras en el primero es patrimonial el derecho afectado, en el segundo el derecho afectado es la vida. Aparte de esto, que importa una particulari-



zación del elemento común jurídico, y que sirve para clasificar los distintos delitos en grupos o familias, pueden nuevas especificaciones del mismo elemento, o del elemento moral y el material, dar lugar a subdividir esos grupos o familias en especies o subclasificaciones; por todo lo cual reciben aquellos la denominación de propios o diferenciales, y éstos la de genéricos y específicos.

Como ejemplo de elemento específico en los delitos patrimoniales, puede citarse la calidad de mueble de la cosa en el hurto y el robo, la violencia en éste y la extorsión, etc.

Los elementos propios, son, en suma, modalidades, caracterizaciones, particularizaciones, especificaciones o individualizaciones de los comunes en sus manifestaciones concretas: más frecuentemente del elemento jurídico y del físico, y por excepción del elemento moral.

Cabe hacer resaltar que el elemento psicológico y el material son cualitativos y a la vez cuantitativos (dolo y culpa, atenuantes y agravantes; delito consumado y tentado, material y formal), al paso que el legal es únicamente cualitativo; como igualmente que el delito doloso difiere del culposo, no solamente en orden al elemento moral, sino también con relación al elemento objetivo, pues mientras en el doloso basta el daño potencial, en el culposo se requiere el efectivo. De aquí que en la culpa se excluye la tentativa, y que no son susceptibles de cometerse por culpa los delitos formales como la injuria, el falso testimonio, el atentado contra la autoridad, etc. La diferencia entre ambos es, pues, cuantitativa además de cualitativa.

Cabe hacer notar igualmente, que la necesidad de los elementos comunes se halla establecida en los arts. 34 (moral y legal) y 42 (material y moral) y sus concordantes, a los que, por consiguiente, no hay por qué referirse de nuevo, en concepto general, al establecer los propios en modo particular en cada delito, como impropriamente hace el legislador, entre otros casos, al requerir la *ilegitimidad*, definiendo los elementos propios del hurto y el robo, puesto que en el art. 34 queda establecido que el ejercicio legítimo del derecho no constituye delito.

¿Para qué repetir en cada caso particular que la voluntad y la ilegitimidad constituyen elementos de tal o cual delito, si



en la parte general está eso establecido como requisito común en el art. 34?

En algunos casos los elementos específicos no se diferencian fundamentalmente de las circunstancias agravantes calificativas. Tal acontece con el parentesco, que es condición en el adulterio y circunstancia agravante calificativa en el parricidio.

Si pues es posible deslindar con precisión los elementos comunes de los propios, no acontece lo mismo respecto de los últimos con relación a las circunstancias.

15—Así como racionalmente se concibe en el delito la existencia de requisitos esenciales, elementos o condiciones, concíbese de igual modo las modalidades contingentes o concurrencia de particularidades que, sin ser indispensables para la vida del mismo, le dan sin embargo aspectos singulares que, constituyendo revelaciones complementarias de la personalidad del agente, influyen en el grado de su responsabilidad y por consiguiente en la fijación de la pena, puesto que demuestran su menor o mayor temibilidad o peligro social.

Estas particularidades se denominan en general *circunstancias*, de *circum store*, que quiere decir estar alrededor, y son aquellas formas contingentes del delito, que, si bien no pueden dejar de acompañarlo, concretamente considerado, son variables en calidad y cantidad, sin que por eso el delito desaparezca ni cambie de calificación. Circunstancia es pues todo lo que acompaña al delito sin formar parte de sus elementos.

Se relacionan con la calidad, la cantidad y las condiciones personales de los agentes y de las víctimas, la conducta y antecedentes de los primeros, los vínculos de parentesco o dependencia entre ambos, los estados de libertad física o moral o de integridad mental, la índole del motivo, las particularidades de lugar, tiempo, ocasión, modo, medio empleado, extensión del daño, la reparación del daño, el grado del dolo o de la culpa y de la participación, etc., y son de dos clases: atenuantes y agravantes.

De ellas se trata en el cap. XVI, t. II, donde se ve que, entre otras particularidades, tienen, en la individualización de la pena, un doble valor, el ordinario o simple y el calificativo.



Estas, las calificativas, que son aquellas especialmente previstas en los delitos en particular, desempeñan a veces el papel de condiciones propias de algunos delitos.

Figuran entre ellas la *violencia*, que es agravante en los arts. 142, 144 y 267, y condición en los arts. 119, 127, 158, 164 a 171, 173, 174, 181 a 184, 186 a 199, 211, 212, 226, 229, 230, 237 y 280; el *fraude* (genérico), que es agravante en los arts. 125, 126 y 130, y condición en los arts. 135, 138, 139, 159, 160, 172 a 176, 178 a 181, 200 a 202, 214 y 282 a 302; el *abuso de autoridad*, que es agravante en los arts. 125, 133, 143, 207, 235, 238, 154, 281, 287, 291 y 298, y condición en los artículos 126, 248 a 251, 260, 261, 266 a 270 y 273; el *abuso de confianza*, que es agravante en el art. 133, y condición en los arts. 155, 172 y 181; la *pluralidad de delinquentes*, que es agravante en los arts. 121, 166, 167, 184 y 238, y condición en los arts. 118, 210, 226, 227, 229 y 230; la *dádiza*, que es agravante en los arts. 80, 92 y 276, y condición en los arts. 256 a 259, 266 y 279; el *parentesco*, que es agravante en los arts. 80, 92, 105, 107, 122, 125, 133 y 142, y condición en el art. 118; el *móvil*, en fin, que es agravante en los arts. 80, 92, 100, 105, 142, 184 y 276, y condición en los arts. 125, 126, 130, 138, 182, 211 y 300.

16.—El delito produce *consecuencias* múltiples y de índole y caracteres diversos. Aquí se tratará únicamente de aquellas consecuencias que de algún modo se relacionan con la ley. Pueden éstas dividirse en dos grupos: el primero formado por las que recaen sobre el sujeto pasivo de la infracción, y el segundo formado por las que recaen sobre el sujeto activo de la misma.

Las del primer grupo son las consecuencias dañosas, nocivas o perjudiciales del delito, recaen sobre el sujeto pasivo del mismo, sea éste la persona o la sociedad y la afecte directa o indirectamente, son tomadas en consideración por la ley penal a los efectos de graduar la pena, y reciben el nombre de *daño*, en sentido amplio, o de *consecuencias objetivas*.

Las del segundo grupo hallanse formadas por las penas, las modernas medidas de seguridad, y las ulterioridades de or-

den civil que el delito acarrea a su autor. Estas *consecuencias* reciben el nombre de *legales* o *subjettivas*.

17.—*El daño*, o las *consecuencias objetivas* del delito, puede ser *físico* y jurídico al mismo tiempo, o sólo *jurídico*, *inmediato* o *mediato*, *directo* o *indirecto*, *público* o *privado*, *efectivo* o *potencial*.

Es *jurídico* del punto de vista de la naturaleza intrínseca u objetiva del delito, que consiste en la lesión del derecho o violación de la ley, y *físico* considerado con relación a su naturaleza extrínseca, o a las cosas sobre que recae. El carácter jurídico del delito es constante, pues no hay delito, tentado o consumado, que de algún modo no lesione o ponga en peligro el derecho objeto del atentado, en tanto que puede faltar su manifestación física. Así por ejemplo habrá daño jurídico, y no habrá en cambio daño físico, en un desacato y en una violación de domicilio.

Es *inmediato* si es una consecuencia del acto que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, y *mediato* si es sólo en virtud de la conexión del hecho con un acontecimiento distinto (art. 901 del código civil). Se tiene el ejemplo de lo primero en una lesión, y de lo segundo en la muerte que sobreviene a consecuencia de una complicación. Regularmente el daño reviste carácter inmediato. También en el sentido de directo e indirecto, respectivamente.

Es *directo* o *indirecto* mirado del punto de vista de la dirección de la voluntad del agente. Por eso en un delito personal el daño ocasionado al particular es directo, y es indirecto el causado a la sociedad, consistente en la desconfianza pública acerca de la ineficacia de la autoridad, en el temor y la alarma de los demás sobre su propia seguridad y el peligro de la repetición, etc.: porque el agente no tuvo en mira alterar la tranquilidad, el orden y la seguridad pública, sino atacar el derecho de aquél violando la ley. El carácter indirecto del daño puede faltar en ciertos delitos como el de traición, en los que directamente se ataca a la sociedad, y en los de acción privada, como el de adulterio, de injuria y de calumnia, en los que, a la inversa, el daño es exclusivamente particular. Es constante, sin embargo, en la generalidad de los delitos.





Es *privado* o *público* en consideración al carácter del interés herido. El carácter público del daño puede faltar en ciertos delitos como el de divorcio, de injuria y de calumnia, en los que únicamente sufre el interés del particular ofendido, y en cambio puede faltar el carácter privado en aquellos delitos como los políticos, en los que el interés herido es eminentemente público. Pero esto ocurre sólo por excepción, pues lo regular es que el carácter público del daño exista en todo delito, así como que vaya casi siempre acompañado del daño privado.

El daño es, finalmente, *efectivo* o *potencial*. El daño indirecto es siempre efectivo, porque el interés social sufre en realidad aún en los delitos simplemente tentados, mientras que el daño directo (público o privado), el jurídico y el físico pueden ser efectivos o posibles. Hay daño posible en un delito formal y en un delito tentado. En una injuria puede sufrir o no el buen nombre y honor del injuriado, y en una tentativa ha sido posible que el daño se realice. Tratándose del daño potencial, se dice que comprende el peligro *corrido* y el peligro *temido*: lo primero ocurrirá en un disparo de revólver errado, y lo segundo si al agresor se le impidió disparar el revólver en el momento en que hacía jugar el percutor. Esta distinción obedece a los conceptos doctrinarios diferenciales entre delito tentado y delito frustrado.

El daño, unido al elemento psicológico, juega, como se ha dicho y verá más adelante, un rol importante en la determinación del grado de responsabilidad y en la fijación, por consiguiente, de la pena.

Carrara distingue el daño *natural* del daño *político*, considerado el delito como causa de un mal y según que el mal hiera un interés individual, en cuyo caso le llama también daño o efecto *inmediato*, o hiera al mismo tiempo el interés social, en cuyo caso le llama además efecto o daño *mediato*.

Del punto de vista de los efectos jurídicos a que el mal producido da lugar, o sea el delito como causa jurídica, distingue esos efectos en *civiles*, con relación al daño o efecto natural, individual o inmediato, y en efectos *sociales*, con relación al daño o efecto político o mediato.





18.—Las consecuencias legales son de carácter civil unas y de carácter penal otras. Las de carácter civil consisten: en la indemnización de los daños y perjuicios, en la pérdida de la patria potestad, la sujeción a la tutela del código civil, la administración de los bienes, el derecho a disponer de ellos por actos entre vivos, y la jubilación, pensión o goce de montepío (arts. 307, 308, 1077 y 1109 del código civil, y 11, 12 y 28 a 33 del código penal); en nulidades (arts. 857 del código civil, y 9 inc. 6º y 84 de la ley de matrimonio); en causa de divorcio o en motivo de oposición en el matrimonio (arts. 24 inc. 4º y 67 inc. 2º de la ley citada).

Son siempre privadas, afectan únicamente los bienes y los derechos de familia, están subordinadas a la decisión de la cuestión penal y son sólo posibles, pues hay delitos, como los simplemente tentados, que ordinariamente no dan lugar a acción civil alguna. Lo mismo los políticos, las violaciones de domicilio, los desacatos, etc. Véase también el art. 77 de la ley de matrimonio.

Puede verse los núms. 71, y 180 y 191 del t. II.

Como las consecuencias penales, pueden las civiles ser provisorias o definitivas. Provisorias son aquellas medidas adoptadas durante la tramitación del juicio, y definitivas las condenas impuestas en las sentencias firmes. Consecuencias civiles provisorias son p. e. los embargos y las inhibiciones, y penales las detenciones y las prisiones preventivas.

Las consecuencias penales son en cambio necesarias, de interés siempre público y sólo por excepción privado, como en el adulterio, y los demás casos previstos en el art. 73; son de decisión previa a toda cuestión civil, salvo las prejudiciales de validez o nulidad del vínculo en los matrimonios ilegales y las declaraciones de las quiebras, y afectan todos los derechos y bienes jurídicos del hombre, desde los civiles y los políticos hasta el derecho a la vida.

Distínguense además las consecuencias de carácter penal de las de carácter civil, en que, tratándose de las penas o consecuencias definitivas, son unas principales y accesorias otras, afectan unas los derechos del delincuente de modo transitorio y otras de manera permanente (ejemplo la pena de encierro



perpetuo), unas de modo relativo y otras de modo absoluto (ejemplo la pena de muerte).

Bien entendido que el afirmar que la acción penal es en principio pública, no importa decir que no se dé lugar al mismo tiempo a la privada del damnificado, ni que la pública ha de ser fiscal y no popular. Puede verse lo que más extensamente se dice en el n° 186 del t. II.

Carrara, según se ha dicho en el número precedente, considerando el delito en su aspecto de causa de derechos, distingue sus efectos en *civiles*, con relación a sus efectos naturales, inmediatos o individuales, y en *sociales*, con relación a sus efectos políticos, generales o mediatos. El delito, así considerado, da lugar a dos obligaciones distintas por parte del culpable: una para con el damnificado y otra para con la sociedad, en concepto de reparación de los males causados; obligaciones a las que corresponden dos acciones distintas: civil la primera y penal la segunda.

19.—“Es delito o *falta*, decía el art. 1 del código derogado, toda acción u omisión penada por la ley”. De tal manera que ambas cosas quedaban, en su estructura jurídica, perfectamente equiparadas. El delito y la falta eran de tal suerte fenómenos jurídicos; eran productos sociales, de la vida del individuo en comunidad; eran hechos voluntarios prohibidos por la ley bajo pena, por ser incompatibles con un determinado orden de intereses generales, en determinadas condiciones de progreso y civilización; tenían los mismos elementos: interno (inicial), externo (medio, puente o vínculo) y legal (terminal). Y esa es la verdadera doctrina.

En realidad el delito y la falta son hechos del hombre viiendo en sociedad, nocivos o inconvenientes para los intereses colectivos; para su realización se emplea la misma fuerza física; son prohibidos bajo pena, por no ser posible evitarlos de otro modo; son incriminados a condición de ser voluntarios, y en ambos la pena desempeña substancialmente la misma función preventiva.

¿Dónde está entonces la diferencia?

Tejedor, anotando el art. 4° inc. 1° de su proyecto, dice:



“Hay actos ilícitos que perturban directamente el orden exterior del Estado, que encierran un ataque a los derechos del Estado o de los particulares, o que según su carácter extrínseco y la intención del agente, tienden a la realización de ataques de esta naturaleza, o a la violación de derechos análogos. Pero hay también actos que sin encerrar directamente la violación de un derecho, no son sin embargo indiferentes al legislador, a causa de sus consecuencias desagradables para el orden público, o de su influencia directa sobre la seguridad, la moralidad y el bienestar del Estado; por lo que deben ser sancionados o prohibidos con una pena”.

Efectivamente, los delitos son hechos que afectan los derechos individuales o los intereses del estado, de una manera directa, determinada o determinable e inmediata, en tanto que las faltas son hechos que los afectan en forma indeterminada e indeterminable, indirecta y remota. Consecuencia de esto es que el delito requiere un perjuicio casi siempre real, y la falta únicamente lo requiere posible, y que el delito, por lo tanto, reviste, en general, mayor importancia, es más grave y representa mayor peligro.

La estructura jurídica es la misma, los mismos son los sujetos, el mismo el material constructivo, pero varía la importancia.

El proyecto italiano los distingue por las penas.

Puede consultarse a Alimena, t. I p. 307.

Se relaciona más directamente con la higiene, el tráfico, el orden y la tranquilidad en la vida de las poblaciones, y en general con la moralidad pública y buenas costumbres, la seguridad pública, la tutela pública de los bienes, la autoridad y la administración pública.

Puede agregarse a lo dicho, que no son aplicables a las faltas las reglas relativas a la tentativa y a la culpa, no obstante la regla del art. 4 del código, en apariencia de carácter tan general, y además verse lo que en el n° 49 se dice sobre la facultad de legislar sobre ellas, del congreso o de las autoridades locales.

En cuanto a la reiteración y a la reincidencia, puede verse los núms. 141 y 146 del t. II.

## CAPITULO IV

### De la clasificación de los delitos

20. — Clasificación, y calidad, cantidad y grado en los delitos. Distintos puntos de vista para la clasificación. 21. — Del método que corresponde seguir. 22. — De la clasificación de los delitos en el código. 23. — Cuadros demostrativos y clasificación de J. C. W. Thyren.



20.—No debe confundirse la *clasificación* de los delitos, que es el acto de disponerlos u ordenarlos por clases, con la *calificación* de los mismos, que es el acto de determinar su calidad o naturaleza. La clasificación, pues, supone la calificación, y la pluralidad de delitos.

La *calidad*, entonces, se refiere a la naturaleza del delito, con relación al bien jurídico que el delito hiere, y es así como el homicidio es de distinta calidad que el hurto, porque el primero hiere el derecho a la vida y el segundo el derecho patrimonial. La calificación comprende el género y las especies.

Carrara distingue además la *cantidad y el grado*.

La *cantidad* en el delito se relaciona con su importancia objetiva intrínseca. Así la cantidad en el homicidio es mayor que en el hurto, porque el derecho a la vida reviste mayor importancia que el derecho patrimonial.

La cantidad es *natural* o *política*, según que la importancia del delito se relacione con el interés particular determinado, directo o inmediato, o el social indeterminado, indirecto o mediato.

La cantidad natural se refiere tanto al género (el homicidio con relación al robo), cuanto a la especie (el robo con relación al hurto) y a la integridad del elemento objetivo (delito consumado con relación a la tentativa).

Si la cantidad y la calidad se relacionan con la parte objetiva del delito, el *grado* se relaciona con la parte subjetiva, o sea con la fuerza moral y la fuerza física empleadas en la rea-



lización del delito, fuerzas que son eventuales y variables. Según, pues, que ambas o una de ellas entren en mayor o menor proporción, será mayor o menor el grado del delito. El grado, por consiguiente, es la proporción en que esas fuerzas entran en la realización del delito, y se vinculan algunas veces con la tentativa, el delito frustrado o el delito consumado, y siempre con el dolo, la culpa, las atenuantes y las agravantes.

A nadie se oculta las ventajas que procura una conveniente clasificación de los delitos: tanto doctrinariamente, porque se aclaran y precisan los conceptos, cuanto prácticamente, porque la estructura de un código, que distribuye y ordena sistemática y racionalmente la materia, da a su contenido un más fácil conocimiento y un más completo dominio de detalle y de conjunto.

Cabe seguir en esta parte el mismo método de estudio empleado con el delito, cuando, partiendo de sus términos o sujetos activo y pasivo, se ha pasado al de su material de construcción, o sea a sus elementos o condiciones de existencia; puntos de vista a los que se puede agregar los derivados de la jurisdicción y el procedimiento.

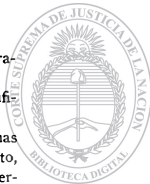
La clasificación, pues, de los delitos, corresponde a los siguientes puntos de vista: a) *sujeto activo*; b) *sujeto pasivo*; c) *elemento moral*; d) *elemento material*; e) *elemento jurídico u objetivo*; f) *jurisdicción*; g) *procedimiento*.

a). Del punto de vista del *sujeto activo* pueden ellos clasificarse en *singulares* y *plurales*, o *individuales* y *colectivos*, como otros los llaman, y en *comunes* y *especiales*.

Delitos *singulares* son los que pueden ser cometidos por un solo individuo, y *plurales* los que sólo pueden ser cometidos por dos o más, como son el duelo, la rebelión, la sedición, la asociación ilícita, etc.

Delitos *comunes* son aquellos que pueden cometerse por cualquier persona, y *especiales* los que sólo pueden cometerse por las investidas de cierta calidad; como son los militares, los de empleados públicos y otros profesionales. Puede citarse como ejemplo de los segundos el prevaricato y de los últimos las quiebras.

Si los *singulares* se diferencian de los *plurales* por razón de la *cantidad* o número de las personas que intervienen como



participes, los comunes se diferencian de los especiales por razón de la *calidad* de las mismas.

b). Del punto de vista del *sujeto pasivo* pueden clasificarse en *personales e impersonales* o sociales.

Llámanse aquí delitos *personales*, aquellos cuyas víctimas directas o inmediatas, como acontece con el homicidio, el hurto, el rapto, etc., son las personas de existencia visible y las personas jurídicas, consideradas en sus relaciones de derecho privado. Llámanse inversamente *impersonales*, aquellas delitos que, como la traición, la rebelión, los estragos, los atentados a la autoridad, etc., afectan inmediata o directamente a las personas jurídicas de existencia necesaria, como son la nación, los municipios y las provincias, consideradas en sus relaciones de derecho público, o los en que, como algunos delitos de falsedad, contra la seguridad pública, el orden público, la moral y las buenas costumbres, etc., prima el interés público comprometido sobre el personal que resulta directa e inmediatamente amenazado o vulnerado.

c). Del punto de vista del *elemento moral* los delitos reciben la denominación de *dolosos y culposos*.

d). Del punto de vista del *elemento material* se dividen en *materiales y formales*, de *acción* y de *omisión*, *instantáneos* y *continuos*, y *tentados y consumados*.

Llámanse delitos *formales*, por oposición a *materiales*, a aquellos que, como el falso testimonio, la injuria y la falsedad en general, no requieren para su perfección la realización del evento o propósito delictuoso. Estos delitos excluyen en general la tentativa.

Como delitos de *omisión* puede citarse no instruir un sumario con el propósito de encubrir el delito, no enrolarse o no votar. Puede verse el n° 12, letra d). El delito de *acción* puede serlo por acto material o moral. Ejemplo de lo último es matar a un cardíaco dándole de improviso una infausta noticia.

El delito de omisión excluye la tentativa.

El delito *instantáneo* no implica unidad de acto ni de sujetos. Y así el robo de una caja, aunque con objetos o dinero pertenecientes a varias personas, no dejará por eso de ser instantáneo, como no dejará de serlo un homicidio cometido por varios infringiendo varias lesiones, o por actos sucesivos de enve-



nenamiento. Implica, en cambio, fundamentalmente unidad de acción, de designio y de ley violada, y en principio, unidad de tiempo y lugar: es un delito único.

El delito *continuo* (o continuado o sucesivo o permanente o crónico), aunque también único, implica en principio variedad de tiempo, de actos y de efectos, y unidad de designio y de ley violada o de bien jurídico legalmente tutelado, pero no implica ni unidad ni variedad de lugar o de sujetos.

Consumada la acción en el instantáneo, no puede recomenzarse sin emprender un nuevo delito; en el continuo se la puede repetir indefinidamente sin reiterarlo, pero habiendo quedado perfecto desde el primer momento. El momento consumativo es, pues, igual en ambos; pero en el instantáneo el delito termina y en el continuo puede terminar o continuar.

La distinción es sutilísima, en general, y de ahí la dificultad de decidir en muchos delitos, cuándo son o no son instantáneos o continuos. Tal los disparos de armas y las lesiones repetidos, los hurtos, defraudaciones y robos cometidos en varios momentos con un solo designio, el estupro y el adulterio de la mujer, repetidos, etc.

Es sin embargo de gran importancia a los efectos de decidir, en ciertos casos, si hay o no concurso de delitos, pues de la unidad o pluralidad de ellos depende la aplicación de una pena única o agravada. Lo mismo con relación a la prescripción y a la jurisdicción.

Ejemplo típico de delito instantáneo es el homicidio. No cabe la posibilidad de morir más de una vez, en varios lugares y en distintos momentos, aunque los actos de ejecución sean múltiples, realizados durante largo tiempo y en distintos lugares; como el envenenamiento lento. El designio es uno, una la acción, uno el tiempo, uno el lugar, una la ley violada.

Ejemplos de delito continuo son: el rapto, el adulterio del marido, el secuestro de personas, la esclavitud, la asociación ilícita, la rebelión, la sedición, la usurpación de autoridad, título u honores, y algunos más. Perfectos desde el primer momento, se prolongan o continúan en el mismo estado criminoso, bajo un solo designio, con violación de una misma y sola ley y en un curso de una única acción.

Tanto vale la acción como la inacción.



Pertenece a la familia del delito continuo el de costumbre o *habitual* y el *progresivo*. Este es el que, empezando por una infracción menor, se convierte o transforma en una mayor por obra de un hecho agregado, como ocurre con el hurto simple que puede convertirse en robo simple o calificado, si el culpable ejerció violencia en las personas con el objeto de procurarse impunidad; aquél supone la repetición de dos o más actos homogéneos, que únicamente son ilícitos por su repetición.

Sobre la difícil materia de la continuidad en el delito puede verse Carrara ns. 510 y siguientes, Ortolán ns. 306 y siguientes, y Alimena en "La forma del delito".

e) Del punto de vista del *elemento* jurídico u objetivo, elemento subordinado e integrante del elemento legal, se dividen en *simples y complejos*, y en *particulares y públicos*.

Delito *complejo* es el que, siendo simple en su ejecución, hiere a la vez intereses distintos aunque el sujeto pasivo sea uno solo; que es el caso del concurso ideal. Tienen aquí cabida el delito medio, el delito fin y el cometido con ocasión de otro, y esta materia de la conexidad por razón del acto se relaciona con el concurso de delitos, con la tentativa y con el concurso de dolo y de culpa. Ejemplo es el de aquel que, al atentar contra la autoridad de un agente, lo mata, o mata o hiere con ocasión de un incendio o de un descarrilamiento, o mata para robar, o mata, hiere o destruye con una bomba, etc.

De los delitos considerados en general como particulares o públicos, se ha tratado en la letra b), pero del punto de vista del sujeto pasivo; aquí se los considera del punto de vista de los intereses heridos o afectados por el delito.

Encontrándose íntimamente vinculado el punto de vista del sujeto pasivo al del interés herido por el delito, no es de extrañar esta división común a ambos aspectos, en personales e impersonales allá, en particulares y públicos acá.

Del punto de vista de los intereses afectados, son públicos los delitos que hieren directa, inmediata o principalmente los intereses sociales, y particulares los que hieren en esas condiciones los intereses de las personas consideradas en sus relaciones de derecho privado, así sean de existencia visible o ideal.

Los públicos se dividen en políticos y no políticos, según que los intereses sociales afectados se refieran o no a la orga-





nización política de la sociedad (seguridad exterior e interior de la nación, organización, constitución, estabilidad y ejercicio de las autoridades, etc.). No es fácil, sin embargo dar una regla segura de distinción, pues hay delitos que, sin ser propiamente políticos, pueden relacionarse con causas políticas (homicidio, p. e., por móvil o acción política), o con el ejercicio de la autoridad (administración). Tiene, en cambio, importancia la distinción, a los fines de la clase de pena a establecerse en la ley, y a los de la amnistía y la extradición, que no se acuerdan sino por delitos de carácter político.

El proyecto italiano establece que son político-sociales los que obedecen a motivos *exclusivamente* de interés político o colectivo, y en el informe se aclara que se caracterizan por el sentimiento altruista que los anima, mientras que los comunes se hallan informados de un sentimiento egoísta más o menos excusable (amor, honor, emoción) o reprobable (venganza, odio, lucro).

Dos son los criterios fundamentales de distinción: el subjetivo y el objetivo. Según el primero, el delito reviste carácter político, si el móvil y el fin son políticos, y según el segundo, si el delito en sí mismo, por su propia naturaleza, es político. Y así el regicidio es político para el primero y común para el segundo.

Garraud distingue el caso en que se trata de un delito aislado (regicidio), de aquel en que, con motivo u ocasión de un movimiento político (rebelión p. e), se cometen varios delitos comunes. En el primero, aplica el criterio objetivo, y en el segundo, el mismo, si los delitos comunes (homicidio, robos, etc) no son una consecuencia directa y lógica del alzamiento, y el segundo en la hipótesis contraria. Y así para él es político el delito de traición y común el anarquista.

Tampoco son para él políticos los llamados sociales, porque si pueden ser menos inmorales por el móvil altruista que puede inspirarlos, son dirigidos más contra las bases mismas de la vida social que contra el orden establecido.

Para las subclasificaciones, ver el cuadro final del n.º 23.

f) Del punto de vista de la *jurisdicción* se dividen, entre nosotros, en delitos de *fuero militar*, de *fuero federal* y de



*fuero común*. Estos se subdividen en delitos de *jurisdicción criminal* y delitos de *jurisdicción correccional*.

g) Del punto de vista del *procedimiento* se dividen, en general, en delitos de *acción pública*, de *acción privada* y *dependientes de acción privada*, y *factis permanentis* y *factis transeuntis*.

Los de acción pública se dividen en delitos de *acción fiscal* y delitos de *acción popular*. Ejemplo de estos son los delitos electorales.

Delitos de *acción privada* son el adulterio, la injuria y la calumnia, la violación de secretos y la concurrencia desleal (arts. 73 a 76). El proyecto de 1906 marcó la tendencia a aumentar el número de delitos de acción privada. El mismo y el de diputados de 1917 incluían el de extorsión, el que, de acuerdo con una indicación mía, fué suprimido en el senado. Ps. 73 y 379 del informe de la comisión.

Delitos *dependientes de acción privada* son los delitos contra la honestidad, en los casos no previstos especialmente como de acción pública (art. 72).

*Factis permanentis* son los que dejan rastros, y al contrario los *factis transeuntis*.

**21.**—De todas estas clasificaciones, la que verdaderamente interesa a la estructura de un código es la que corresponde al punto de vista objetivo, o del elemento jurídico, fundada en la naturaleza o calidad del delito por razón del interés afectado.

Descartada la división de las infracciones en delitos y faltas, los delitos pueden clasificarse en un código, según queda dicho, en dos grandes grupos: particulares y públicos. La preferencia en el orden no es la misma en todos los códigos: mientras unos, como el español, empieza por los segundos, otros, como el nuestro, empieza por los primeros. Todos nuestros proyectos han seguido el último sistema, excepción hecha del de Villegas, Ugarriza y García.

Las subclasificaciones van en el cuadro final del n.º 23.

**22.**—Salvo la clasificación en particulares y públicos, primero, y en políticos y no políticos, después, la clasificación



objetiva que hace el código discrepa muy poco de la formulada en el cuadro final del número siguiente.

**23.**—Los cuadros que van a continuación indican cuál es la clasificación que corresponde a los delitos, en general y bajo sus distintos aspectos (cuadro primero), y en particular y bajo el punto de vista de la legislación (cuadro segundo).

Delitos hay, como el de abuso de autoridad, el de exacción y el de denegación y retardo de justicia, que aun cuando hieren directamente intereses particulares, comprometen a la vez intereses sociales, desprestigiando a la administración pública y entorpeciendo su regular funcionamiento, por cuya razón se los incluye entre los delitos públicos.

Otros hay, como los que atentan contra el orden de las familias, con los que, por afectar una institución de carácter eminentemente social, corresponde proceder del mismo modo.

El abandono de niños va incluido entre los delitos contra la vida y la salud, porque es indudablemente éste el riesgo más probable que hace de semejante situación.

La violación de correspondencia privada, de secretos particulares y de domicilio, figura entre los delitos contra la libertad, en razón de que es el derecho con el que tiene más acentuada afinidad.

El adulterio forma parte de los delitos contra el honor, fado que es éste y no la honestidad lo que el delito afecta en el cónyuge ofendido. Tan es así, que en los delitos de sangre la jurisprudencia estima el adulterio de la víctima como una causa de atenuación para el cónyuge reo, en concepto de injuria grave. De no ser así, tendría que figurar entre los delitos que ofenden la moral y buenas costumbres, o, en último término, entre los que atentan contra el orden de las familias. Nada más erróneo que incluirlo, como hace el código, entre los delitos contra la honestidad.

Huelga decir que la enumeración que de los delitos en particular se hace en el cuadro segundo, ni excluye la inclusión de otros delitos, ni importa establecer que cada uno de los comprendidos ha de ser legislado por separado, pues varios hay que es práctica legislarlos en un mismo título o capítulo.



PUNTOS DE VISTA

Sujetos	activo .....	(Cantidad) Individuales y colectivos	{	Militares
		(Calidad) Comunes y especiales		De empleados públicos.
	pasivo .....	Personales e impersonales		Otras profesiones
Elementos	moral .....	Dolosos y culposos		
	material .....	Materiales y formales		
		De acción y de omisión		
		Instantáneos y continuos		
		Tentados y consumados		
	jurídico .....	Particulares y públicos...	{	No políticos
		Simple y complejos		Políticos
La jurisdicción		Militar		
		Federal		
		Común.....	{	Criminales
				Correccionales
Los procedimientos				Fiscal
			pública	{
				Popular
		De acción	pública depend. de acción privada	
			privada	
		Factis permanentis y factis transientes		



PÚBLICOS	Políticos	<p>Contra la existencia o seguridad de la nación ..... { Traición. Contra la paz y la dignidad de la nación.</p> <p>Contra los poderes y el orden constitucional ..... { Rebelión. Sedición.</p>
	Contra la administración pública	<p>Atentado, resistencia y desacato a la autoridad. Usurpación de autoridad, funciones y títulos. Abuso de autoridad. Violación de sellos. Infidelidad en la custodia de documentos. Revelación de secretos de estado o de administración. Prevaricato. Denegación y retardo de justicia. Negocios incompatibles con funciones públicas. Cohecho. Exacción. Fraudes. Malversación de caudales públicos o peculado. Violación de la correspondencia oficial. Falsa denuncia o acusación. Falso testimonio. Soborno. Encubrimiento. Soltura de presos.</p>
No políticos	Contra la fe pública	<p>Falsificación de ..... { Moneda. Billetes de banco Títulos al portador. Documentos de crédito. Sellos. Timbres. Marcas. Documentos en general.</p> <p>Fraudes al comercio y a la industria.</p>
	Contra la seguridad pública	<p>Contra el orden público ..... { Asociación para delinquir. Instigación para delinquir. Intimidación pública.</p> <p>Estragos ..... { Incendio. Inundación. Naufragio. Descarrilamiento.</p> <p>Contra la seguridad de las comunicaciones ..... { Telégrafos. Navegación. Ferrocarriles.</p> <p>Piratería. Delitos contra la salud pública.</p> <p>Contra la moral y buenas costumbres. Corrupción de mujeres y menores.</p> <p>Contra el orden de las familias ..... { Matrimonios ilegales. Delitos contra el estado civil.</p>



**PARTICULARES**

<div> <div></div> <div></div> <div></div> <div></div> <div></div> <div></div> </div>	Contra la vida y la salud .....	<div> <div>Homicidio.</div> <div>Infanticidio.</div> <div>Aborto.</div> <div>Abandono de niños.</div> <div>Negación de auxilio.</div> <div>Duelo.</div> <div>Lesiones.</div> <div>Agresión.</div> </div>
	Contra la seguridad personal .....	<div> <div>Amenazas.</div> <div>Substracción de menores.</div> </div>
	Contra la libertad.	<div> <div>Individual.</div> <div>Política.</div> <div>De comercio e industria.</div> <div>De trabajo.</div> <div>De reunión.</div> <div>De culto.</div> <div>De imprenta.</div> <div>Violación de correspondencia privada.</div> <div>Violación de secretos particulares.</div> <div>Violación de domicilio.</div> </div>
	Contra el honor ..	<div> <div>Injuria.</div> <div>Adulterio.</div> <div>Calumnia.</div> </div>
	Contra la honestidad .....	<div> <div>Estupro.</div> <div>Violación.</div> <div>Ultrajes al pudor.</div> <div>Rapto.</div> </div>
	Contra el patrimonio .....	<div> <div>Rapto.</div> <div>Hurto.</div> <div>Robo.</div> <div>Extorsión.</div> <div>Usurpación.</div> <div>Defraudación.</div> <div>Daño.</div> <div>Quiebras.</div> </div>

J. C. Thyren, autor del anteproyecto sueco, divide los delitos (ver L. Jiménez de Azúa) en dolosos y culposos, y además en graves, de gravedad media y leves (a los efectos de la penalidad). Luego esboza, para la clasificación en la parte

especial, una sobre la base de la naturaleza o calidad de los intereses violados, que puede sintetizarse en el siguiente cuadro:

Delitos	Contra los particulares	{ contra la integridad corporal { contra la vida de la voluntad { contra la vida del sentimiento { contra la propiedad
	Contra la sociedad	{ de peligro general contra la vida { y la salud. { de peligro general contra la vida { de la voluntad. { de peligro general contra la vida { del sentimiento { de peligro general contra la pro- { piedad.
	Contra el estado	{ agresiones centrales. { Id. periféricas { Infracciones ge- { Id. especiales { nerales { Id. especiales



## CAPITULO V

### De la ley penal



24. — Razón de ser, objeto y límites del derecho penal. 25. — Definición y contenido. 26. — Caracteres. 27. — División. 28. — a) Legalidad de los delitos y las penas. b) Fuentes del derecho penal. c) Leyes penales vigentes y leyes que el código deroga. 29. — a) Interpretación de la ley penal, b) El tecnicismo de la ley. 30. — La ignorancia y el error de derecho.

24.—Que el hombre ha vivido siempre en sociedad, es algo que si no estuviese abonado por una historia secular, tendría su comprobación en sus propias condiciones físicas y morales.

No hace al caso considerar la importancia que en el tiempo y el espacio hayan tenido los distintos grupos sociales, ni las transformaciones de todo orden que hayan sufrido bajo la influencia de la evolución y del progreso; el dato es de una verdad incontestada, y sirve de base a la afirmación de que el derecho penal es tan antiguo como el hombre, según se anticipó en el n° 1.

No es posible desconocer, en realidad, que la vida social del hombre impuso desde el primer momento la necesidad de normas reguladoras de su actividad, normas que, fijándole el alcance y el límite en la esfera de la vida de relación, permitiesen el libre y armónico juego de los distintos y opuestos intereses particulares en su relación recíproca, y en orden al mismo tiempo a los de carácter común o colectivo, así se hallasen ellas constituidas por los usos y las costumbres, los dogmas religiosos, los mandatos del soberano o la ley escrita. Las agrupaciones todas, los núcleos sociales de todas las épocas y de todos los lugares, cualesquiera que hayan sido su importancia y grado de civilización, han vivido al amparo de esas normas, entre las que han figurado en primer término las de índole penal.





Independientemente de las normas fundamentales que organizan políticamente la sociedad, o, lo que es lo mismo, el estado; independientemente de las leyes administrativas y de carácter civil, que al par que el precepto contienen la sanción, ha sido menester adoptar medidas extremas, hasta hoy llamadas penas (medidas de seguridad modernamente algunas de ellas). Y ello con relación a determinadas violaciones de esas mismas normas, que no tienen en sí mismas la suficiente protección para que su acatamiento y eficacia se encuentren garantidos, o bien con relación a ciertos atentados contra tales o cuales intereses particulares o sociales, que representan para el individuo o la sociedad verdaderas condiciones de existencia, como son la vida y la libertad, la independencia del estado y la estabilidad de sus poderes, intereses vitales que no pueden encontrar la tutela necesaria en las sanciones comunes (nulidad, reparaciones, etc.). Necesidad de conservación social por un lado, e insuficiencia de los medios ordinarios por otro.

Es así como, con el decir de Bunge, el derecho penal es, en su exigencia y contenido, un *minimum* de derecho civil, a la vez que un *máximum* de derecho en su eficacia, o, como algún otro ha dicho, "la fórmula sintética del derecho".

De lo dicho, que explica la *razón de ser*, el *por qué* del derecho penal, se infiere cuál es su *objeto*, el *para qué*, que es tutelar el imperio del derecho, el orden jurídico, en la medida requerida por las condiciones de existencia individual y colectiva, en forma a asegurar la convivencia social, o, como dice Castejón: "la defensa de la sociedad organizada como estado y la defensa de los individuos que la componen".

Nada hay en el concierto universal substraído a un orden determinado, con arreglo al cual todo se rige y cuya expresión es la ley. Es así como la actividad del hombre responde a un orden moral, uno de cuyos puntos de vista, el de las relaciones sociales, constituye el orden jurídico.

Es el mantenimiento de este orden jurídico, es el imperio de la ley escrita o derecho establecido que lo traduce y expresa, es la necesidad de asegurar las condiciones de convivencia social que lo explica y lo origina, lo que constituye el objeto de la tutela del derecho defensivo pena!.



Mas, *¿cómo* realiza la sociedad este propósito? Construyendo un mecanismo jurídico, consistente en leyes que determinan los hechos prohibidos y las sanciones, que establecen reglas relativas a la responsabilidad, que crean el poder encargado de hacerlas efectivas, y que fijan las normas a las cuales éste habrá de sujetarse.

La ley, la autoridad y la sanción, son los tres resortes o *medios* fundamentales del mecanismo, los que se complementan con el régimen en el cumplimiento y los patronatos de liberados en las penas de cárcel, y con un determinado sistema de medidas de seguridad.

Pero siendo la ley penal una ley de necesidad, el dolor que impone al delincuente en la limitación o privación del uso y goce de sus derechos necesarios para el desenvolvimiento de su personalidad, tiene que tener su *límite* allí donde la pena o su grado de severidad es innecesario. El derecho de la sociedad para limitar o suprimir el derecho individual a título de pena o medida necesaria a su propia conservación, se encuentra por lo tanto limitado por este mismo derecho, que no puede ser allanado sino en tanto y en cuanto es necesario a los fines expresados.

Si es indudable que el interés privado debe ceder ante el interés social, es también cierto que este último no debe ultrapasar los límites de lo necesario. La utilidad social tiene por consiguiente su límite en el respeto a la personalidad humana: de manera que si el interés social explica la facultad de limitar o privar el uso y goce de los derechos de los coasociados, el respeto que éstos merecen impone el límite al ejercicio de aquella facultad.

25—Expuestos en el número precedente, la razón de ser, el objeto y los límites del derecho penal, corresponde intentar su *definición*, lo que puede hacerse de dos puntos de vista: el racional y el práctico.

Del primer punto de vista cabe definirlo como ciencia o como atributo social. En aquél sentido, se lo concibe como la ciencia que estudia el delito en su carácter de fenómeno social, el delincuente como su causa próxima o sujeto activo, y la sanción como medio de prevenirlo (más o menos la defi-



nición de Alimena); en éste, como la facultad (acaso mejor *deber*) social de prevenir el delito mediante sanciones.

Del segundo punto de vista no es posible definirlo, sino, como el conjunto de leyes e instituciones penales de un país.

La primera definición expresa claramente, aunque en síntesis, el *contenido* genérico del derecho penal, cuya especificación corresponde: en cuanto al *delito*, el estudio y determinación de su naturaleza, elementos, circunstancias, formas, clasificación y consecuencias; en cuanto al *delincuente*, al estudio y determinación de sus condiciones para ser sujeto activo del mismo y pasivo de la sanción, responsabilidad y grado de la misma y su clasificación; en cuanto a la sanción, al estudio y determinación de las acciones emergentes del delito, su naturaleza (de la pena), función, caracteres, clases, aplicación, cumplimiento y extinción, el resarcimiento del daño y demás cuestiones conexas como la condena condicional, la sentencia indeterminada, la libertad condicional, el patronato de liberados, la rehabilitación del condenado, el régimen especial para menores, y, en fin, todo lo relativo a las llamadas medidas de seguridad y a los sistemas y regímenes carcelarios, sin contar cuanto se relaciona con la ley penal (razón de ser, objeto, caracteres, contenido, eficacia en el tiempo, el espacio y respecto de las personas, etc.).

**26.**—Se caracteriza el derecho penal por formar parte del derecho público interno, y por ser prohibitivo, sancionador y de aplicación estricta.

Forma parte del derecho público interno; en primer lugar, porque rige relaciones del individuo con la sociedad, en cuyo interés se erige el hecho en delito y se impone la sanción consiguiente; en segundo lugar, porque ni un delito cometido fuera del territorio afecta (salvo algunas excepciones) el interés del estado, ni éste puede llevar la represión más allá de donde alcanza su poder.

Es esencialmente prohibitivo y sancionador, porque sus disposiciones se refieren a actos nocivos y porque sin la sanción consiguiente carecería de eficacia y por lo tanto de razón de ser; y es de aplicación estricta, porque sus sanciones importan restricciones o privaciones impuestas al uso y goce de los derechos



individuales, y de no estar taxativamente previstos los actos punibles y sus penas, la inseguridad y la arbitrariedad serían las que regularían la conducta de los individuos y los actos de la autoridad. *Nulla pœna sine lege*. Nadie será penado, dice el art. 18 de la constitución, sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, y agrega el 19 que nadie estará obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. (Véase el n° 28 a).

**27.**—Comprende el precepto o la disposición que prohíbe el acto bajo sanción, supone la ley que organiza las autoridades que lo han de aplicar, y marca a las mismas las normas de proceder a que han de sujetarse. Aquella ley se denomina de fondo y éstas de forma, o, más comúnmente, código penal y código de procedimientos. Aquí se estudia lo primero, o sea el derecho penal de fondo, que trata de los delitos y de las penas, fija reglas para establecer y graduar la responsabilidad y determinar y ejecutar las penas, y especifica los delitos, sus condiciones, sus modalidades y sus penas en concreto.

**28**—a) Si el hombre es libre de desenvolver su personalidad dentro del orden social, sin más restricciones que las que se relacionan con la libertad de los demás y las necesidades derivadas de las condiciones de existencia social, y si sus transgresiones han de acarrearle responsabilidades en forma de sanciones, va de suyo que, según se adelantó en el n° 26, esas limitaciones y estas sanciones han de estar previstas de antemano en las normas jurídicas reguladoras de la vida en sociedad. Los delitos, pues, y las penas, deben emanar de la ley escrita anterior, y es en este sentido que se habla de la legalidad de los delitos y de las penas. *Ningún delito, ninguna pena sin ley*. Va de suyo, en consecuencia, que queda excluida la interpretación analógica (núms. 26 y 29).

Es esto lo que dispone la constitución en su art. 18, al prescribir que “nadie será penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, precepto que reproduce el código civil en su art. 1066, reproducía el penal derogado en el 46, y se encuentra contenido en todas nuestras constituciones



y las de las naciones civilizadas a partir de la revolución francesa.

Ser penado por un acto que, no estando prohibido, estaba permitido, o sufrir una pena que no estaba fijada como sanción a la violación del acto prohibido, haría la ley repugnante a la conciencia colectiva, primordialmente justa y anhelosa de seguridad en la vida de relación. Le faltaría, como dice Carrara, la regla escrita de conducta y el juez se convertiría en legislador, rompiendo el equilibrio de los poderes. Es por eso que la constitución agrega en su art. 19, que “ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no mande la ley, “ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Si el juez pudiese colmar las lagunas y corregir la ley, el orden no sería posible, porque los ciudadanos carecerían de las normas reguladoras de su conducta, pues éstas serían establecidas *a posteriori*, y, por lo tanto, en el momento de obrar le serían desconocidas.

Dorado deja ver cómo se insinúa en ciertos escritores, y aún en el movimiento filosófico y de legislación, la tendencia a abandonar el sistema de los delitos y de las penas legales, substituyéndolo por el del arbitrio judicial, en el que, a la par que la ley escrita, figurarían como fuentes del derecho penal, la costumbre, los principios generales del derecho, etc.

Considera que el *nullum crimen, nulla poena sine lege*, nacido del abuso del arbitrio judicial y de las penas duras y severas, *garantía legal* impuesta por la reacción violenta de *los derechos del hombre* contra la desmedida absorción del individuo por el estado, está llamado a desaparecer, una vez que en la conciencia pública el delincuente sea considerado como un ser desgraciado, con *derecho* a ser mejorado por la pena, y ésta revista el carácter de un *bien* debido al delincuente y al mismo tiempo de un *medio* jurídico defensivo social, y desaparezca, por lo tanto, el erróneo concepto que de ella se tiene todavía, de pena *mal*, de pena *castigo*, de pena *retributiva*.

“Cuando haya llegado, dice, a arraigar un tanto en la conciencia popular la creencia, que hoy no hace más que anunciarse en las obras de algunos doctos, de que el juez penal, al “cumplir su misión, hace una obra *justa* y *buena*, y de que la “pena es un *medio* de que hace uso para la consecuencia de



“ un fin *lícito, moral* y exigido por la sociedad y por el *verdadero* interés del propio individuo a que se aplica; cuando el juez mismo, penetrado de su deber, busque tan sólo el bien *social* y el *individual*, empleando la pena, no para *vengar* a la sociedad de ataques ya sufridos, ni para *expiar* o *retribuir* con un nuevo mal el mal ya causado, sino para *impedir* la comisión de *futuros* delitos; cuando, en lo tanto, no haya motivo alguno para temer que la pena se imponga *con la menor animosidad* contra el reo, sino como medio de *mejorarlo* y *levantarlo* de la postración en que se halla, o como medio de *librar* a la sociedad de *futuros atentados* por parte del mismo “ (que es el sentido con que se aplican la reclusión y los medios represivos a los locos, a los niños, a los enfermos, etc.), entonces no habrá nada que *temer* del arbitrio judicial, y no habrá presición de poner a los tribunales *cortapisa* alguna en el desempeño de su misión; antes bien se les *obligará*, como se les obliga en el orden civil, a echar mano de *todos* los medios que crean conducentes a la mejor administración de justicia, sin que *en ningún caso* puedan dejar de administrarla *so pretexto de silencio, oscuridad o deficiencia de la ley*. Su *cederá*, en suma, lo que sucede con el médico y el confesor, a saber: que no obstante que imponen al enfermo y al penitente medios represivos, que les hacen *padecer* más o menos (medicinas y penitencias, medicinas para el cuerpo y para el alma), nadie ha creído necesario coartar la libertad de los mismos, ni dictarles reglas cerradas e inflexibles para el desempeño de su misión...”

Tiene, para abrigar aquella esperanza, las siguientes razones:

“a). Las corrientes actuales de la filosofía jurídica acerca “de las fuentes del derecho y su valor”. (La órbita jurídica — extra legal — de los principios generales del derecho, la costumbre, la jurisprudencia, etc.).

“b). El espíritu y tendencias de las escuelas correccionales “listas y positivas”. (El delincuente no es menos digno de atención y protección social, que lo es el loco, el niño, el inválido y el enfermo, y la función penal no es retributiva o de castigo, sino previsora, regeneradora, benéfica).



“c). El reconocimiento de la personalidad individual y los “derechos que la integran en la conciencia jurídica contemporánea”). (Los derechos del hombre, *las garantías individuales*, o lo que es lo mismo el reconocimiento de la personalidad jurídica individual, sustraída en cierta esfera del derecho al régimen de la ley, es un hecho de conciencia jurídica universal definitivamente establecido, aún sin su consagración constitucional, y por lo tanto el posible abuso se encontraría trabado por el freno de la opinión pública y de la acción reparadora de los poderes del estado encargados de poner coto a semejantes extralimitaciones).

“d). El carácter socialista de la sociología moderna”.

“e). La introducción, cada vez mayor, en las legislaciones, del arbitrio judicial”. (Condena condicional, sentencia indeterminada, penas paralelas, elasticidad de las penas, atenuantes y agravantes prudenciales, etc.).

“f). El nacimiento y generalización de ciertas instituciones que responden a una concepción de la pena distinta de la “dominante”. (Sistemas penitenciarios, tratamiento especial para menores, manicomios criminales, asilos para ancianos, etcétera).

Acompañan al autor citado en este parecer, entre otros, Aramburu, Rovira Carreiró y Binding. En contra el mismo, Ferri, cuyo positivismo es indiscutible. (“Revista argentina de ciencias jurídicas”, núms. 111-112).

Esta nueva orientación llamada del *derecho libre o sociológico*, tiende, en materia de fuentes del derecho, o de aplicación del derecho o jurisprudencia en sentido amplio, al regreso hacia el antiguo derecho pretoriano de los romanos, o al arbitrio judicial que abatió el individualismo de la revolución francesa.

Como una reacción contra el absolutismo legal, producto del absolutismo constitucional, transformación a su vez del absolutismo político (el estado soy yo, el rey). cuyo resultado directo es el automatismo judicial, o la subordinación absoluta del juez a la ley y la intensión del legislador, se ha producido este movimiento de opinión dirigido a vivicar el derecho, independizándolo de la ley como única fuente y manifestación, y dando por lo tanto al juez la parte que le corresponde en la vi-



da del mismo por su aplicación a lo concreto, en colaboración, por lo mismo, con el legislador, cuyas lagunas colma o cuyos errores enmienda, en la tarea de la adaptación del derecho a las necesidades sociales evolutivas o a la naturaleza de las cosas no bien consultadas. El derecho rígido, el derecho estático, cede así su puesto al derecho flexible, viviente, dinámico.

Es interesante, sobre este punto, “La ley y la sentencia” por Hans Reichel.

A esta orientación se le reprocha conducir a otro absolutismo, el judicial, no menos perjudicial que el de la ley.

A la objeción de rigidez e inmovilidad de la ley, tan poco propicias a conformarse a las necesidades sociales siempre cambiantes, a punto de hallarse por veces en pugna con los conceptos y normas establecidas, se contesta con Pessina que el legislador, que representa al pueblo, consulta la conciencia colectiva, sobre lo que Carrara llama la ley natural jurídica, estado de conciencia que evoluciona con tiempo suficiente para que el legislador pueda estudiarlo y preparar su satisfacción en el momento que, definiéndose, cobra la fuerza de una verdadera exigencia; aparte de que ni el progreso ni la civilización marchan tan de prisa, que se produzcan modificaciones violentas en las necesidades fundamentales de carácter social, sino por excepción.

El código, siguiendo el ejemplo de los proyectos suizo, alemán y austriaco, ha cedido bastante a la tendencia del *derecho libre*, en la libertad condicional, el régimen de la pena de multa, la condena condicional, la imputabilidad, las medidas de seguridad, el régimen de menores y el de las atenuantes y agravantes, y, en general, en cuanto se relaciona con la personalidad del delincuente y su grado de peligrosidad.

b). *Fuente* significa (metafóricamente) en derecho, lugar, cuerpo o institución donde éste nace o se manifiesta, y es sabido que puede ser interna o externa, inmediata o mediata, directa o indirecta, explícita o implícita, oficial o pública (la ley y la jurisprudencia) y no oficial o privada (derecho natural, derecho científico y la costumbre).

Por punto general la fuente principal es la ley, y subsidiariamente la costumbre, los principios generales del derecho, y en cierto modo la jurisprudencia. Pero esto en materia civil.





¿Es lo mismo en materia penal? Indudablemente no: en esta materia no se reconoce más fuente que la ley; la costumbre apenas si cuenta en forma indirecta en materia de injurias, respecto de aquellos actos que son en concepto público considerados afrentosos.

El art. 18 de la constitución es terminante al respecto.

Fuente externa y a la vez indirecta puede ser una ley penal uruguaya, p. e., en algunos de los casos de delitos complejos previstos por el Tratado internacional de Montevideo.

Entre nosotros, como en los demás países, la ley penal está formada por un cuerpo de leyes llamado código, y un sin número de leyes sueltas, complementarias o independientes. Son leyes penales todas aquellas, de cualquier clase que sean, que prohíben ciertos actos bajo sanción penal. Sin excluir los tratados, los que, según el artículo 31 de la constitución, son leyes para la nación, y entre los cuales puede citarse el de Montevideo, que da lugar, en ciertos casos, a la aplicación de leyes extranjeras, por donde también éstas pueden ser fuentes particulares y accidentales de nuestro derecho penal.

Las leyes penales pueden ser generales o locales, del punto de vista territorial, y comunes o especiales, del de la materia que rigen. Es general una ley cuando rige en todo el territorio del país, y es local cuando sólo rige en una localidad determinada; común cuando comprende hechos y relaciones de ese carácter, y especial en los casos contrarios. Puede citarse como ley general, y a la vez común, el código, como leyes especiales, la militar y de aduanas, y como leyes locales, las que se dictan las provincias, entre las que cabe recordar las de elecciones, las de juegos de azar, etc.

Más adelante se enumera las leyes penales vigentes, que constituyen la fuente directa de nuestro derecho penal.

Aparte de esta fuente inmediata y directa del derecho penal, existe la mediata de la constitución, muchas de cuyas disposiciones se relacionan con él directa o indirectamente, según se hace ver en el cap. VIII.

Y no solamente las leyes, entendiéndose estrictamente por tales las dictadas por el poder legislativo, sino también todos los reglamentos, edictos, ordenanzas y decretos dictados por las autoridades administrativas con fines de utilidad o necesi-



dades públicas y con autorización de la ley, pues al hacerlo obran por delegación de aquel poder y hacen sus veces. Puede citarse como ejemplo los decretos reglamentarios de la leyes del trabajo, los edictos de policía, etc.

La ley de reformas disponía, en su art. 2, que “las disposiciones generales del código y las suyas, serían aplicadas a “las materias regidas por otras leyes penales en cuanto éstas “no dispusieren lo contrario”, disposición que ha reproducido el art. 4 del código vigente.

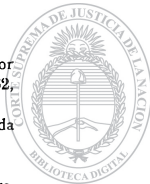
c). El código dispone en el art. 305, que quedan derogadas las leyes números 49, 1920, 3335, 3900, 3972, 4189, 7029, 9077 y 9143.

Deroga además las demás leyes que se le opusieren, entre las que quedan comprendidas la de falsificación de moneda (arts. 282 y siguientes), como así mismo en lo pertinente las de ferrocarriles, correos y telégrafos (arts. 190 y siguientes), y la de 26 de diciembre de 1895 (art. 61 y ps. 67 del informe del senado y XXV del proyecto de 1906).

Quedan, pues, vigentes, además del código, el código militar y las no derogadas de que se hace mención en el n° 31.

En cuanto al código de justicia militar, obra del auditor Dr. J. M. Bustillo (comisión, julio 1897; presentación del proyecto, junio 1898; sanción y promulgación, noviembre 1898), cabe hacer presente que contiene disposiciones de carácter común, que fueron incluidas en él por no hallarse previstas en la ley común, y que no han sido incorporadas al nuevo código, por lo que debe considerárselas vigentes. Tales son las de los arts. 614, 641, 647, 716, 717, 724, 728, 729, 730, 758, 762 y 813.

Aún cuando sólo en los arts. 614, 641, 644, 716, 729, 730, 771 y 813 se dispone que serán aplicadas sus disposiciones por el juez o tribunal competente (no militar), puede entenderse que también quedan comprendidos los demás, ya por mediar la misma razón que en los otros, era porque el autor del proyecto así lo consideró, al decir en su informe: “Estas disposiciones pertenecen a la legislación común y debieran ser incluidas en ella. Mientras no sea así, es necesario que se mantengan en el código de justicia militar, etc.”



Pueden, sin embargo, considerarse derogados: el 724, por el 212 del código penal; el 758, por el 224 del mismo, y el 762, por el 209 ídem.

Puede verse además los arts. 25 a 28 de la ley de prenda agraria de septiembre 30 de 1914.

29.—a). Por mucho que el legislador se esfuerce en prever todas las hipótesis, la diversidad siempre cambiante de la vida en sus múltiples manifestaciones hará que aparezcan nuevos hechos no previstos. Si a esto se agrega que la misma materia prevista puede estar tratada en forma que haga dudosa la inclusión de un hecho en alguna de las varias previsiones que la misma ley contenga, que la expresión literal empleada puede prestarse a darle un significado técnico o usual, y algunas otras consideraciones más, se advierte cuán indispensable es la obra del intérprete.

La necesidad de la *interpretación* está justificada en nuestra ley por casos claros, de los que sólo mencionaré algunos.

El art. 55 del código derogado disponía que no se impondría pena de muerte cuando la prueba fuera sólo de presunciones, pero no decía con qué pena se la había de reemplazar; y otro tanto hacen algunas constituciones y leyes locales respecto de la prueba de confesión y del número de opiniones conformes, de los jueces que intervienen en la causa. Cabía preguntar en tales casos: ¿era la pena del art. 17, cap. II, n° 1, o la de los arts. 3 y 4 de la ley de reformas, o la de los arts. 59, 111, inc. 4°, y 112, inc. 3°? Todo esto se ha sostenido, con buenas o malas razones.

El art. 72 no dice a qué *ascendientes* (legítimos o no) se refiere; otro tanto el 75 con relación a los *hijos*, *nietos* o *padres*; también el 80, el 81, y otros tantos, entre los que cabe citar el del art. 303, caso reciente del que instruye el n° 36, última parte.

La interpretación puede ser considerada según la calidad del intérprete o según el método de que él se valga. Del primer punto de vista es *privada* o *pública*, y del segundo es *literal*, *lógica* o *anológica*, y *dogmática* o *exegética*.

La *privada*, llamada impropriamente doctrinaria, es la de los jurisconsultos, y consiste, como dice Rivarola, en una ex-



posición que explica una determinada legislación. Esta clase de interpretación ha perdido en la actualidad la importancia que tuvo en otros tiempos.

La *pública* es la que hacen las personas en ejercicio de una función pública, como son el legislador y el juez. Llámase *auténtica* a la primera y *judicial* a la segunda. Puede verse sobre el particular el “Título preliminar” del código de comercio.

Cuando la *judicial* reviste autoridad por haberse hecho corriente, recibe el nombre de *jurisprudencia*. Pero aun así no es obligatoria para los jueces, pues la decisión de los tribunales carece de fuerza y eficacia fuera del caso resuelto. Únicamente puede servir de fuente al legislador, como ha ocurrido con el art. 114, que ha sido conformado a la jurisprudencia de la Suprema Corte en lo referente al alcance del código en materia de delitos cometidos por medio de la prensa.

Dado nuestro sistema federal, puede decirse que la única que puede llamarse propiamente jurisprudencia es la de la Suprema Corte nacional, en materia constitucional. La materia penal, al par que la civil y comercial, es interpretada por numerosos tribunales, y esto influye para que sean muy pocos los puntos a cuyo respecto pueda decirse que existe una verdadera jurisprudencia.

De la interpretación *auténtica* se tenía un ejemplo en el art. 31 de la ley de seguridad social. Ocurrió que, al no autorizar la ley de reformas más atenuantes para los casos de pena de muerte que la especialmente prevista en el n° 5, cap. I del art. 17, surgió la duda de si eran aplicables las de los ins. 8° y 9° del art. 83 del código, de aplicación en el sistema derogado que no autorizaba la imposición de aquella pena si concurrían circunstancias atenuantes. Pues bien: esta duda fué resuelta por el legislador al decir, en la ley de seguridad social, que las disposiciones de esos incisos no eran de aplicación en los casos de pena de muerte por ella previstos, por lo que dejaba establecido, *contrario sensu*, que lo eran en lo demás.

Pero no es esta por cierto la única interpretación a la que corresponde la denominación de *auténtica*. También corresponde a la que surge de los informes y discusiones oficiales en las comisiones y en el seno de las cámaras al prepararse y



sancionarse la ley, cuando resulta que ha obtenido la conformidad del cuerpo legislador. Si aquélla es directa, ésta es indirecta, pero siempre auténtica.

Interpretación *dogmática* es la que se hace interpretando la ley artículo por artículo, cláusula por cláusula; y es interpretación *exegética*, la que se hace sobre el conjunto de disposiciones de la misma, relacionadas con el punto legislado en el artículo o cláusula en examen.

En la interpretación *literal* debe tenerse en cuenta el sentido de las palabras en el momento de dictarse la ley, y, si tuviesen un significado técnico y otro usual, habría que estar en general al último, porque, como alguien ha dicho, la ley es para el pueblo, y es lógico que el legislador haya escrito para ser interpretado por el pueblo con su lenguaje usual. Salvo, naturalmente, casos especiales, como cuando se refiere expresamente a materia técnica.

Cuando la expresión literal de la ley no es precisa y concluyente, tiene lugar la interpretación *lógica*, que casi siempre es *exegética* y se refiere al espíritu de la ley; para lo que es menester referirse a las razones que motivaron la ley, a la opinión y al estado del derecho en esa época, a lo que ha sido incluido o excluido expresamente, etc.

En general debe observarse como reglas de interpretación o *hermenéutica*: que lo que no está prohibido está permitido; que lo que está permitido, impuesto o prohibido en una medida menor, lo está para una mayor; que una disposición especial deroga la general que le es contraria; que el espíritu prima sobre la letra y lo *exegético* sobre lo *dogmático*, etc.

La interpretación *analógica* está prohibida en esta materia, dado el carácter prohibitivo y sancionador de la ley penal (a diferencia de lo que ocurre con la materia civil y comercial) aunque el código no lo diga. Lo dicen, en cambio, las leyes procesales.

No solamente es prohibida la interpretación *analógica*, sino que también lo es la *extensiva*. Alimena distingue la interpretación *analógica* de la *extensiva*, diciendo: "mientras la interpretación *extensiva* busca a través de las palabras de la ley "el pensamiento y la voluntad del legislador, sacando de las "palabras oscuras o dudosas lo que sólo falta aparentemente,



“y de las expresiones inexactas, lo que parece faltar a primera vista, e incluye todo cuanto el legislador quería comprender en la disposición; la analógica, por el contrario, colma las lagunas, o sea, extiende la disposición a casos no previstos por el legislador”.

Esto no es claro, sin embargo. Y así se ve, que para distinguir lo analógico de lo extensivo, se dice que hay analogía cuando se *extiende* una disposición a casos no previstos. El mismo Alimena agrega más adelante: “Estando así las cosas, parece que es necesario tomar un camino que prescinda de “la *falaz* distinción entre interpretación analógica y extensiva”.

Hay que agregar que la analogía puede ser *legal* o *jurídica*, según que nasca de una disposición de la ley o de los principios que informan todo el derecho positivo (Alimena).

Puede verse, además, lo dicho en el n° 28, letra a).

b). Aparte del método, tienen importancia en la interpretación de la ley ciertos términos de uso propio en la rama de la ciencia jurídica; ya sea que correspondan a la ciencia criminal o al derecho civil.

En el código derogado no figuraba el título o capítulo que otros dedican al tecnicismo de la ley, de manera que, o había que recurrir al significado que ciertos vocablos tienen en la ley civil y en las leyes de comercio y de otro orden, o había que darles el que le tienen asignado la jurisprudencia o consagrado la literatura científica.

Los proyectos últimos no descuidaron este punto, y es así como el código le dedica los arts. 77 y 78, en los que, luego de advertir que los plazos se contarán con arreglo a la ley civil, dice: que la expresión *reglamentos* u *ordenanzas*, comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que traten; que los términos *funcionario público* y *empleado público*, designan a todo el que participa, accidental o permanentemente, del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente; que con la palabra *mercadería*, se designa a toda clase de efectos susceptibles de expendio; que el término *capitán*, comprende a todo comandante de embarcación o al que le substituye; que el término *tripulación*,

comprende a todos los que se hallen a bordo como oficiales o marineros, y finalmente, que “queda comprendido en el concepto de *violencia*, el uso de medios hipnóticos, narcóticos y “otros semejantes”, agregado que, tomado del proyecto alemán, propuse, siendo aceptado por la comisión del senado.

Por lo que respecta al tecnicismo no incluido y que tiene su relación con la ley civil, puede verse lo dicho en el nº 77.

**30**—Sobre la ignorancia y el error de derecho véase el nº 115, t. II.





31. — Formación del derecho penal argentino. Proyectos y leyes dictadas desde la época de la emancipación. 32. — Juicio sobre el proyecto de 1917. Sus antecedentes e historia de su formación. Sus criterios y principales reformas. 33. — a) Observaciones al proyecto de 1906, y las formuladas sobre el de 1917 a la comisión del senado. b) Juicio sobre el código. 34. — Inconveniente de la mala aplicación de una buena ley.

31.—Producida hace un siglo nuestra emancipación, los hombres dirigentes no tuvieron por mucho tiempo otra preocupación dominante que asegurar en primer término la independencia política. Es así como, refiriéndose a la revolución argentina, dice Mitre en la historia de San Martín: “Triunfante “ en el hecho dentro de sus fronteras, con una organización in- “ definida todavía después de dos años de luchas y trabajos, “ había necesidad de popularizarla, de vivificarla, dándole por “ base y por crédito un derecho nuevo que respondiese a las “ necesidades del presente, satisfaciendo las necesidades en lo “ futuro” Y pasó la causa de la independencia momentos tan difíciles, que hasta el mismo Belgrano (Mitre, historia de Belgrano), se convirtió de republicano ardiente en monarquista constitucional.

Se explica de esta suerte el esfuerzo sin segundo por constituir cuanto antes políticamente la nueva nación, siendo varios los ensayos de constitución tentados. Promulgadas con tal carácter las reglas formuladas por el Cabildo abierto, vinieron después los proyectos de 1811, 1813, 1815 y 1817, hasta que, encendida la tea de la guerra civil en pos de la constitución unitaria de 1819, se reproduce la de 1826, que corre sobre el cielo de la patria la triste y larga noche de la tiranía.

Es únicamente después de Caseros, y antes de la constitución del 53, aceptada el 60 por Buenos Aires, que se promueve la emancipación en el terreno de la legislación, vigentes co-





mo aún estaban los vetustos códigos españoles, cuando hacia ya tiempo no regían en la misma España, que había renovado y modernizado sus cuerpos de derecho.

Hasta entonces las cosas habían pasado tal como las describe López en su historia de la República Argentina, cuyas palabras transcribo: "Cada provincia se acoge a las imperfecciones de su vida social dentro de sus propios límites. La "revolución de Mayo ha llenado su misión. Nos ha dado una "patria independiente. Pero no ha tenido tiempo ni medio de "darnos un organismo libre y representativo, en sustitución "de aquel otro organismo solemne por los años, templado por "la sensatez administrativa de tres siglos, que ella demolió".

Y si no había conseguido todavía afianzar la organización fundamental del país, ¿qué extraño es que no se hubiese puesto manos a la obra de darnos una legislación propia y adecuada a los progresos ya en esa hora alcanzados?

Pero llegó por fin el momento feliz, y fué el decreto de Urquiza de 24 de agosto de 1852 el que marca el primer paso dado en este sentido. Por ese decreto se instituye una comisión encargada de proyectar los códigos civil, comercial, penal y de procedimientos. De esa comisión, que no llenó su cometido, formó parte el Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, como redactor del código civil en reemplazo del Dr. Lorenzo Torres. (Decreto de 3 de septiembre del mismo año).

Jurada la constitución del 53, que establecía la unidad de legislación de fondo en el país, a diferencia de los Estados Unidos (su modelo constitucional), no sin la protesta de algunos de los congresales, como Zavala, por ejemplo, una ley de 12 de diciembre de 1854 autorizó al P. E. a nombrar la comisión encargada de proyectar los códigos civil, comercial y penal que debía dictar el congreso, en cumplimiento de un precepto constitucional (art. 67 inc. 11). El 9 de Junio de 1863, una nueva ley facultó al P. E. para nombrar comisiones encargadas de redactar los proyectos de código civil, penal y de minería, y en uso de esta atribución el P. E. nombró por decreto del 5 de diciembre de 1864 al Dr. Carlos Tejedor, para redactar el proyecto de código penal.

Presentado el proyecto por Tejedor en dos partes, una en 1865 y la otra en 1867, se dictó la ley de octubre 16 de 1868,



por la que se autorizaba al P. E. a nombrar una comisión de tres abogados, con objeto de que lo examinase *prolijamente*. El P. E., en uso de esta autorización, nombró una comisión por decreto de 7 de noviembre del mismo año, la que, integrada varias veces por renuncia de algunos de sus miembros, presentó su informe el 3 de enero de 1881, al que acompañaba un nuevo proyecto que proponía en substitución del de Tejedor.

Y fué recién el 1º de marzo de 1887, que entró en vigencia el primer código penal argentino; que no era ni el proyecto de Tejedor ni el propuesto en su lugar por la comisión revisora, y que fué sancionado juntamente con el de minería, obra del Dr. Enrique Rodríguez, por ley de 24 de noviembre de 1886.

Pero antes de que se promulgase como ley nacional el código penal, y aún antes de haber sido nombrado el Dr. Tejedor para proyectarlo, la ley de 12 de septiembre de 1863 daba a la República, como código de comercio, el redactado por los doctores Vélez Sársfield y Eduardo Acevedo, por encargo del gobierno de la provincia de Buenos Aires, que lo había adoptado en uso de la facultad acordada por el art. 108 de la constitución nacional, por ley de octubre 7 de 1859.

Y aún la comisión revisora del proyecto de Tejedor no se había expedido, cuando también la nación tenía como código civil, el año 1871, el proyecto de Vélez Sársfield, que se le encomendara por segunda vez por decreto de 20 de octubre de 1864, y que tuvo la rara suerte de ser sancionado a libro cerrado por ley de 24 de agosto de 1869.

El P. E., por decreto de junio 7 de 1890, nombró una comisión compuesta de los doctores Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero y José Nicolás Matienzo, con el encargo de proyectar la reforma del código penal. La comisión llenó al año cumplidamente su cometido, presentando en junio de 1891 un proyecto orgánico y metódico, que comprendía la legislación de las faltas de carácter general, agrupaba la legislación penal dispersa del país, e introducía reformas fundamentales y nuevas instituciones. Precedía al proyecto, que ha merecido juicios muy honrosos en el extranjero, una ordenada, erudita y extensa exposición de motivos.



Presentado el proyecto a la cámara de diputados por el P. E., la comisión respectiva aconsejó su sanción el 30 de septiembre de 1895. Durmió el proyecto un sueño largo, sin embargo, y cuando se lo exhumó, fué para destrozarlo, pues la reforma de agosto 22 de 1903, retaceo inorgánico de una excelente obra de legislación, no consiguió mejorar sensiblemente la legislación vigente, ya bastante atrasada en aquel momento.

Comprendía 32 artículos, de los cuales 29 corresponden a 105 del proyecto de 1891. La reforma comprendió las reglas para la comprobación de la intención, la tentativa, la complicidad, la determinación de la pena, algo sobre las penas en general, la adopción de la deportación, la reincidencia, la prescripción, y otras cuestiones de menor importancia en la parte general, y en la especial los delitos contra la vida y la salud y la honestidad, los matrimonios ilegales, la extorsión, el hurto, el robo, la defraudación, los estragos, el prevaricato, la malversación, la falsificación de documentos, el falso testimonio y algunos delitos contra la libertad.

Este proyecto había dado lugar a una animada polémica en "La Nación" y en "La Prensa", entre los autores del proyecto, por una parte, y el Dr. Lisandro Segovia, por la otra. Esta polémica dejó a los primeros con la palabra, y el Dr. Segovia publicó un proyecto de código penal en una revista de derecho.

Y finalmente, por decreto de 19 de diciembre de 1904, se nombró una nueva comisión encargada de proyectar, entre otras cosas, la reforma del código penal, de la que nuevamente formaron parte los doctores Rivarola y Piñero, con lo que se demostraba el desacierto de la reforma del año anterior. Esta comisión llenó su cometido presentando un nuevo proyecto, que, con pocas diferencias, es el proyecto de 1891. Aquél, como éste, durmió el sueño largo en el congreso.

Ya se advierte cómo el derecho penal argentino ha llegado muy tarde a ocupar el último puesto franco en la legislación de fondo. Y si bien se mira, o a esta materia se le ha prestado poca atención, o se la deja de lado por considerársela delicada.

Soy, sin embargo, de opinión que un código no se discute en un congreso, por la sencilla razón de que un código es



una obra de ciencia y meditación, y la composición de un congreso y su actuación, con pocas excepciones, ni supone la primera ni demuestra la segunda.

O se tiene o no se tiene fe en la competencia de los peritos a quienes se encarga la reforma. Si no se les tiene, qué razón hay para acordársela a la competencia de las comisiones de las cámaras? Si se tiene, no hay por qué colocarla en condiciones inferiores a la de estas comisiones, que no poseen regularmente la preparación especial necesaria, ni disponen del tiempo suficiente para la revisión de una obra de aliento. Es precisamente porque no fué revisado el proyecto de Vélez Sársfield que tuvimos en poco tiempo un excelente código civil, y es porque se revisó a Tejedor y a sus revisores (error grave), y porque se discutió el código penal en el congreso (error gravísimo), que tuvimos un mal y tardio código penal. Y es porque se discutió en el congreso el proyecto de 1891 que tuvimos una mala y tardía ley de reformas.

Afortunadamente no se incurrió en ese funesto error con el proyecto de 1906. Revisado por el diputado Rodolfo Moreno hijo, presentó éste una planilla de modificaciones, la que, sometida a la consideración de la comisión especial, dió por resultado la sanción del código, con las rectificaciones aconsejadas primero por dicha comisión y luego por la del senado.

No era sin embargo malo para su época el código penal, como no lo fueron los proyectos de Tejedor y el de Villegas, Ugarriza y García, llamado éste proyecto *intermedio*.

El proyecto de Tejedor, tomado principalmente del código de Baviera, adolecía, es verdad, de algunos defectos, pero tenía una ventaja inapreciable. Los defectos eran de orden general y de carácter particular otros. Eran defectos de orden general la multiplicidad y benignidad de las penas, la poca elasticidad de las mismas y el abuso de las penas fijas, y entre los de carácter particular puede recordarse la represión del suicidio en su autor, cuando no tenía lugar el sorteo que ordenaba en caso de varios partícipes condenados a la pena de muerte, el exceso de especificación en materia de dolo, tentativa, complicidad y legítima defensa, los delitos contra la religión, etc. La ventaja consistía en la adopción de normas ge-



nerales y amplias para la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García, tomado de los códigos españoles de 1850 y 1870, corregía muchos de esos defectos, invertía el orden de los delitos en la parte especial, dejando para el último los delitos personales, pero empeoraba en lo fundamental, con la adopción de reglas taxativas para la apreciación de las atenuantes y agravantes, así como con el aumento en las clases de penas.

Los proyectos de 1891 y 1906 corrigieron este defecto. Sobre todo el primero. Ambos no son substancialmente diferentes. Puede decirse que, salvo lo de las penas, la inclusión en el de 1906 de la condena condicional y algunas otras diferencias sin importancia, el de 1906, es el de 1891.

Aquellos proyectos, pues, seguían la evolución, aunque lenta, progresiva que se operaba en el campo de la legislación, impulsada por la nueva orientación de la ciencia penal difundida en publicaciones de clase varia.

Pero donde la influencia del progreso en las ideas se hacía más sensible, era en los dos últimos, que aceptaban de la nueva doctrina lo que cabía en la ley, e introducían organismos nuevos en la economía jurídica argentina; como ser la condenación y la libertad doblemente condicional, y la deportación y la expulsión de delincuentes en el extranjero.

También, siguiendo la corriente unitaria marcada por el art. 67, inc. 11 de la constitución dentro de nuestro sistema federal, incluían la legislación sobre faltas de carácter general, hasta hoy excluida de los anteriores proyectos, del código y de la reforma, y que fué uno de los motivos que hizo fracasar el proyecto de 1891 ante el congreso.

Marcaba igualmente este proyecto una dirección nueva en el concepto de ciertos actos hasta hoy considerados delictuosos, y entre los cuales puede citarse el adulterio y el duelo.

Llenaban muchos claros, como los relativos al imperio de la ley penal en el tiempo y en el territorio; al ejercicio de las acciones que nacen de los delitos; a la responsabilidad civil de los culpables, etc. Aclaraban ciertos conceptos vagos de la legislación vigente, como el que se refiere a la culpa en ciertos delitos; salvaban los inconvenientes del sistema taxativo



de las circunstancias que influyen en la determinación de la responsabilidad penal; fijaban el verdadero concepto del encubrimiento; tomaban providencias respecto de los dementes y menores irresponsables, etc.

Y así como el derecho penal argentino ha seguido evolucionando en esta última mitad de siglo, también la literatura penal desde Tejedor hasta el presente, ha seguido la corriente de ideas modernas. Puede citarse principalmente a Rivarola, autor de "Exposición y crítica del código penal", de "La justicia en lo criminal", de muchos otros trabajos publicados en revistas, folletos y diarios, y del "Derecho penal argentino".

Puede también citarse a Obarrio, Moyano Gacitúa, Herrera y Quiroga, autores de obras muy importantes de derecho penal, en las que, al par que el examen de la parte general del código, figura el estudio histórico y sociológico

Igualmente dos libros de conferencias tomadas taquígraficamente a los doctores Norberto y Osvaldo Piñero, en la cátedra de la Facultad de derecho de Buenos Aires, una obra del Dr. Segovia sobre el tratado de Montevideo, un estudio de la ley de reformas del Dr. Moreno y otra del Dr. Duffy, así como una obra publicada el 98 por el Dr. Ruiz Morepo, las publicadas y presentadas en varios congresos por el infatigable Vucetich, de universal resonancia.

Citaré una vez más a Moyano Gacitúa, en su "Delincuencia argentina. Citaré igualmente a Quesada, "Comprobación de la reincidencia", a Ingenieros, Ramos Mejía, y tantos otros cuyos trabajos han visto la luz pública en folletos, revistas, diarios y libros, como Varela, Argerich, Matienzo, Gómez, Ramos, Gache, Corvalán, Lezana, Peco, Parry, etc.

Debo también recordar el trabajo presentado por L. Cantilo al Congreso Científico Latino Americano reunido en Buenos Aires el 98, y la erudita y extensa exposición del Dr. Roque Sáenz Peña, ante el Congreso Internacional reunido en Montevideo el 99, que acordó reglas muy adelantadas en materia de la extensión de la ley penal con relación al territorio y extradición, así como la relativa a la expulsión de delincuentes en el extranjero refugiados en el nuestro, si el país respectivo, una vez invitado, no solicitaba la extradición. Final-



mente la obra del *Congreso penitenciario nacional* reunido en Buenos Aires en mayo de 1914.

Pero si fué esta la marcha del derecho penal argentino de medio siglo a esta parte, ¿cuál era el estado de la legislación penal durante la primera mitad del siglo que llevamos de vida independiente?

Antes de que algunas provincias, en uso de la facultad que les acuerda el art. 108 de la constitución, adoptasen, como adoptaron, el proyecto de código de Tejedor como código penal (Buenos Aires por ley 3 de noviembre de 1877, Entre Ríos por ley 4 de abril de 1878...), rigieron las desusadas leyes del tiempo colonial, las mismas que regían en la época del movimiento revolucionario. Sin otro concepto de la función penal que el de la *vindicta pública*, se prodigaban las penas más atroces por los delitos más nimios, al mismo tiempo que se elevaban a la categoría de delitos, simples faltas o hechos completamente inofensivos.

Me bastaría, para dar una idea del enorme atraso en que se habían cristalizado, citar una de tantas leyes, hoy inconcebibles: como la que prohibía repicar campanas sin permiso, bajo pena de muerte y confiscación de bienes.

Leyes relativamente buenas para su tiempo, habían sido derogadas en la misma España el año 22, y eran anticientíficas por el concepto que tenían formado de la responsabilidad, del delito y de la función penal, e injustas por las penas que aplicaban, desproporcionadas en extremo y atroces algunas de ellas.

Esas leyes fueron las de Indias (poco en lo penal), las Recopiladas y Las Partidas (la VII). El Reglamento provisorio de 1817, las mandó poner en vigencia hasta tanto se dictase la constitución, y mantuvo el arbitrio judicial, prohibido por la ley XV de la Recopilación de Indias.

Mas, producida la emancipación, dictáronse varias leyes igualmente torpes, como que eran de ocasión. En cambio fueron varias las asperezas de una legislación que marchaba a retaguardia del movimiento científico.

Puede citarse como bueno el decreto sobre seguridad individual, del que más adelante se hace mención.



También figuran como buenas las leyes de 24 de marzo de 1813, que declaró extinguida la autoridad civil del *Tribunal de la inquisición*, y de mayo 21 de ese mismo año, que prohibió el uso de los tormentos, y mandó destruir por el verdugo en la plaza pública los instrumentos a ese fin destinados, antes del 25 de ese mismo mes.

Figuran entre las malas disposiciones de esa época, el Bando de octubre 4 de 1811, que mandaba juzgar militarmente por una comisión *ad hoc*, e imponía la pena de muerte de horca a los ladrones de valores de cien pesos arriba, y presidio y trabajos públicos en los demás casos; y el decreto de diciembre 4 de 1814, que imponía la pena de muerte a los duelistas y sus padrinos.

Este decreto lleva las firmas de Posadas y Moreno.

Aparte de lo dicho, puede verse a continuación la enumeración de las varias leyes y decretos, represivos unos y reglamentarios otros, que se dictaron desde la emancipación, antes y después de la sanción del código.

Puede recordarse los siguientes:

Decreto de 20 de abril de 1911, aprobando el reglamento sobre la libertad de imprenta y represión de sus abusos (derogado).

Bando del 4 de octubre del mismo año sobre represión y juzgamiento extraordinarios de los robos con penas de presidio y muerte de horca, y sin garantías de juicio (derogado).

Decreto de 26 de octubre de 1811 sobre libertad de imprenta y represión de sus abusos (derogado).

Decreto de 23 de noviembre del mismo año sobre seguridad individual, que consagra preceptos que luego reproducen, en todo o en parte, el Reglamento provisorio de 3 de diciembre de 1817, la constitución unitaria del 22 de abril de 1819, la de 24 de diciembre de 1826 y la actual, 1853-1860. Se refieren esas disposiciones a las garantías del reo en el juicio penal, a los requisitos para proceder al arresto, a las formalidades para allanar el domicilio, al término de la incomunicación del procesado y a las condiciones en que habrán de cumplirse las penas, debiendo ser las cárceles para seguridad y no para castigo de los penados, siendo responsables quienes autorizasen o impusiesen medidas mortíferas, a pretexto de pre-





caución. Más o menos lo que prescribe el art. 18 de la constitución (derogado).

Reglamento para la elección de diputados de 9 de marzo de 1812, que reprime el fraude con destierro y privación perpetua de la ciudadanía (derogado).

Decreto de 24 de marzo de 1813, aboliendo el *Tribunal de la inquisición*.

Ley de 21 de mayo de 1813, declarando abolidos los tormentos y mandando destruir los instrumentos de tortura en la plaza pública antes del 25 de mayo.

Decreto contra los duelos, de 30 de diciembre de 1814, imponiendo la pena de muerte a los duelistas y sus padrinos (derogado).

Decreto de agosto 19 de 1816, penando los juegos prohibidos (derogado).

El Reglamento provisorio del 3 de diciembre de 1817, reprodujo los decretos sobre libertad de imprenta de 26 de octubre de 1811 y sobre seguridad individual del mismo año, y tomó varias otras disposiciones de carácter penal (derogado).

Ley de 20 de febrero de 1821 contra los abusos de la libertad de imprenta (derogada).

Ley de 30 de octubre del mismo año, reprimiendo la falsificación de billetes con pena de muerte a sus autores, cómplices y circuladores (derogada).

Decreto de 31 de mayo de 1822, imponiendo penas a los ciudadanos que no cumpliesen con el deber que se les imponía de cooperar a evitar la comisión de delitos y a la aprehensión de los delincuentes (derogada).

Ley de mayo 8 de 1828, reprimiendo los abusos de la libertad de imprenta (derogada).

Decreto de enero 5 de 1830, reprimiendo con azotes, presidio y muerte las lesiones y homicidios cometidos con instrumentos punzantes o arma de fuego (derogado).

Decretos de Urquiza de agosto 7 de 1852, prohibiendo la confiscación de bienes y aboliendo la pena de muerte por delitos políticos (derogados).

Habiendo la constitución establecido un sistema de gobierno con el que no concordaban ya las leyes españolas, y no habiéndose dictado aún el código penal, era urgente dictar una



ley que llenase ese vacío creado por el nuevo orden de cosas. Fué así como nació la ley de 14 de septiembre de 1863, la que entre otros puntos, legisló sobre los delitos de traición, los que comprometen la paz y la dignidad de la nación, de piratería, contra la seguridad interior de la nación, de sedición nacional, de desacato contra las autoridades nacionales, de fraude y violencia en las elecciones nacionales, de resistencia a las autoridades nacionales, de sultura de presos, de interceptación y destrucción de la correspondencia pública, de sustracción o destrucción de documentos depositados en oficinas nacionales, de falsedad y de cohecho y otros delitos cometidos por empleados nacionales o contra el tesoro nacional (derogada).

Era esta ley superior al código derogado y a la ley 4189, en cuanto ponía en manos de los jueces un instrumento de individualización de la pena más perfecto, pues con gran frecuencia imponía las penas en forma alternativa o conjunta, de tal manera que, en cada caso y según las condiciones y antecedentes del delincuente, así como de las circunstancias particulares de lugar, tiempo, modo, extensión del daño, etc., los tribunales disponían del ventajoso arbitrio de imponer una pena pecuniaria o una corporal, o una y otra conjuntamente.

A la ley de 14 de septiembre de 1863, siguen, antes del código sucesivamente las siguientes: la de agosto 1º de 1864, aboliendo la pena de azotes; la de octubre 11 del mismo año, sobre patentes de invención; la de septiembre 18 de 1872, sobre ferrocarriles nacionales, luego reformada por la de 24 de noviembre de 1891; las de correos y telégrafos, de 7 de octubre de 1875 y 10 de octubre de 1876; las de marcas de fábrica y de comercio, de octubre 16 del mismo año, y la de elecciones nacionales de octubre 16 de 1877, derogada por la de 10 de febrero de 1912, antes de la cual fueron dictadas las de 7 de enero de 1903 y 25 de julio de 1905.

Con posterioridad a la vigencia del código derogado se dictaron además de las de ferrocarriles y elecciones nacionales ya recordadas: la de 26 de diciembre de 1895, sobre reincidencia específica en territorios sujetos a la jurisdicción nacional; la de impuestos internos, del 8 de enero de 1899; la de falsificación de moneda, de 17 de noviembre de 1900, derogatoria de las disposiciones relativas de la ley de 1863 y del código de-



rogado; la de policía sanitaria animal, de 27 de octubre de 1902; la de expulsión de extranjeros delincuentes o cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público, de 23 de noviembre del mismo año; la que prohíbe los juegos de azar, de 6 de agosto de 1902; la que prohíbe el uso de la sacarina u otros edulcorantes artificiales, de enero 6 de 1903; la ya citada de reformas, de agosto 22 de 1903; la de ejercicio de la farmacia, de 14 de septiembre de 1905; la de defensa agrícola, de 3 de octubre de 1905; la de defensa social, sobre delitos comúnmente llamados sectarios, y derogatoria de varias disposiciones del código derogado y de la ley de reformas, las leyes del trabajo, de 6 de septiembre de 1905, 14 de octubre de 1907 y 8 de octubre de 1912, y la ya citada de prenda agraria y algunas más.

Aparte de las leyes que quedan enumeradas, la mayor parte de las cuales imponen penas de arresto, prisión, multa, inhabilitación (excepción hecha de las de reforma y de defensa social), y algunas de las cuales han quedado derogadas por el mismo código, existen las de carácter militar y los tratados relativos a la extradición de criminales y aplicación de la pena de muerte en tales casos, entre los que figura el de Derecho Internacional Privado Sud Americano de 23 de enero de 1899, celebrado en Montevideo, que fija, en otras reglas, las relativas al imperio de las leyes penales con relación al territorio.

En resumen.

Primero tuvo el país el código de comercio (1862), luego la ley federal de 1863, más tarde el código civil (1871), antes de tener los códigos de minería y penal (1887).

Hasta esta fecha rigieron en materia común las leyes españolas de la época colonial, tres veces derogadas en España (1822, 1850 y 1870).

Las provincias, casi todas, empezaron a adoptar el proyecto de Tejedor, con o sin modificaciones, a partir de 1877, o sea diez años antes que la nación tuviese su código penal. Córdoba adoptó el de Villegas, Ugarriza y García.

Si bien es cierto que la nación no tuvo su código penal hasta 1887, fueron varias las leyes y decretos de carácter penal dictados entre tanto sobre materias particulares, entre los que merecen ser señalados el decreto sobre seguridad indivi-



dual de 1811, y la ley federal de 1863; sin olvidar los decretos sobre abolición del *Tribunal de la inquisición* y de destrucción de los instrumentos de tortura de 1811, el de abolición de la confiscación de bienes y de la pena de muerte de 1852, y los de imprenta de varias épocas.

**32.**—Tras una larga y angustiosa espera, apareció el nuevo proyecto surgido en el seno de la cámara de diputados, sobre la base del de 1906.

El nuevo proyecto reconocía, como base inmediata, el del diputado doctor Rodolfo Moreno (hijo), quien lo presentó en las sesiones de 1916. No era otra cosa que el de 1906, con algunas modificaciones consistentes casi todas ellas en su adaptación a las leyes dictadas con posterioridad, en lo conducente. El proyecto de 1906 era, a su vez, como ya se ha hecho notar, el de 1891, también con modificaciones sin mayor importancia.

Publicado el proyecto del doctor Moreno, promovió una encuesta entre los profesores de derecho penal de las universidades nacionales, y entre los jueces, fiscales y defensores de toda la república, encuesta que, ampliada al poder ejecutivo, a los principales órganos de publicidad y a personas de reconocida competencia en la materia, fué reproducida por la comisión especial de legislación penal y carcelaria de la cámara, a cuyo estudio fué sometido el proyecto, la que le introdujo enmiendas de consideración.

Sancionado a libro cerrado en 23 de agosto de 1917, pasó a consideración del senado, y en tal oportunidad hice llegar, en distintas oportunidades y a varios miembros de la comisión respectiva, a cuyo seno fui por último llamado en consulta, una serie de observaciones de importancia varia.

Por razones que no es del caso señalar, no me fué posible contestar la encuesta en el carácter de profesor de la materia, en que había sido solicitada mi opinión, carácter en el cual también se me había invitado a manifestar mi parecer dos años antes en el seno de la comisión de códigos del senado, sobre el mérito del proyecto de 1906, en esa época a su estudio, y tuve que remitirme, en carta privada dirigida al doctor Moreno, a las observaciones que a las leyes en vigor y a



la parte general del proyecto de 1906 había hecho en el informe que presenté al congreso nacional penitenciario reunido en Buenos Aires en mayo de 1914, y a formularle otras de carácter particular, en cartas también personales. Puede verse las páginas 287 y siguientes de la publicación hecha por la cámara de diputados.

Los autores del proyecto lo presentaron con una exposición de motivos en la que, luego de hacer la crítica de las leyes en vigor y de historiar su preparación, expresaban los criterios generales que habían tenido en vista y puntualizaban las razones en que apoyaban cada una de las reformas; ya sea especificándolas o remitiéndose a las dadas en los informes con que se acompañó los proyectos precedentes.

Al expresar esos criterios, hacían mérito de la transformación operada en la materia por obra de los positivistas, y aun cuando se manifestaban conformes con el parecer de los autores del proyecto de 1906, en renunciar a toda novedad no abandonada por la experiencia, sin preocuparse de averiguar si la patrocinan clásicos o positivistas, entendieron que no podían eludir el estudio y enunciación del problema, ya que en materia penal no es posible proyectar sin tener en cuenta los esfuerzos hechos por la ciencia.

Entendieron también, y en esto modificaban un tanto el criterio de la comisión antes referida, que no había por qué mantener ciertos principios tradicionales que ya no responden a los adelantos ni a las necesidades actuales, y prefirieron aceptar las modernas orientaciones del código noruego y de los proyectos suizo y alemán.

La comisión, pues, sin “embarcarse en escuelas, ni aceptar teorías, por atraentes que sean, porque ese es el mejor medio de incurrir en sectarismos y por consiguiente en errores”; sin “conservar, por tradición y por temor a innovaciones, términos e instituciones que han fracasado y que todos reconocen como inconvenientes”, y aceptando únicamente “la que se encuentra dentro de nuestros medios, de nuestros recursos y hasta de nuestros establecimientos”, puesto que “la ley teórica, que se sabe de antemano no será aplicada por imposibilidad circunstancial”, carece del prestigio y de la fuerza que implica la posibilidad de su eficacia práctica — emprend-



dió la reforma sobre bases autorizadas y discretas, tomando como modelo un código y dos proyectos de los más modernos, consultando los progresos de la ciencia penal y oyendo la opinión ambiente.

Al enunciar esos mismos criterios generales, proponía su manera de ver con relación al delito, al delincuente, a la facultad social de reprimir y al criterio que debe informar la represión. Y así se expresaba diciendo: que el delito es un fenómeno social que se relaciona con causas sociales; que el delincuente es un ser *peligroso o inadaptable* al medio en que vive; que la facultad de reprimir reconoce como fundamento en la sociedad la necesidad de su propia conservación; que la represión debe tener como criterio remover en lo que le atañe las causas del delito, procurando por medio de medidas adecuadas impedir en lo posible que el individuo *peligroso* repita el acto antisocial: peligro social, medidas defensivas, sistema preventivo.

Sin hacer una crítica minuciosa y demostrativa del proyecto en su conjunto y en cada una de sus partes, cabe considerar, en modo general, los medios puestos en práctica para alcanzar el fin primordial de la prevención del delito, y llamar la atención tan sólo sobre ciertas particularidades, ya sea del punto de vista de sus ventajas, ya del de sus inconvenientes.

Cabe señalar, además, que los defectos nada afectaban las bondades intrínsecas de la obra, por muchos conceptos dignas de aplauso.

Entre las reformas que se relacionan tanto con la parte general como con la especial, se destacaban: la concerniente a la unificación de lo que Rivarola expresivamente ha llamado la dispersión de la legislación penal argentina, ocasionada a tantas dificultades e incongruencias; la mejor ordenación de la materia; una correcta clasificación de los delitos; la adopción de instrucciones y previsiones nuevas, y, sobre todo, cuanto atañe a la individualización de las penas.

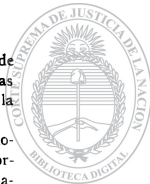
Es en este punto que el proyecto afirmaba una superioridad destacada. En efecto, como medios de individualización adoptaba el proyecto, en la parte general, la condena condicional, la supresión del promedio en la fijación de la pena, criterios subjetivos amplios en lo tocante a las circunstancias ate-



nuantes y agravantes, y normas especiales para menores, con la mejora de la relativa libertad condicional; y en la parte especial, las penas paralelas y los mínimos bajos, puntos estos dos sobre los que tanto insistí ante el congreso penitenciario recordado y en las cartas al doctor Moreno, ya citadas, y que constituyen, con la supresión del promedio, la bondad sobresaliente del proyecto.

Libres de viejos prejuicios y conscientes de la importancia del problema penal, dejaban de tal suerte ancho campo al arbitrio judicial, que, equivalente para la mayor parte de los legisladores a la arbitrariedad posible de algunos malos jueces, ha sido mirado y evitado siempre como un grave peligro para la recta justicia, con incalculable daño de la misma. Comprendiendo, pues, la relativa eficacia de la individualización legislativa, han facilitado a la judicial, de mucha mayor importancia, los medios de realizarla adecuadamente sin mayores reatos, dejando para una legislación carcelaria apropiada todo lo tocante a la tercera etapa de la individualización de la pena, cual es la administrativa.

En la parte general se señalaba como reformas que importaba introducir previsiones nuevas, las referentes al imperio de la ley con relación al lugar y a las indemnizaciones civiles de solución conjunta, la condena condicional, las medidas a adoptarse respecto de los moralmente irresponsables, el ejercicio de las acciones y el régimen especial para menores; y como simples reformas lo que se relaciona: con la tentativa, en la que erróneamente se introducía un elemento nuevo, la premeditación; con la supresión de la presunción de voluntad criminal y del promedio en la fijación de la pena; con la culpa, que pasaba a figurar en cada caso en la parte especial; con el encubrimiento, que también pasaba a esa misma parte en calidad de delito *per se*; con la participación y el concurso de delitos, que eran legislados de un punto de vista distinto; con los atenuantes y agravantes, a cuyo respecto la enumeración era reemplazada por normas amplias; y, para no mentar otras de menor importancia, con la asociación para delinquir, que pasaba a figurar como delito *sui generis*, y con el concurso de delitos cometidos en distintas jurisdicciones, particularidad sobre la que introducía, en el artículo 58, una enmienda saludable, tendiente



a impedir el deplorable estado de cosas actual, proveniente de que, so pretexto de la autonomía jurisdiccional, se violan las reglas de la ley penal referentes a la imposición unitaria de la pena en caso de reiteración.

No siendo posible pasar en revista en la parte especial todas las modificaciones, porque son muchas y de distinta importancia, sólo hay que hacer notar de paso la más apropiada clasificación de los delitos, la inclusión de materia nueva, como la relativa a la esclavitud y el contenido del artículo 29 de la constitución, y el cambio de concepto en algunos de los delitos, como el de robo, en el que se reducía la violencia a la física, concordando con una observación hecha al doctor Moreno en una de las susodichas cartas.

Como en cada capítulo se hace mérito de cada una de las reformas, haciendo resaltar su bondad, inconveniente o deficiencia, agregaré una consideración más, y ella consiste en que la comisión intentó reemplazar el fundamento moral de la responsabilidad que reconoce la legislación actual nacional y extranjera, sin haberlo conseguido, según se demuestra en el n° 81, siendo esta la reforma de mayor trascendencia que haya procurado.

**33.—a).** De las observaciones que hice en el Congreso nacional penitenciario reunido en Buenos Aires en mayo de 1914 (p. 27 de sus actas), al proyecto de 1906, que fué la base del de 1917, tuvieron eco en éste, entre otras, las que se referían a los arts. 7, 17, 25, 32, 66, 69, 74, y 77 (7, 8, 12, 27, 62, 65 y 73 del código), y principalmente a la adopción del sistema de penas paralelas, fijación de mínimos bajos y supresión de la enumeración taxativa de atenuantes y agravantes. Tuvieron eco así mismo las que formulara a propósito de los delitos de robo y extorsión, cuya reforma fué aceptada (ps. 288 y siguientes del informe de diputados, y 7, 9, 30, 50, 61, 359, 360, 361, 368, 369, 376 y 402 del informe del senado), páginas estas en las que también se ve que igualmente encontraron eco algunas de las observaciones que sobre el proyecto despatchado por diputados hice llegar a algunos de los miembros de la comisión del senado, como son las que se referían a los





arts. 28, 29, 73 inc. 4º y 168 (nº 92 de la "Revista Argentina de Cs. Ps.").

Producido el despacho de la comisión, tuve oportunidad de formular nuevas observaciones en el nº 113 de la citada revista, a las que agregué otras en cartas dirigidas a varios senadores.

Con las enmiendas de los arts. 13, 21, 23, 29, 41, 42, 50, 51, 72, 74, 81, 86, 168 y 214, introducidas por la comisión del senado, además de las de los arts. 1, 4, 6, 9, 16, 42, 75, 211 y 226 que no revisten igual importancia, resultaba mejorado el proyecto.

La comisión del senado se expidió en septiembre de 1919, y en septiembre 28 de 1920 fué aprobado en general, siéndolo en particular en las sesiones del 31 de agosto y 1º de septiembre de 1921, no solamente con las enmiendas proyectadas por la comisión en el despacho recordado, entre las que figuran varias de las propuestas por mí, sino con las proyectadas nuevamente por la comisión, entre las que figuran varias de las que había formulado y no habían sido consideradas por la anterior, y en las que insistí al ser llamado a su seno, presentando a la vez otras nuevas, las que fueron aceptadas casi en su totalidad, y son las que se relacionan con los arts. 4 (suprimido), 5, 18, 21, 23, 26, 27, 29 (en parte estos tres últimos), 33, 34, 41, 44 a 49, 52, 70, 77, 78 (en parte), 80, 82, 86, 93, 105, 106, 110, 114, 118, 126, 132, 149, 158, 166 a 169, 209, 212, 229, 237, 241, 243, 244, 248, 249, 257, 258 (en parte) y 266 a 268.

Aparte de la enmienda relacionada con el robo y la extorsión y la adopción de las penas paralelas, entre las reformas obtenidas se destacan por su importancia: la eliminación de las cuestiones constitucionales que comprometían los arts. 4 (suprimido), 18 y 29 a 33; la supresión en la tentativa de la premeditación y la inclusión de normas relativas a la represión del delito imposible; la inclusión del error y la ignorancia de hecho no imputable entre las causas de irresponsabilidad; la modificación de la fórmula genérica del inc. 1º del art. 34, substituyéndola por la más propia de la "criminalidad del acto"; la substitución de "ordenará" por "podrá ordenar" en el mismo artículo; el agregado hecho al art. 41; la supresión del enton-



ces art. 77; el agregado al art. 105; la pena de prisión en el 110; la supresión de las frases “dentro del hogar conyugal” en el 118 inc. 4º y “aunque hubiere consentimiento de la víctima” en el 126; la inclusión del abuso deshonesto en el 132; la sustitución en el 166 de “consumar” por “realizar”, y “si pusiere en peligro de muerte...” por “causare alguna de las lesiones previstas en los arts. 90 y 91”; la inclusión de “techo o piso” en el 167, y de la constitución en el 229; el agregado, “o a la persona que le prestare asistencia, etc.”, hecho al 237; la sustitución fundamental de “y” por “o” en el 244; el agregado “o demorar u omitir dictar” al 257; y la nueva redacción del 266. Puede verse el n° 92 de la revista recordada.

La cámara de diputados aceptó la mayor parte de las modificaciones del senado, y rechazó las demás, insistiendo principalmente en la supresión de la pena de muerte y la derogación de la ley 7029. El senado insistió a su vez, pero una nueva insistencia por diputados dejó la ley sancionada conforme a sus reformas.

Promulgada la ley el 29 de octubre, con el n° 11.179, entró en vigencia a los seis meses.

b). Se ha dicho que el código no ha debido ser sancionado, porque es intrínseca y extrínsecamente malo: malo en su estructura, malo en su método, malo en su técnica. Y esto se ha afirmado por quienes tienen y quienes no tienen suficiente autoridad para formular conclusiones tan perentorias.

No he de decir que el código es perfecto, porque, como toda obra de su índole, tiene sus defectos. Pero ellos no autorizan a juzgarlo con tanta acritud. Son, unos, defectos de detalle, y otros son tales según el punto de vista del cual se los considere. Y es indudable que la bondad de una obra semejante no depende de particularidad más o menos, ni de puntos de vista personales o controvertidos.

Es en cambio evidente, que es muy superior a lo que tenemos, y no habría sido razonable rehusarlo, a la espera de algo mejor, que no se sabe cuándo vendría, ni si vendría. Con tanta más razón, cuanto que hacía treinta años la opinión y la justicia reclamaban la reforma, después de haber esperado *veinte* para obtener el mal código derogado. Y esto siempre por esperar lo mejor, cuando mejor fué siempre el proyecto de



Tejedor, como mejor que el código derogado y la mala reforma parcial de 1903, fué siempre el proyecto de 1891.

Con semejante experiencia, no habría sido juicioso dejar sufrir de sed al paciente, a la espera de agua más fresca y cristalina, que algún día podría llegar.

Así como se pasó veinte años bajo el régimen de las antiguas leyes españolas, medio siglo ya derogadas en España, y treinta bajo el vigor de las malas leyes caducas, bien podremos pasar diez o más años con un código indiscutiblemente superior a todo lo hasta aquí vigente.

Pero es que el código no es tan malo como lo pintan: al contrario, puede figurar honrosamente entre los mejores, aún con todos sus defectos.

Desde luego ha unificado nuestra dispersa, incoherente y anacrónica legislación penal, imprimiéndole un sello armónico y actualizándola.

Ha llenado muchos vacíos, ordenado metódicamente las materias, enmendado muchos yerros, hecho una correcta clasificación de los delitos, y adoptado instituciones y principios nuevos, como son la condena condicional, el tratamiento especial para menores, las medidas de seguridad para los moralmente irresponsables, las penas paralelas, la mayor elasticidad de las penas, las normas amplias para apreciar la peligrosidad del delincuente, la mejora de la libertad condicional, la previsión de lo concerniente al delito imposible y la condena unitaria en el concurso jurisdiccional de delitos, la facultad de las provincias de recluir sus condenados en establecimientos nacionales, el régimen de la reparación del daño, la prevención antialcohólica en los arts. 13 y 34 y la eugénica en el 86, la institución del patronato en el 13, y, finalmente, la amplitud, bien considerable por cierto, acordada al arbitrio judicial, por los medios recordados, para obtener, por los mismos y con la ayuda de los criterios también recordados, la mejor adaptación de la medida defensiva al grado de especial peligrosidad del sujeto.

Nada más hacen, porque nada más pueden hacer, los proyectos más modernos, sin excluir el italiano, el primero en su aspecto realmente revolucionario. Porque toda la bondad de



un código consiste, en definitiva, en defender de la más eficaz manera los intereses sociales contra el peligro del delincuente.

Carece pues de importancia, en este sentido, que el código no suprima, como el proyecto italiano suprime, la culpa moral como fundamento de la responsabilidad substituyéndola por la peligrosidad social del delincuente (responsabilidad *legal* dicen algunos — véase I capítulo preliminar), si el resultado es el mismo puesto que el código defiende a la sociedad por igual, contra los moralmente responsables con las penas y contra los irresponsables, pero peligrosos, con medidas de seguridad y protectoras (arts. 34 inc. 1º, 36 y 37).

Mantiene en cambio el aspecto ético de la sanción, respondiendo en esto a una exigencia de la opinión, con arreglo al sentimiento íntimo de la culpa moral que reside en el fondo de la conciencia colectiva, sistema que indudablemente armoniza mejor con la estructura jurídica clásica de los delitos exclusivamente dolosos, los culposos, la tentativa, etc.

Y en eso está de acuerdo con la escuela intermedia, a la que responden los demás proyectos del momento.

No es, por otra parte, una cuestión resuelta la superioridad de un sistema sobre el otro, y, mucho menos el del proyecto italiano, pues éste marca el primer paso en este sentido, y eso sólo con la parte general. Si pues se puede tener preferencias por él, nadie está autorizado a afirmar que su superioridad se halle consagrada: faltan la discusión y la experiencia.

El código, por lo demás, tiene normas menos taxativas que el proyecto italiano para apreciar la peligrosidad del sujeto, y si no menciona tantas instituciones como sanciones y categorías de delincuentes, ni adopta tantas sanciones, no hace más que adaptarse al medio y obrar más apropiadamente. Primero, porque con nuestro sistema federal, la pobreza económica de las provincias y la manera cómo absorben la atención de sus gobiernos las cuestiones políticas, perfectamente vano habría sido adoptar un sistema complejo de penas y crear instituciones irrealizables: baste recordar que no por prescribir el código derogado que las penas de presidio, penitenciaría, prisión y arresto debían cumplirse en establecimientos distintos, dejaron las provincias (y en cierto modo la nación) de promiscuar las- timosamente todas ellas en un solo y pésimo encierro. Segundo,



porque cuando se quiera prestar atención a tan grave problema, vendrán las leyes reglamentarias respectivas, sin los reatos de las disposiciones rígidas de un código, cuya vez puede resultar prematura, con relación al progreso a veces imprevisto. Tercero, porque un código penal no es, no debe ser, por definición, ni casuístico ni reglamentario.

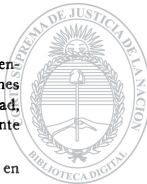
El código autoriza al juez, en los arts. 34, 36 y 37, a recluir o colocar a los moralmente irresponsables y a los menores, en manicomios, establecimientos adecuados y de corrección. Y por cierto que no necesitaba decir más. Las leyes reglamentarias se encargarán de proveer a todo lo concerniente, con arreglo al poder económico de la nación y las provincias, las necesidades sociales y las exigencias evolutivas de los principios de la política criminal.

Y si está aún por demostrarse que la política criminal de la escuela intermedia sea inferior a la de los positivistas, y se considera, por otra parte, que el proyecto italiano no está completo, ni discutido ni juzgado, siendo, como es, el primero que marca esa nueva orientación; si además el código responde al sistema moderno más difundido, y defiende con la misma eficacia que el proyecto italiano los intereses sociales contra la peligrosidad delictuosa; si, finalmente, sobre sus defectos tiene el considerable saldo de las grandes e indiscutibles ventajas que quedan expresadas en lo dicho, lo mismo que en la letra *a*) y los núms. 7 y 80 letra *d*), va de suyo que el código es bueno y que el congreso ha realizado una obra meritoria y digna de aplauso.

Debo agregar, por lo demás, que si limito el parangón al proyecto italiano, es porque es lo más reciente, y el que, por su forma y su fondo, se destaca como el más novedoso e innovador; que con relación a los demás proyectos, no hay en verdad diferencias fundamentales y remarcables que acusen su superioridad sobre el código.

Y para terminar: no afirmo la *perfección* del código; sólo afirmo su *bondad* y niego su *inferioridad*.

**34.**—Puede sin embargo, con ser de lo mejor que, como obra de legislación, de ciencia y eficiencia penal, exista hasta el presente, dentro de los limitados márgenes que para obras se-



mejantes deja la parte de doctrina consagrada hasta el momento en el curso ascendente de rectificaciones de viejos regímenes y vetustos conceptos, ser desvirtuado en su bondad y utilidad, por la aplicación inconsulta e inconveniente; sea por deficiente información, o por un mal entendido humanitarismo.

Los modernos criterios y medios de individualización en él adoptados, responden a principios y tendencias científicas, que el llamado a usarlos y aplicarlos no puede desconocer, sin correr el riesgo de malograr los resultados que se procura alcanzar.

En cuanto al criterio mismo de la función judicial, conviene aclarar ciertas nociones un tanto confusas que andan en la opinión de los que miran estas cosas con ojos poco acostumbrados a ver la realidad por debajo de los engañosos espejismos.

Mucho se habla del humanitarismo judicial, como de una cualidad de los jueces de alto criterio y sabiamente penetrados de la verdadera misión que se les encomienda, sin lograr distinguirlo del sentimentalismo personal, en que prácticamente se traduce de ordinario. Para no errar en cosas que es fácil confundir, con detrimento de la función penal y de los intereses sociales comprometidos, es menester considerar que si al hombre le es dado condolerse personalmente de la desgraciada situación del delincuente y su familia, al juez no le es permitido olvidar en ningún momento, y por ninguna consideración, los intereses colectivos confiados a su custodia, frente a la temibilidad demostrada por el delincuente, cualquiera que sea el sentimiento de piedad a que mueva su desgracia personal o la de su familia.

Por uno o por otro motivo: o por falta de suficiente ilustración, o por no tenerse el concepto verdaderamente social de la función penal, puede hacerse fracasar una obra meritoria y buena, desacreditándola sin razón. Esto es particularmente fácil con la condena condicional, los mínimos bajos y las penas paralelas.

En el n° 136, t. II, se hace ver cómo, entre los que al estudio de este problema consagran sus investigaciones, se arraiga el convencimiento, de que el abuso de la condena condicio-

nal y de las penas de corta duración es una de las causas del incremento de la reincidencia.

Dice Saldaña:

“En la vía del hábito, las instituciones penales determinan “la *evolución criminal*”.

“El tránsito de la primera fase (casual) a la segunda (ocasional), se opera con las *penas cortas* de libertad, que inician “la continuidad mental (moral) por contagio moral”.

“La transformación del ocasional en habitual, gracias a la “*condena condicional*, que no interrumpe, que afirma la continuidad moral (criminal) con la esclavitud de la pena, por “impunidad de hecho”.

En cuanto a las penas paralelas, alternativas o de opción, habrá de tenerse presente que en manos del juez deben jugar el rol de instrumento clasificador del delincuente, sobre la base principal de la índole del móvil, y luego en consideración a la circunstancia de tratarse de un delincuente primario o reincidente, etc.

---





## Del imperio de la ley penal con relación al tiempo, el territorio, las personas y las leyes especiales

35. — Irretroactividad de la ley penal. Su fundamento. El principio en el código civil y en la constitución. Tendencia contraria. 36. — Retroactividad benigna. Su fundamento. Materia que puede ser su objeto. Los casos ya juzgados y la reapertura de los procesos. Cuestión sobre la aplicación del nuevo código en lo benigno inmediatamente de promulgado. 37. — Distintos sistemas seguidos en materia de retroactividad. Aplicación combinada de ambas leyes; la ley intermedia más benigna. 38. — ¿Corresponde al juez o al reo decidir cuál es la ley más benigna? 39. — Imperio de la ley penal con relación al territorio. 40. — Distintos sistemas. 41. — Excepciones. 42. — Sistema argentino. Leyes y tratados diversos. 43. — El Tratado de derecho penal internacional de Montevideo, de 23 de enero de 1889, y ley de extradición. 44. — La ley penal en su relación con las personas. 45. — Aplicación de las disposiciones del código a la materia regida por leyes especiales.

35.—El principio que en lo penal rige el *imperio de la ley con relación al tiempo*, es el mismo que rige en lo civil: la ley no produce efectos retroactivos, gobierna el porvenir. Véase lo que sobre el particular disponen los arts. 2 del código penal, y 2, 3, 4044 y 4045 del código civil.

El principio, en cuanto se relaciona con el derecho penal, tiene su fundamento de orden constitucional. El art. 18 de la constitución dice: "Ningún habitante de la nación puede ser *penado* sin juicio previo fundado en ley *anterior al hecho* del "proceso".

La razón, es, por cierto, de fácil alcance. ¿Qué sería del hombre en sociedad sino tuviese en todo momento la seguridad de que lo que es lícito hoy no le impondrá responsabilidades mañana? La inseguridad en sus derechos y la restricción más intolerable de su libertad serían las normas reguladoras de su actividad, aparte de la injusticia que habría en imponer penas





por actos que en el momento de ejecutarlos eran lícitos. Es por eso que el art. 19 de la misma constitución agrega, que nadie está privado de hacer lo que la ley no prohíbe.

La justicia del principio se pone aún más de manifiesto si se considera que no todos los hechos declarados punibles son concebidos y sentidos como inmorales por todos del mismo modo, y que, al contrario, hechos hay, y no pocos por cierto, cuya represión es impuesta en mira únicamente de conveniencias o necesidades sociales de carácter local o transitorio.

En la posición contraria se encuentran, entre otros, Florián, Ferri, Dorado y Giner, para quienes la irretroactividad de la ley penal no reconoce más fundamento que el erróneo concepto de la pena *mal*, de la pena *castigo*, de la pena *retributiva*. Si la pena, al contrario, es un *bien*, tanto para la sociedad cuanto para el delincuente, porque lo reforma mejorándolo, no puede decirse que su retroactividad lo perjudique.

La verdad es que no siempre la irretroactividad de la ley reconoce aquel fundamento; a veces el individuo no puede invocar la licitud de la particularidad sobre que recae la diferencia legal, y en tal caso la irretroactividad no puede reconocer otro fundamento que la preponderancia que ha tenido siempre en materia penal el prejuicio individualista *pro reo* frente al interés social.

**36.**—Mas, si el principio es de estricta justicia, la excepción, dado su fundamento, nace también por obra de pura lógica. Es así como la ley admite su retroactividad en todo aquello que sea favorable al inculpado. Esta excepción es conocida con el nombre de *retroactividad benigna*.

La benignidad de la ley puede referirse: a los elementos del delito, como si, tratándose del de falsedad, le requiriese, en lo tocante a documentos, el perjuicio efectivo; a su existencia, como si fuese suprimido; al agente, como si se restringiese su capacidad; a la responsabilidad y sus grados, como si se limitase los casos de culpa, se convirtiese en simples cómplices a determinados autores, se admitiese nuevas excusas, o se suprimiese ciertas agravaciones; a la penalidad, como si se suprimiese ciertas penas, o se aumentase o disminuyese el máximo y el mínimo en las penas divisibles, etc. . .



Esto, que se inspira en motivos de sana razón, puesto que no puede haber conveniencia en mantener una penalidad que la nueva ley tiene como inútil o injusta, no era empero admitido bajo el régimen de antiguas legislaciones, como la romana. El derecho penal, como que formaba parte entonces del derecho privado, tenía que sufrir las consecuencias de la aplicación de ciertos principios del derecho civil, corriente que, aunque por razones distintas, renueva el proyecto italiano, al no reconocer el beneficio de la retroactividad benigna a favor de los habituales, y al disponer que, tratándose de menores y en enfermos mentales, se aplicará la ley vigente a la época del juicio.

La excepción, por lo demás, hállese consagrada en el art. 2, y puede dar lugar por algún tiempo a la interpretación, entre otros, de los arts. 10, 13, 14, 15, 17, 21, 26, 34 inc. 1º, 35, 37, 38, 39, 41, 44, 46, 50, 51, 53, 73 inc. 2º y 305. Además en los delitos con penas de arresto y multa en el derogado.

Como el nuevo código dispusiera en el art. 303, que no entraría en vigencia hasta seis meses después de promulgado, se hizo la cuestión en varias causas radicadas ante la cámara de apelación en lo criminal y correccional de la capital federal, sobre la aplicación del mismo en lo que resultaba más benigno que el derogado, antes de la fecha fijada para la vigencia y aún antes de su publicación oficial, hallándose promulgado y publicado el decreto respectivo.

Los pedidos se fundaban en el art. 2 que dispone la retroactividad benigna de la ley, agregando que sus efectos se producirán de pleno derecho.

Como en el seno del tribunal las opiniones se dividieran, pronunciándose en sentido contrario los doctores J. H. Frías, F. Ramos Mejía y R. Seeber, y en sentido favorable los doctores D. J. Frías, E. F. Newton y el autor de esta obra, se insaculó para resolver el empate, por existir una vacante, al doctor A. Estrada, vocal de la cámara de lo comercial, quien se decidió por la no aplicación.

Puede consultarse los fundamentos, tanto de la mayoría como de la minoría, en el *Apéndice*.

**37.**—En las legislaciones modernas la excepción es acogida sin discrepancia, y la única divergencia estriba en si se la



ha de reconocer únicamente en los hechos aún no juzgados, o si también en los hechos a cuyo respecto hubiesen recaído sentencias firmes. Este sistema se subdivide en aquel que autoriza, mediando condena, la reapertura amplia de los procesos, y el que la limita a las constancias de los autos.

Según Dorado, están por la retroactividad, aún en el caso ya juzgado, Impallomeni, Paoli, Inghilleri, Cuccia, Denaria, Faranda, Nocito, Laserna y Montalbán, Groizard, Pacheco y Aramburu; la auspician con reservas, Gabba, Travaglia. Tolomei, Olivi, L'ayer, Berner. Schwarze, Hälschner, Ortolán, Haus, Garraud, Pessina, Carrara, Fiore, Galenda, Le Sellyer, Lucchini. Caravantes y Vizmanos; y la reprueban Trebutén, Aarabia y Curcio.

El primero de aquellos sistemas tiene su consagración en códigos como el chileno y en proyectos como el de Tejedor y el de Villegas, Ugarriza y García. El segundo, más generalmente seguido, es el del código y del derogado y de los proyectos de 1891 y 1906.

Parece claro que lo razonable está en el segundo sistema, por los motivos ya expresados; o sea que no habría ni conveniencia ni justicia en mantener una penalidad antes impuesta en nombre de intereses cuya razón de ser ha desaparecido. Y por cierto que motivos tan serios no pueden ceder a la consideración de la conveniencia o la necesidad de mantener la cosa juzgada, especie de ídolo que no habría que profanar.

En cuanto a la reapertura o la simple revisión de los procesos, teorías divergentes en el mecanismo del segundo sistema, cabe recordar que el código guarda silencio al respecto, como guardaba el derogado, y si es cierto que el silencio del último no importaba prohibir lo que era favorable al condenado y a la misma justicia, no debe olvidarse que los antecedentes del mismo y la doctrina entonces imperante, eran contrarios a esta solución.

El proyecto de 1891 admitía la aplicación de la nueva ley, mediando condena, únicamente en el caso de supresión del delito, lo que importaba excluir la reapertura, y aunque el proyecto de 1906 no establecía esa limitación, sólo la autorizaba si lo pedía el condenado y excluía la reapertura del proceso, li-



mitando la autorización a la revisión del mismo. Puede verse su art. 3 y la p. XXXVII de su informe.

Solución parecida da al asunto el código, toda vez que en el art. 2 dispone que “en *todos* los casos los efectos de la nueva ley se operarán *de pleno derecho*”, porque si bien es cierto que suprimió las restricciones impuestas en el proyecto de 1906, entre las razones expuestas por la comisión de diputados en 1917 (p. 30 del informe) únicamente figura la que se refiere a la supresión del requisito de tener que pedirlo el condenado.

Los códigos de procedimientos, tanto del fuero nacional como del provincial, resuelven claramente el punto, por otra parte, con arreglo al precepto de los arts. 67 inc. 11º, 104, 105 y 108 de la constitución.

Establecen que en estos casos procede el recurso de revisión ante los tribunales superiores, y éstos, previa audiencia de las partes, ordenarán la libertad del condenado o disminuirán la pena.

Así lo tiene resuelto, finalmente, la cámara de lo criminal de la capital federal.

Parecería que el segundo apartado del artículo previese únicamente el caso de disminución de la calidad o cantidad de la pena y no el de la supresión del delito; pero no solamente la lógica y la justicia imponen una solución distinta, sino que ella fluye claramente de la cita del informe de diputados que acaba de hacerse.

Desde luego, si la ley nueva suprimiese el delito objeto de la condena, procedería declarar la irresponsabilidad del condenado, y éste no podría ser considerado reincidente en caso de una segunda condena.

Es de advertir que el legislador no se ha mostrado consecuente, al disponer en este artículo, que los efectos más benéficos de la nueva ley se operarán *de pleno derecho*, y al requerir en el 58, que sea la parte quien pida la absorción o la acumulación de la pena en los casos de concurso de delitos allí previstos.

En cuanto a la aplicación combinada de las partes benígnas de dos o más leyes, negada por Haus, Chauveau, Trébutien, Le Sellyer, Travaglia, Olivi, Pessina, Fiore, Carrara, Serafini y



Cortés, que juzgan que eso importa crear una ley distinta, y aceptada por Blanche, Garraud y Rivarola, que niegan la exactitud de tal razonamiento, los proyectos de Tejedor y de Villegas, Ugarriza y García y el código derogado guardaban silencio. En cambio los proyectos de 1891, 1906 y el código la autorizan, si bien sólo a los efectos del cómputo de la prisión preventiva (art. 3).

Limitada a este caso la combinación, implícitamente queda prohibida para los demás.

Puede también ocurrir que se haya dictado dos nuevas leyes, y de las tres sea más benigna la intermedia; ¿podrá aplicarse la intermedia? Según el mismo Dorado, son de opuesto parecer a semejante conclusión, Waechter, Berner, Seeger y Geyer, y en cambio la apoyan, aunque por motivos diversos, más bien humanitarios, Gabba, Fiore, Trebutien, Boitard, Carravantes, Liszt, Kebner, Blanche, Chauveau, Le Sellyer, Impallomeni, Haus, Carrara y Olivi.

Esta dificultad se encuentra expresamente resuelta en el código, como también la resolvían el derogado y los proyectos de Tejedor y los posteriores al intermedio. No puede aplicarse la primera, anotaba Tejedor, porque la segunda ha demostrado que la sociedad la consideraba excesiva, y por lo tanto inútil e injusta, y tampoco la tercera, porque importaría imprimirle efecto retroactivo en lo desfavorable, toda vez que el delincuente había adquirido el derecho a que la pena más severa que lo amenazaba, fuera reemplazada por otra más benigna.

**38.**—Una dificultad más se presenta, y es la relativa a decidir, si es al juez o al reo a quien corresponde establecer cuál es la ley más benigna, y por consiguiente aplicable. Por lo segundo están Fiore y Chauveau y Helie, y por lo primero Carrara y Trebutien. Es esta una cuestión análoga a la de saber si en las injurias y calumnias encubiertas, corresponde al juez o al ofendido decidir si las explicaciones son o no satisfactorias.

Por una parte se arguye que es el favorecido quien debe saber qué es lo que más le conviene, y por otra (Trebutien) que se requeriría un primer fallo de responsabilidad, un plazo de opción luego, y un segundo fallo de aplicación de la ley más



beginna, aparte de que se trata de una cuestión de interés social, cuya solución no puede quedar librada, ni al parecer ni a la voluntad del interesado.

Los códigos de procedimientos recordados en el número precedente, resuelven también la dificultad, puesto que establecen que es el tribunal el que resuelve la disminución de la pena, según corresponda. Y como al interesado sólo le acuerdan el derecho de ser oídos, sin especificarse que tengan el de decidir qué ley es la más favorable, va de suyo que esta decisión corresponde a los jueces, pues son ellos los que interpretan y aplican las leyes, resolviendo o decidiendo lo correspondiente.

39.—La extensión del *imperio de la ley penal en el territorio*, más que de la ley de fondo ha sido siempre entre nosotros una cuestión práctica de jurisdicción, criterio en el que constantemente habían insistido los poderes públicos al incluir la materia en la ley de extradición de 25 de agosto de 1885 (arts. 1 a 5), en el código de procedimientos en lo criminal para la justicia federal y tribunales ordinarios de la capital y territorios federales (arts. 23, 25 y 669), en el código de justicia militar (arts. 117 a 121), en la ley de 14 de septiembre de 1863 (art. 3º) y en los tratados, especialmente el de Montevideo. El código derogado guardaba silencio al respecto, contra la tendencia manifestada en todos nuestros proyectos, conforme al sistema adoptado por los códigos de Holanda, Italia, Bélgica, Alemania, Chile, Uruguay y Ecuador.

Rivarola observa, con razón, que el alcance de la ley penal con relación al territorio no es solamente una cuestión vinculada a la jurisdicción, pues sin perjuicio del poder de la autoridad de un país para conocer del delito y reprimir al delincuente, es posible que la ley penal aplicable sea la de otro país, punto que contempla el tratado de derecho penal de Montevideo, contra lo que, para los países no signatarios de dicho tratado, dispone el art. 5 de la ley de extradición citada. Esa misma posibilidad en lo pertinente, contempla el código civil en sus arts. 6 y siguientes y la ley de matrimonio en sus arts. 2 y siguientes.

40.—Cuatro son los sistemas que se disputan la preeminencia en lo tocante a esta cuestión: el del *estatuto real*, el del



*estatuto personal*, el que podría llamarse *ecléctico* y el *cosmopolita*.

Según el sistema del *estatuto real* (*jus soli*), seguido por Inglaterra y Estados Unidos, la jurisdicción es una cuestión de poder y este termina donde acaba la soberanía. Por otra parte, a nadie le es permitido pretender verse libre de los deberes impuestos por la ley del territorio donde se encuentra, si al mismo tiempo se acoge a sus beneficios. Agréguese a lo dicho que la verdaderamente interesada en reprimir el delito es la sociedad por él afectada, así como que no es posible considerar, al que delinque en el extranjero, amparado por la ley de su país, y se advertirá cuán fundado en razón y conforme a la naturaleza de las cosas es el sistema que acuerda jurisdicción a las autoridades del lugar del delito y hace procedente la aplicación de las leyes penales del mismo.

Según el sistema del *estatuto personal* o europeo (*jus sanguinis*), el ciudadano va a todas partes amparado por la ley de su país, y es por lo tanto en éste que debe juzgarse, con arreglo a sus leyes y cualquiera sea el lugar de la comisión del delito.

Según el sistema *ecléctico*, se adopta el del estatuto real en principio, y se aplica el del estatuto personal al ciudadano que comete en el extranjero delitos que afectan la soberanía, independencia, seguridad interior, etc., del país. Este sistema, preconizado por Haus, es el más generalmente seguido, y ha sido extendido por Fiore, en lo concerniente al estatuto personal, a los siguientes casos: delitos que afectan el crédito público del país (falsificación de moneda y títulos de deuda pública), su administración pública (malversación efectuada por agentes del gobierno en el extranjero) o la organización de la familia (matrimonios ilegales), y el caso del que saliese del país para burlar sus leyes (el duelo).

Según el sistema *cosmopolita*, sostenido por Poittevin y Wulfert en el Congreso penitenciario internacional de Bruselas (el de la justicia absoluta), "es de interés y deber social "que la justicia entienda de toda queja legítima, cualquiera "que sea la nacionalidad de la víctima o el querellante, el lugar del delito o la habilidad desplegada por los culpables para "rehuir la acción de la justicia, puesto que el delito lleva un



“atentado, no a un orden público determinado, sino al orden social necesario al mantenimiento de la civilización humana” (J. Herrera).

En Sud América es Chile el país que se distingue por la mayor pureza del sistema territorial, así como es la República Oriental del Uruguay la que acepta con más liberalidad el del estatuto personal.

41.—No puede decirse en verdad que los primeros sistemas sean absolutos, pues el del estatuto personal admite el real para los extranjeros que delinquen dentro del territorio, y v. v.

Esas *excepciones* comprenden regularmente los casos de piratería y los de delitos cometidos por diplomáticos en ejercicio de sus funciones, los cometidos a bordo de buques de guerra o mercantes, y aquellos que producen sus efectos en otro país.

Para los casos de *piratería* no hay divergencia, porque se considera a los piratas sin ley que los ampare: los juzga el que los prende. Respecto de los *buques*, así de guerra como mercantes, tampoco hay dificultad si se trata de delitos cometidos en alta mar o en aguas neutrales, toda vez que no puede haber conflicto de jurisdicción donde nadie la tiene, y dado que el buque en mar libre o aguas neutrales, o es, como el de guerra, considerado una porción del territorio a cuya nacionalidad pertenece, la que, por consiguiente, viene a resultar afectada por el delito cometido a bordo de la nave, bajo su bandera, o, como el mercante, se encuentra regido por la ley del país cuya matrícula tiene.

Tampoco hay dificultad con relación a los *diplomáticos*, tratándose de delitos cometidos en el desempeño de sus funciones, por razones análogas. Finalmente es admitida, aunque no con tanta generalidad, la competencia de las autoridades y la aplicación de las leyes del país *donde el delito surte sus efectos*.

Las dificultades en los casos relativos a diplomáticos y buques empiezan con los delitos cometidos fuera del desempeño de su cargo, y en buques en aguas extranjeras, en cuyos casos hay que recurrir a los tratados, o, en su defecto, a los principios del derecho internacional. Sin embargo, tratándose del *buque de guerra*, la regla es que rige la ley de la nacionalidad





del buque, aunque con las salvedades contenidas en el art. 9 del Tratado de derecho penal de Montevideo.

En cuanto a los *buques mercantes* en aguas jurisdiccionales, el principio dominante es el que acuerda jurisdicción a las autoridades del lugar; salvo, como en Bélgica, que el delito se haya perpetrado a bordo entre individuos de la tripulación, y no hayan sido solicitados sus servicios o no haya sido alterada la tranquilidad del puerto.

Estas reglas se encuentran establecidas, expresa o implícitamente, en la ley de 14 de septiembre de 1883. en el código de procedimientos citado, en varios tratados, especialmente el de Montevideo, y en los últimos proyectos.

“Comprendemos en el proyecto, dice el informe del de 1891, explicando el fundamento de esas reglas, a todos los buques que lleven bandera de la República, y no solamente a los buques de guerra, porque si los buques mercantes no pueden navegar sin estar nacionalizados y cubiertos por la bandera nacional, de la protección del derecho de su tripulación, equipaje y pasajeros, que nace de aquel hecho, surge el derecho de extender sobre ellos el imperio de la ley penal”.

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

Y agrega más adelante: “Los buques piratas están despojados de nacionalidad, por lo que se les considera fuera



“del derecho público. Siendo común a todos los estados los peligros de la piratería, del interés general de perseguir el delito ha nacido esta jurisdicción universal contra él”.

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

Por lo demás, es sabido que las *aguas jurisdiccionales* alcanzan en el mar, entre nosotros, a cuatro leguas marinas según el art. 2340 inc. 1º del código civil, y a cinco millas según el tratado de Montevideo; y en los ríos que separan estados, como el Uruguay y el Río de la Plata, hasta la línea determinada por el thalweg. El alcance de la jurisdicción tiende sin embargo a ampliarse, pues se funda en la extensión del poder representado por el alcance de un cañón disparado desde la costa, el que hoy es mayor de cinco millas. Varía aún más tratándose de bahías, golfos, etc. La legua marina equivale a metros 5.555.55, y la milla marina a la tercera parte de la legua, o sea a metros 1.851.83.

Alcanza también la excepción a los *ejércitos de tránsito* en territorio neutral con consentimiento del soberano, o en operaciones en territorio enemigo, aun por hechos ajenos al carácter militar.

**42.**—El *sistema argentino*, aunque territorial por definición, acepta sus excepciones. La constitución adopta el sistema del estatuto real en sus arts. 16 y 18, además de su preámbulo. El primero proclama la igualdad, ante la ley, de los *habitantes* del país, y dispone el segundo que ningún *habitante* del país podrá ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Lo que haya de entenderse por *habitante* está dicho en el art. 1º del código civil, que acepta a su vez el mismo principio del *jus soli*, y dice: “... las leyes son obligatorias para todos los que *habitan* el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o *transentes*”.



Concuerdan con las leyes citadas el art. 1º del código, el 3º de la ley de 14 de septiembre de 1863, el 23 del código de procedimientos criminales para la justicia federal y la ordinaria de la capital y territorios federales (reproducción del 3º de la ley de 1863) y el 25 del mismo, y el 3 de la ley de extradición recordada. En ellos se establece la jurisdicción y aplicabilidad de las leyes argentinas para todos los delitos cometidos en territorio y aguas argentinas.

Es también de tenerse en cuenta que la ley de expulsión de extranjeros delincuentes fuera del país, de 23 de noviembre de 1902, consagra el mismo principio, al no conferir a las autoridades argentinas la facultad de juzgarlos en tales casos. Otro tanto la ley 7029 derogada en su art. 5, y el Tratado de derecho penal de Montevideo art. 5.

Aparte de estas disposiciones existen numerosos tratados, entre los que puede recordarse en primer término el de Montevideo, y los celebrados con Italia en 1886, con Portugal en 1888, con Inglaterra en 1889, con España en 1891, con los Países Bajos en 1893, con los Estados Unidos de Norte América en 1896 y con Suiza en 1906, que confirman el mismo principio.

El Tratado de Montevideo fué firmado el 23 de Enero de 1889, y son signatarias además las repúblicas del Uruguay, del Brasil, del Paraguay, de Bolivia y del Perú. Sus cláusulas y los artículos pertinentes de la ley de extradición, van en el número siguiente.

Pero si es cierto que esas leyes y tratados consagran el sistema territorial adoptado por la constitución y el código civil, lo es también que algunas de ellas, como la de 1863 y el código de procedimientos, prevén casos de excepción, que importan aceptar el sistema del estatuto personal. Así p. e. el art. 3º de la ley 1863, reproducido por el código de procedimientos recordado en su art. 23, y el 25 de éste, hacen extensivo, de acuerdo con los principios del derecho internacional y de la legislación comparada, el principio de la territorialidad de la ley a los delitos cometidos en alta mar a bordo de buques argentinos o por piratas, ciudadanos o extranjeros, siempre que caigan bajo las autoridades argentinas. Extienden de igual modo la jurisdicción argentina a los delitos cometidos en el extran-



jero en los casos determinados por las leyes, entre los que puede citarse los previstos: por la ley de extradición en su art. 3º ins. 1º y 3º, cuando la niega si el reclamado es argentino natural o naturalizado antes del hecho motivo del pedido, y en su art. 5º, al establecer que "... en los casos en que, con "arreglo a las disposiciones de esta ley, el gobierno de la república no deba entregar a los delincuentes solicitados, éstos "deberán ser juzgados por los tribunales del país, aplicándose las penas establecidas por las leyes a los crímenes y delitos cometidos en el territorio de la república"; por el código de procedimientos citado, en su art. 669, al prescribir, "Si "el reo fuere ciudadano argentino y prefiriere ser juzgado por "los tribunales argentinos, el gobierno de la nación requirente podrá suministrar a dichos tribunales todos los antecedentes y pruebas del delito, a fin de que sea juzgado con arreglo a las leyes de la república", y finalmente por el art. 1 del código penal, que comprende los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados argentinos en desempeño de su cargo, o cuyos efectos deban producirse en el país, parte esta que no concuerda con lo dispuesto en el art. 286.

Y cabe recordar aún las excepciones extensivas, el código de justicia militar, que, en su art. 120, dispone: "cuando las "tropas de operaciones se hallasen en territorio enemigo, están "sujetas a la jurisdicción de los tribunales militares todos los "que fuesen acusados por cualquiera de los delitos o faltas "comunes", y en el 121, que los demás casos serán reglados por los tratados o los principios del derecho internacional.

Finalmente, y como excepción inversa o restrictiva de la jurisdicción argentina, debe citarse la disposición del art. 25 inc. 1º del mismo código de procedimientos, que deja a salvo los casos de delitos cometidos en el país, especialmente exceptuados por los principios del derecho internacional.

La excepción alcanza también a los delitos políticos, según la ley de extradición (art. 3º inc. 2º), el Tratado de Montevideo (arts. 16 y 23), varios otros tratados, y la ley de residencia (art. 1º), según la cual alcanza igualmente a los militares, pues únicamente se refiere a los delitos comunes. La ley de extradición y el Tratado de Montevideo extienden la excepción aún a los delitos comunes conexos con los políticos.



Pero en ello hay más propiamente una cuestión de jurisdicción.

La materia relacionada con la expulsión de extranjeros se encuentra legislada en la ley de residencia ya recordada, y además en el Tratado de Montevideo (art. 5°).

En cuanto a los proyectos, Tejedor admitía las excepciones consignadas en los tratados, expresando, en cuanto a los delitos cometidos en el extranjero y que según ellos tuviesen que ser juzgados en el país, que debían serlo con arreglo a las leyes argentinas; el de Villegas, García y Ugarriza las adoptaba para los delitos que, cometidos fuera de él, producían sus efectos o en él debían ser juzgados según los tratados, y no hacía por lo tanto concesiones al estatuto personal; los de 1891 y 1906 admitían la excepción extensiva para los delitos cometidos en el extranjero cuyos efectos se producían en el país, para los delitos o faltas cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo, para los cometidos por piratas, y para los cometidos a bordo de buques que llevasen su bandera; salvo, respecto de los mercantes en aguas extranjeras, si este estado los reprimiese. Con relación a los mercantes con bandera extranjera en aguas argentinas, disponían que procedía la jurisdicción territorial, y respecto a la expulsión de delincuentes, que procedería si la nación donde se cometió el delito, requerida para su extradición, no la pidiere.

El de 1906 exceptuaba los delitos políticos, y disponía que en los casos de expulsión, el delincuente que la quebrantare sería juzgado por las autoridades argentinas con arreglo a las leyes del país, como si hubiese cometido el hecho en el mismo.

El proyecto de diputados de 1917 admitía en general esas mismas excepciones, cuando disponía en el art. 1 que sus disposiciones se aplicarían por delitos cometidos a bordo de los buques de guerra nacionales o mercantes que lleven la bandera argentina en alta mar o en aguas extranjeras, si este estado no los reprimiere, o de buques mercantes con bandera extranjera en aguas argentinas; por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo; por delitos de piratería, cuando los responsables cayeren bajo el poder de la nación; por delitos co-



metidos en el extranjero cuyos efectos deban producirse en la Argentina, o por argentinos nativos, cuando fueren aprehendidos por autoridades argentinas y la extradición fuese denegada o no fuese requerida dentro de los tres meses de la detención.

La comisión del senado aconsejaba limitar la aplicación de las leyes penales argentinas a los delitos cometidos en territorio extranjero, siempre que sus efectos se produjesen en el territorio argentino, o que fuesen cometidos por argentinos o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.

La enmienda había sido indicada por el senador doctor Angel Rojas (ps. 26 y 330 del informe de la comisión del senado), y comprendía la supresión de los casos de delitos cometidos en buques de guerra argentinos o mercantes, de piratería, y los cometidos en el extranjero por nativos argentinos aprehendidos por autoridades argentinas y cuya extradición fuese denegada o no fuese solicitada dentro de los tres meses de la detención. Lo primero, porque el punto se halla regido por el derecho de gentes; lo segundo, porque es superfluo desde que el código legisla sobre el delito de piratería, o porque no siempre que los piratas caen bajo dicho poder son justiciables por las autoridades argentinas; lo tercero, porque coloca al argentino en peores condiciones que al extranjero, cuyo caso se encuentra regido por la ley de extradición. Más extensamente puede consultarse esos motivos en las ps. 330 y siguientes del informe de la comisión del senado, expuestos por el doctor Rojas.

El senador Leopoldo Melo obtuvo de la segunda comisión, el agregado "o en lugares sometidos a su jurisdicción", con el objeto de apartar toda duda acerca de la jurisdicción nacional en aguas territoriales. Fué así como fué sancionada aquella enmienda, comprendiendo el territorio, las aguas territoriales y los efectos en territorio argentino.

Es de advertir, finalmente, que según lo tiene establecido la jurisprudencia francesa y se hizo constar expresamente por el miembro informante argentino doctor Roque Sáenz Peña al discutirse el Tratado de derecho penal de Montevideo (ps. 153 y 190), la procedencia de la jurisdicción y la aplicabilidad de las leyes penales del país donde el delito, realizado en otro, produ-

ce sus efectos, comprende tanto el caso de intereses sociales como el de intereses particulares afectados.



43.—(Tratado de derecho penal de Montevideo).

"Art. 1. — Los delitos, cualesquiera que sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado, se juzgan por los tribunales y se penan por las leyes de la nación en cuyo territorio se perpetrán".

"Art. 2. — Los hechos de carácter delictuoso perpetrados en un Estado que serían justiciables por las autoridades de éste, si en él produjeran sus efectos, pero que sólo dañan derechos e intereses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de éste último".

"Art. 3. — Cuando un delito afecta a diferentes estados, prevalecerá para juzgarlo la competencia de los tribunales del país damnificado en cuyo territorio se capture al delincuente".

"Si el delincuente se refugiase en un Estado distinto de los damnificados, prevalecerá la competencia de los tribunales del país que tuviese la prioridad, en el pedido de extradición".

"Art. 4. — En los casos del artículo anterior, tratándose de un solo delincuente tendrá lugar un solo juicio y se aplicará la pena más grave de las establecidas en las distintas leyes penales infringidas".

"Si la pena más grave no estuviera admitida por el Estado en que se juzga el delito, se aplicará la que más se le aproxime en gravedad".

"El juez del proceso deberá en estos casos dirigirse al poder ejecutivo para que éste dé conocimiento de su iniciación a los estados interesados en el juicio".

"Art. 5. — Cualquiera de los estados signatarios podrá expulsar, con arreglo a sus leyes, a los delincuentes asilados en su territorio, siempre que después de requerir a las autoridades del país dentro del cual se cometió alguno de los delitos que autorizan la extradición, no se ejercitase por ésta acción represiva alguna".



“Art. 6. — Los hechos realizados en el territorio de un Estado, que no fueren pasibles de penas según las leyes, pero que estuviesen penados por la nación donde producen sus efectos, no podrán ser juzgados por ésta, sino cuando el delincuente cayese bajo su jurisdicción”.

“Rige la misma regla respecto de aquellos delitos que no autorizan la extradición de los reos”.

“Art. 7. — Para el juzgamiento y castigo de los delitos cometidos por cualquiera de los miembros de una legación, se observarán las reglas establecidas por el Derecho internacional público”.

“Art. 8. — Los delitos cometidos en alta mar o en aguas neutrales, ya sea a bordo de buques de guerra o mercantes, se juzgan y penan por las leyes del Estado a que pertenece la bandera del buque”.

“Art. 9. — Los delitos perpetrados a bordo de los buques de guerra de un estado, se juzgan y penan con arreglo a las leyes del estado a que dichos buques pertenezcan. También se juzgan y penan según las leyes del país a que los buques de guerra pertenecen, los hechos punibles ejecutados fuera del recinto de éstos, por individuos de su tripulación o que ejerzan algún cargo en ellos, cuando dichos hechos afecten principalmente el orden disciplinario de los buques. Si en la ejecución de los hechos punibles sólo intervinieren individuos no pertenecientes al personal del buque de guerra, el enjuiciamiento y castigo se verificará con arreglo a las leyes del estado en cuyas aguas territoriales se encuentra el buque”.

“Art. 10. — Los delitos cometidos a bordo de un buque de guerra o mercante en las condiciones prescriptas en el artículo 2, serán juzgados y penados con arreglo a lo que establece dicha disposición”.

Art. 11. — Los delitos cometidos a bordo de los buques mercantes, son juzgados y penados por la ley del estado en cuyas aguas jurisdiccionales se encontraba el buque al tiempo de perpetrarse la infracción”.

“Art. 12. — Se declaran aguas territoriales a los efectos de la jurisdicción penal, las comprendidas en la extensión de cinco millas desde la costa de tierra firme e islas que forman parte del territorio de cada estado”.





“Art. 13. — Los delitos considerados de piratería por el Derecho internacional público, quedan sujetos a la jurisdicción del estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes”.

“Art. 14. — La prescripción se rige por las leyes del Estado al cual corresponde el conocimiento del delito”.

(Ley de extradición)

Art. 2º — Sólo se acordará la extradición cuando se invoque la perpetración de un delito de carácter común, que según las leyes de la república fuese castigado con pena corporal no menor de un año de prisión”.

Art. 3º — No se concederá la extradición:

“1º Cuando el reclamado fuese un ciudadano argentino natural o naturalizado antes del hecho que motive la solicitud de extradición”.

“2º Cuando los delitos cometidos tuviesen un carácter político o fueren conexos con delitos políticos”.

“3º Cuando los delitos hubiesen sido cometidos en territorio de la república”.

“4º Cuando los delitos, aunque cometidos fuera de la república, hubiesen sido perseguidos y juzgados definitivamente en ellas”.

“5º . . . . .”

“Art. 4º — . . . . .”

“Art. 5º — En los casos en que con arreglo a las disposiciones de esta ley, el gobierno de la república no deba entregar a los delincuentes solicitados, éstos deberán ser juzgados por los tribunales del país, aplicándoseles las penas establecidas por las leyes a los crímenes o delitos cometidos en el territorio de la república. La sentencia o resolución . . . . .”

Pero esta vinculación de la ley penal con las leyes de jurisdicción, no reviste únicamente carácter internacional o externo; lo tiene también interno. Dado nuestro sistema federal de gobierno, la unidad penal del código se rompe en lo concerniente a la aplicación y cumplimiento de la pena, pues en materia de jurisdicción y de procedimientos las provincias son, en la realidad de los hechos, verdaderos estados independientes. La reincidencia y el sistema de acumulación adoptado en materia de concurso de delitos, no tiene aplicación sino dentro



de cada jurisdicción, sin excluir la capital y territorios federales. ¡Qué decir del régimen de ciertas penas! El art. 58 salva, es cierto, la dificultad, pero no en todos los casos. Puede verse los núms. 147, 181 y 186, t. II.

44.—Respecto de las personas cabe decir, que si la ley penal alcanza a todo *habitante* del país, argentino o extranjero, domiciliado o transeunte, según se ha hecho notar en el n° 42, y si todos los habitantes del país son iguales ante la ley (arts. 16 y 18 de la constitución), va de suyo que no hay persona que cometa un delito en el territorio o aguas de jurisdicción nacional, que escape a las sanciones de sus leyes represivas, si una excepción fundada en el derecho patrio o en los principios del derecho internacional no la coloca fuera de su alcance.

Estas excepciones existen, y son las siguientes: el personal del cuerpo diplomático, punto que ya se ha tratado en el n° 41, y la inmunidad parlamentaria acordada por el artículo 60 de la constitución, en cuya virtud “ninguno de los miembros del “congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente ni “moleestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato legislador”.

Las demás limitaciones o reglas establecidas en los arts. 45, 51, 52 y 62, para la formación de juicio al presidente, al vicepresidente y a los miembros de la Suprema Corte y demás tribunales de la nación, no tienen por objeto colocar a esas personas fuera del alcance de la ley penal, sino que se reducen a establecer procedimientos tendientes a obtener el previo desafuero. Es así como el citado art. 52 establece que el fallo del senado no produce otro efecto que el de destituir al acusado, y aún inhabilitarlo para desempeñar otro puesto de honor, de confianza o a sueldo de la nación; pero el destituido queda sujeto, por lo que respecta al delito, a juicio y represión, conforme a la ley penal y ante la justicia.

No es propio, entonces, hablar de inmunidad judicial, pues las verdaderas son la diplomática y la parlamentaria.

45.—La ley penal se halla de ordinario formando un cuerpo único y armónico de disposiciones, bajo la denominación de *código penal*. Mas como escapan a las previsiones de una ley

común de conjunto un sinnúmero de actos punibles que requieren una legislación especial, en razón de su distinto carácter e importancia, la especialidad de la legislación recae sobre esas diferencias, rigiéndose en lo demás por las disposiciones de la ley común, en todo aquello que no haya sido previsto y en tanto ellas no se opongan a la especialidad de la infracción.

Es lo que dispone el art. 4.





## De las relaciones del derecho penal con la constitución

46. — La constitución como fuente de derecho penal. 47. — En cuanto a la necesidad de asegurar con sanciones penales la existencia del estado, la forma de gobierno adoptada y el libre y regular funcionamiento de sus poderes. 48. — En cuanto a la necesidad de asegurar con sanciones penales los derechos y garantías individuales. 49. — En cuanto a las facultades del congreso para legislar en materia penal. Legislación sobre faltas. 50. — En cuanto a la definición de algunos delitos. 51. — En cuanto al establecimiento de la responsabilidad criminal de ciertas personas en determinados delitos. 52. — En cuanto a la aplicación de las penas. Jurisdicción y Jurados. 53. — En cuanto a la ejecución y cumplimiento de las mismas. Cárceles, indulto y conmutación de penas. 54. — En cuanto a ciertas restricciones impuestas a los poderes legisladores. 55. — La unidad penal y los inconvenientes derivados del sistema federal de gobierno.

46.—La constitución, como que forma la base jurídica de la sociedad políticamente organizada, es la fuente primera de toda ley, y por lo tanto y con mayor razón de la ley penal. No se concibe, en realidad, la ley sin un poder encargado de dictarla, éste sin una sociedad políticamente organizada, y ésta sin una carta orgánica. Todas las leyes tienen, pues, en la constitución del estado su fuente inmediata o mediata, pero siempre necesaria. Claramente lo dice la nuestra en sus arts. 31 y 67 inc. 28º

Estas relaciones de la ley penal con la constitución son directas o indirectas, expresas o implícitas, y a la vez de distinto carácter, y puede considerárselas comprendidas en los siguientes grupos.

a). En cuanto a la necesidad de sanciones penales que aseguren la existencia del estado, la forma de gobierno adoptada y el libre y regular funcionamiento de sus poderes (arts. 6, 21, 22, 29, 103 y 109, y el preámbulo).



b). En cuanto a la necesidad de sanciones penales que aseguren la efectividad de los derechos y garantías individuales, (arts. 5, 14, 15, 17, 18, 19, 23, 28, 29, 32 y 33).

c). En cuanto a las facultades del congreso para legislar en materia penal de carácter sustantivo. Legislación sobre faltas y leyes de amnistía (arts. 67 incs. 11º y 17º, 104, 105 y 108).

d). En cuanto a la definición de algunos delitos (arts. 6, 15, 22, 29, 103 y 109).

e). En cuanto a la responsabilidad criminal de ciertas personas en determinados delitos (arts. 15, 18 y 29).

f). En cuanto a la aplicación de las penas. Jurisdicción y Jurados (arts. 5, 8, 16, 18, 23, 24, 29, 32, 45, 51, 52, 60, 61, 67 inc. 11º, 94, 95, 100, 102, 104, 105 y 108).

g). En cuanto a su ejecución y cumplimiento. Cárceles, indulto y conmutación de penas (arts. 18 y 86 inc. 6º).

h). En cuanto a ciertas restricciones impuestas a los poderes legisladores (arts. 16, 17, 18, 19, 28, 32 y 108).

**47.**—Se relacionan con el punto a), el preámbulo y los arts 6, 21, 22, 29, 103 y 109.

A este respecto el preámbulo expresa el propósito de consolidar la paz interior y proveer a la defensa común, y en varios artículos se establece: la obligación de todo ciudadano argentino de armarse en defensa de la patria (art. 21); que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por ella, y que toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, o que ponga en peligro o deponga a las autoridades constituidas, comete delito de sedición, delito que también cometen los que declaran o hacen la guerra de provincia a provincia (arts. 6, 22 y 109); y que los que formulen, consientan o firmen actos que importen conceder al ejecutivo nacional o a los gobernadores, *facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones o supremacías*, por la que la vida, el honor, y las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o personas, incurrir en la responsabilidad consiguiente a los traidores, así como que cometen este delito los que toman las armas contra la nación,



o los que se unen a sus enemigos, prestándoles ayuda y socorro (arts. 29 y 103).

Y bien: no basta que la existencia del estado y de los poderes constituidos y la forma de gobierno adoptada tengan en la constitución su consagración expresa; algo más es necesario para la eficacia de la misma, y ese algo es la sanción capaz de contener su allanamiento. No ha hecho esto la constitución, porque esa es misión de las leyes que *en su consecuencia deben dictarse*, y que prevé en su art. 67 incs. 11º y 28º. Sin embargo en algunos casos ha definido como delitos algunos de esos actos, como los que quedan citados.

48.—No podría vivir el individuo en sociedad, si, al par que la existencia del estado, la forma de gobierno y sus poderes, la carta fundamental no le asegurase el uso y goce de los derechos y garantías necesarias.

Respondiendo a esta necesidad primordial, la constitución, luego de trazar en el preámbulo a grandes razgos el programa de la organización social y política que emprendía, entra en materia con un capítulo preliminar sobre *declaraciones, derechos y garantías*, en el que desenvuelve aquellas conclusiones sintéticas en enumeraciones claras, a las que siguen dispersas en varias partes otras disposiciones concordantes.

Por lo que respecta a los individuos, el preámbulo promete afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, y luego de garantizar la igualdad ante la ley en su art. 16, en una serie de artículos subsiguientes consagra: por una parte, la libertad de trabajar, ejercer toda industria lícita, navegar, comerciar, peticionar a las autoridades, entrar, permanecer, transitar, salir del territorio, publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, usar y disponer de su propiedad, asociarse con fines útiles, profesar libremente su culto, enseñar y aprender (art. 14 y sus concordantes 15, 17, 29 y 32); por otra, la garantía de no ser juzgados criminalmente sin una ley anterior al hecho del proceso, sin defensa o por comisiones especiales, de no ser obligados a declarar contra sí mismos, de no ser arrestados sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, de la inviolabilidad del domicilio así como de la correspondencia epistolar y



papeles privados, de no ser molestado por sus acciones privadas que de ninguna manera ofendan la moral, alteren el orden o perjudiquen a terceros, y de no ser obligados a hacer lo que no manda la ley ni privados de lo que ella no prohíbe (arts. 18 y 19, y concordantes 23 y 29); y finalmente la garantía de ser respetados además en su honor, vida y bienes (art. 29).

Varias de esas declaraciones y garantías, como p. e. la de la irretroactividad de la ley penal y la contenida en el art. 19, figuraban ya en las constituciones anteriores, a partir del Reglamento provisorio de 1817.

Agrega el 14 que los derechos reconocidos deben ser usados y gozados conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, el 28 que los principios, derechos y garantías expresados no podrán ser alterados por dichas leyes, y el 33 que su enumeración no implica la negación de otros derechos y garantías que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

El código derogado no había respondido ampliamente a la necesidad de dar a esas garantías constitucionales toda la eficacia que sería menester. Así, no había previsto el caso del art. 15, que, como consecuencia de la supresión de la esclavitud, define como delito la compra-venta de personas, y había dejado imprevistos varios atentados posibles contra la libertad; ya sea personal, de comercio, de industrias, etc., o contra la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia epistolar y papeles privados. Esta deficiencia ha sido salvada en el código vigente.

Se relacionan, de tal suerte, con el punto b), los arts. 5, 14, 15, 17, 18, 19, 23, 28, 29, 32 y 33.

Cabe hacer especial mención del 23, que autoriza la suspensión de las garantías individuales durante el estado de sitio, sin que sin embargo el presidente pueda condenar.

**49.**—Habiendo adoptado la constitución el sistema federal de gobierno, parecería que, siguiendo el ejemplo de Estados Unidos de Norte América, hubiese dejado a las provincias la facultad de dictarse sus leyes, tanto de forma como de fondo. No fué así, sin embargo, y lo único que les dejó fué su organización judicial propia y la facultad de darse sus leyes de



procedimientos, según puede verse en los arts. 67 inc. 11º, 104, 105 y 108. En cuanto a las leyes de fondo, adoptó el sistema unitario, al disponer en el art. 67, incs. 11º y 17º, que corresponde al congreso dictar los códigos civil, penal, de comercio y de minería, así como igualmente las leyes de bancarrota, de falsificación de moneda y documentos públicos del estado y leyes de amnistía, y al establecer en el 108 la prohibición de hacerlo a las provincias, luego que el congreso las hubiese dictado.

Se liga directamente a esta cuestión de la unidad penal, la legislación sobre faltas, por haber entendido hasta el presente el congreso, que la facultad de legislar en esa materia no se halla comprendida en la de dictar el código penal. Esta opinión, respetable por cierto, toda vez que emana de un poder que interpreta el alcance de sus propias facultades, fué puesta de manifiesto al excluir las faltas al sancionar el código en 1886, al dar la ley de reformas en 1903, coincidiendo con la opinión de Tejedor y la de los que lo revisaron, que también las excluyeron en sus respectivos proyectos, al sancionar la cámara de diputados el proyecto de 1917, cuyo art. 4 reconocía que esa facultad corresponde a las provincias, y al dictar, en su carácter de legislatura local de la capital federal, leyes sobre faltas locales.

En contra Rivarola, a quien puede consultarse en su “Derecho penal argentino” p. 50, y los autores de los proyectos 1891 y 1906, que incluyeron la parte relativa a las faltas.

Es mi opinión que la legislación sobre faltas corresponde a las provincias, al menos del punto de vista general, porque se trata de infracciones que afectan intereses completamente locales, y que lo único que puede y debe hacerse, es incluir en el código penal aquellas infracciones que, más que faltas, constituyen delitos, como p. e. son las de carácter electoral.

Frente, pues, a la doctrina derivada de la unidad penal adoptada, está la interpretación reiterada del congreso y de las legislaturas locales, concordante con los antecedentes recordados. Y es en esa virtud que las legislaturas, en uso de las atribuciones que les acuerdan los arts. 104 y 105 de la constitución, se dictan leyes sobre faltas, y no en virtud de lo que dispone el 108.





Tejedor cita la introducción al código penal de Baviera, que deja la materia de las contravenciones a un código especial.

Villegas, Ugarriza y García no definen la falta, y dicen que no comprenden en el proyecto los actos administrativos de los gobiernos locales ni las ordenanzas municipales y edictos de policía, porque la facultad de imponer la sanción es consecutiva a la de ordenar o prohibir el acto.

La ley de reformas suprimió el art. 1, entre otras razones porque definía la falta, y la comisión entendió que, ni la unidad penal es necesaria ni el congreso puede legislar sobre faltas. (Pedro T. Sánchez y Juan A. Argerich, miembros de la comisión).

El proyecto de 1891 legislaba sobre faltas contra la seguridad general, el orden público, la autoridad y administración pública, las buenas costumbres y la propiedad, y lo mismo el de 1906. Pero el primero limitaba la facultad de las legislaturas para legislar las faltas no previstas, a las penas de mil pesos como máximo, o de restricción de la libertad de locomoción en defecto de pago, y a la inhabilitación local.

El proyecto de 1917 (cámara de diputados), finalmente, resolvía el punto con un criterio intermedio, disponiendo en su art. 4 que la legislación sobre faltas corresponde a las provincias, si bien dentro de un determinado límite en el máximo de las penas, que en el mismo se fijaba.

Yo hice notar a la comisión del senado, que si la legislación sobre faltas correspondía al congreso, éste no podía delegar esa facultad, y en el supuesto contrario, la limitación que el proyecto imponía a las legislaturas de las provincias era de dudosa constitucionalidad.

La segunda comisión encontró atendibles estas observaciones, y el artículo fué suprimido, con lo que el congreso afirmó una vez más la buena doctrina: la legislación sobre faltas es de jurisdicción local.

Es de advertir que a la época de la constitución de 1853, en casi todos los códigos penales europeos se incluía las faltas, excepción hecha del de Baviera y del de Hungría.

Esta materia se encuentra también tratada en el n° 19.

Se relacionan, pues, con el punto c), los arts. 67 incs. 11° y 17°, 104, 105 y 108.



50.—Se relacionan con el punto *d*), los arts. 6, 15, 22, 29, 103 y 109.

Al acordar la constitución al congreso la facultad de dictar el código penal, le ha fijado al mismo tiempo ciertas normas relacionadas con la definición de algunos delitos.

Encuéntrense ellas en el art. 15, al definir como delito, en consecuencia, la abolición de la esclavitud, la compra y venta de personas; en el 6, el 22 y el 109, al definir el delito de sedición; en el 103, al hacer otro tanto respecto del de traición, y en el 29, al imponer la pena de este delito, con su *infamia* correspondiente, a los que formulen, consientan o firmen los actos que el mismo especifica. Véase los arts. 140 y 215 y siguientes del código.

Llama la atención que la constitución, que prohíbe la pena de azotes, conserve la infamia, aunque sea para el delito de traición y su congénere el del art. 29, y que, con un candor casi pueril, declare que la infamia del reo no pasará a sus parientes, como si a la ley, aunque sea la misma constitución, le fuera posible regir la opinión.

51.—Se relacionan con el punto *e*), los arts. 15, 18 y 29. El primero que declara la responsabilidad criminal del escribano o funcionario que autorice la compra-venta de personas, tanto como la de los que celebrasen el contrato; el segundo que establece la responsabilidad del juez que autorice cualquier medida que, a pretexto de precaución, conduzca a mortificar a los presos más allá de lo que la seguridad de la cárcel exija; el tercero que declara la responsabilidad con la pena del traidor, a los legisladores que formulen, consientan o firmen concesiones al ejecutivo nacional o a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias o la suma del poder público, o les otorguen sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o las fortunas de los *argentinos* queden a merced de gobiernos o persona alguna.

El primero no estaba previsto en el código derogado, el segundo sí, como abuso de autoridad, y el tercero se regía por el citado art. 29, relacionado con la ley de 14 de septiembre de 1863. Los prevé en cambio el código vigente en sus arts. 140, 227 y 248.



**52.**—La constitución ha confiado al congreso la legislación uniforme, pero únicamente en cuanto a las leyes de fondo, y ha dejado en cambio a las entidades locales el poder de organizar sus autoridades y darse sus leyes de procedimientos (Preámbulo y arts. 5, 67 inc. 11º, 94 y 104 a 108). Hay pues en el punto f) una doble cuestión; una de jurisdicción y otra de procedimientos, relacionadas ambas con la aplicación de la ley penal de fondo.

Ha tomado empero algunas providencias respecto de la jurisdicción y los procedimientos, por los cuales las leyes represivas se aplican y cumplen.

Respecto de la jurisdicción ha dispuesto: que las leyes penales se aplican por la justicia y en ningún caso por el poder ejecutivo ni por comisiones especiales (arts. 18, 23 y 29); que las justicias encargadas de aplicarlas son las locales (arts. 5, 67 inc. 11º, 100, 102, 104, 105 y 108); que, con relación a la justicia nacional, los juicios criminales ordinarios que no se derivan del derecho de acusación concedido a la cámara de diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en la república esta institución, conforme a lo mandado en los arts. 24, 67 inc. 11º y 102; finalmente, que no reconoce fueros personales (art. 16). Puede considerarse, directa o indirecta, explícita o implícitamente, relacionados con estos puntos, los arts., 5, 16, 18, 23, 24, 29, 32, 67 inc. 11º, 94, 95, 100, 102, 104, 105 y 108.

Se relacionan especialmente con los procedimientos, ora como normas ora como excepciones: el art. 8 sobre la obligación recíproca impuesta a las provincias de conceder la extradición de criminales; el 18 en cuanto establece que nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, que es inviolable la defensa en juicio, que ni el domicilio, ni la correspondencia y papeles privados pueden ser allanados ni ocupados sino con las formalidades de la ley, y que no podrá usarse de tormentos de ninguna especie; y los arts. 45, 51, 52, 60, 61 y 62, que se relacionan con el juicio previo a seguirse y su alcance, en caso de que el delincuente sea el presidente, el vice, un ministro o un miembro de la Suprema Corte o de los tri-



bunales inferiores de la nación, y con las inmunidades de los legisladores.

La supresión de los fueros personales no ha impedido que impere el fuero militar, como lo observa Rivarola.

**53.**—No sólo la aplicación de la pena, y con ello la jurisdicción y los procedimientos, ha confiado la constitución a los poderes locales, sino que también les ha confiado su ejecución y cumplimiento (punto *g*), al referirse en el art. 18 únicamente a las cárceles de la nación, y al conferir al presidente en el 86 inc. 6º la facultad de conmutar o indultar las penas impuestas por delitos sujetos a la jurisdicción federal.

Es en esa misma virtud que las constituciones provinciales acuerdan a sus autoridades esas mismas facultades con relación a los delitos juzgados en sus respectivas jurisdicciones, como es también en esa virtud que las provincias tienen cárceles propias.

**54.**—La constitución tampoco se ha limitado a definir algunos delitos y establecer la responsabilidad de determinadas personas en ciertos delitos, sino que (punto *h*), ha fijado a los poderes legisladores un determinado número de restricciones.

Encuéntrense ellas: en el art. 16, que no admite prerrogativas personales; en el 17, que prohíbe la confiscación de bienes; en el 18, que impone la no retroactividad de la ley penal, suprime la pena de muerte por causas políticas y la de azotes, y prohíbe toda clase de tormentos, como así mismo que las cárceles sirvan de castigo y mortificación; en el 19, que prohíbe dictar medidas respecto de las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros, y en el 32, que prohíbe dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal, concordante con la restricción de carácter general contenida en el 28.

La confiscación de bienes había sido ya prohibida por Rosas y Urquiza, y no comprende el comiso de los instrumentos del delito a que se refiere el art. 23 del código; y habían sido igualmente prohibidos: la pena de muerte por causas políticas, por decreto de Urquiza de 7 de agosto de 1852; el tor-



mento, por el decreto de 21 de mayo de 1813, y la cárcel como *castigo*, por el decreto sobre seguridad individual de 23 de noviembre de 1811, el Reglamento provisorio de 1817 y las constituciones unitarias de 1819 y 1826. El art. 32 merece ser tratado aparte, y a su estudio está dedicado el capítulo IX.

Según se ve, las restricciones van dirigidas, no sólo al congreso con relación a sus facultades para dictar el código penal, sino también al mismo como legislatura local de los territorios sujetos al poder federal, y a las mismas legislaturas provinciales, aún en materia de procedimientos. Véase sobre el particular lo que se dispone especialmente en el art. 18.

55.—La unidad penal introducida en nuestro sistema federal de gobierno, no es tan absoluta como a primera vista parece. Desde luego en el art. 18 se ocupa únicamente de las cárceles de la nación, y por el inc. 6º del art. 86 se faculta al presidente a indultar o conmutar sólo aquellas penas impuestas por delitos sujetos a la jurisdicción federal; de lo que sin lugar a dudas se infiere, lo que por otra parte queda demostrado, que la aplicación, como también la ejecución de las penas, quedan libradas a las jurisdicciones locales.

He aquí, pues, un primer motivo por el cual falla en el hecho, por lo menos con relación al régimen de las penas, la unidad penal adoptada, ya que no todas las provincias disponen de medios económicos suficientes para proveerse de los distintos establecimientos carcelarios que la diversidad de penas adoptadas por el código requiere, con la calidad y número del personal y elementos de educación y de industria necesarios. Pero es que igualmente falla esa misma unidad con relación a la aplicación de la pena, del punto de vista de la reiteración y de la reincidencia, toda vez que falta la vinculación que fuera menester entre las distintas jurisdicciones locales, y la correlación y articulación de sus respectivas instituciones y leyes procesales.

Cabe hacerse notar respecto de la reiteración, que, a despecho del sistema de acumulación y de absorción relativas implantado por el código para los casos de pluralidad de delitos, de acuerdo con el cual debe siempre imponerse al delincuente una sola pena por todos ellos, los códigos de procedimientos



de las provincias, y aún el mismo para la justicia federal y tribunales ordinarios de la capital federal y territorios nacionales, se encarga de burlar aquel sistema, disponiendo que los delitos cometidos por un mismo agente en distintas jurisdicciones serían juzgados independientemente y cumpliría éste por separado las respectivas penas. Basta citar como muestra los arts. 38 y 39 del último de los citados códigos, que lleva su arremetida aún a los delitos cometidos en territorios sujetos a la jurisdicción nacional, si unos fuesen comunes y otros de los que corresponden conocer a la justicia federal. Puede verse los números 43 y 55, y 147, 181 y 186 del t. II.

Es también así como, por falta de un registro central de reincidentes, la reincidencia, que debe hacerse extensiva a todo delito cometido en cualquier lugar del territorio de la nación, se hace efectiva únicamente en los cometidos dentro de la jurisdicción que conoce del último.

En 1904 el Dr. Joaquín V. González como ministro de justicia, y en 1914 el Dr. Ramón J. Cárcano, como gobernador de Córdoba, intentaron arbitrar medios tendientes a evitar estos inconvenientes, por desgracia sin resultado.

Algo análogo puede decirse respecto del cumplimiento de las penas de inhabilitación.

No paran aquí los medios de que se valen las jurisdicciones locales para restar extensión a la unidad penal: ponen como inconveniente para la aplicación de la pena de muerte, hoy abolida, el que la prueba sea sola de confesión y la falta de unanimidad de votos en los tribunales, siendo así que el código penal únicamente reconocía como obstáculos, el sexo, la edad y la sola prueba de presunciones. De esa suerte las jurisdicciones locales lograban substraer a la pena de muerte casos a los que por la ley de fondo correspondía, inconveniente éste que se salvaba en los proyectos de 1891 y 1906.

El otro, el de la pena única en caso de concurso de delitos, se salva en parte en el art. 58 del código penal.

Algo análogo acontece con relación a las penas privativas de la libertad en la capital federal, donde por disposición expresa del art. 88 de la ley orgánica de los tribunales, las cámaras de apelación no pueden imponer pena de más de diez años cuando revocasen la sentencia de primera instancia, sino



por unanimidad de votos; con lo que puede ocurrir que, no obstante revocarse por cuatro votos contra uno una sentencia absolutoria en un homicidio, p. e., aun cuando el código fijase como mínimo doce años de presidio para este delito, tendría que imponerse un mínimo de diez, fijado por una ley local. Afortunadamente el código no tiene mínimos tan altos.

A parte de estas cuestiones, que importan verdaderas excepciones al principio de la unidad penal por razón de jurisdicción en el orden de la aplicación y cumplimiento de las penas, una excepción más ha sido agregada por un fallo de la Suprema Corte nacional de octubre 17 de 1916 con relación a los delitos cometidos por medio de la prensa, punto del que se trata en el capítulo IX, fallo en el que se establece; que de conformidad al art. 32, el código penal rige para esos casos tan sólo en la capital federal y territorios nacionales, excepción hecha de los casos de fuero federal, que quedan impunes, correspondiendo a las provincias dictarse las leyes represivas correspondientes.

Agréguese lo relativo a la legislación sobre faltas, y todavía lo concerniente a delitos electorales de carácter provincial, cuya influencia en lo nacional se advierte por la vía de la elección de senadores, y se llegará a la conclusión de que nuestra mentada unidad penal es una unidad a medias, puesto que las provincias dictan leyes de carácter penal, y burlan de mil maneras las prescripciones y miras de las leyes penales de carácter nacional.

---



### La prensa y el código penal

56. — Cuestiones diversas relacionadas con la libertad de imprenta. 57. — El art. 32 de la constitución y el código penal. Antecedentes del artículo, 58. — Interpretación judicial. Doctrina de la Suprema Corte. 59. — Sus consecuencias. 60. — Doctrina contraria. Interpretación gubernativa y legislativa. 61. — Conclusión. Provincias que tienen leyes de imprenta. 62. — Fallo de la Suprema Corte, 63. — Discusión del art. 33 en el seno de la comisión examinadora, e informe escrito y exposición oral de motivos ante la convención provincial. 64. — Solución que da al punto el código penal.

56.—No es de la libertad de la prensa, del punto de vista de su importancia social y política, que se va a tratar aquí, porque fuera ingénua pretensión decir algo siquiera parecido a lo que al respecto han dicho Grimcke, Cooley, y tantos otros.

Tampoco se ha de hacer referencia al error en que algunos incurren, contra lo dispuesto en los arts. 24, 67 inc. 11º, 102, 104 y 105 de la constitución, interpretados en su verdadero sentido por una constante jurisprudencia, al sostener que los delitos cometidos por medio de la prensa no pueden ser juzgados por las justicias ordinarias sino por los jurados.

Ni hay para qué perder tiempo en demostrar a los que pretenden que la prensa se halla fuera del alcance de la ley, que la libertad de la prensa no es lo mismo que la licencia o la libertad de injuriar, calumniar o cometer cualquier otro delito, como si la libertad, de cualquier especie que sea, pudiese ser un derecho cuando se convierte en instrumento del crimen, que es la negación del derecho.

En fallo dictado en un juicio de "V. D. Loveira contra E. T. Mulhal, director de *La Argentina*", el 23 de diciembre de 1910, y en otros más, anteriores en la provincia de Buenos Ai-





res y posteriores en la capital federal, todos confirmados, traté esos puntos y otros más, como son los relativos al alcance del art. 14 y 32 de la constitución, con cierta extensión y no he de reproducirlos.

57.—Aquí se va a tratar, aunque someramente, el punto relativo al alcance del art. 32, exclusivamente.

Sabido es que es este uno de los preceptos constitucionales más debatidos, y siendo abundantes y conocidos los escritos de la polémica, la bibliografía y la jurisprudencia a que ha dado lugar, voy a reducirme a muy someras consideraciones, y a poner al alcance del lector el origen de la cláusula, así como sus antecedentes de discusión en el seno de la convención y el último fallo de la Suprema Corte.

El precepto contenido en el art. 32 no figuraba en la constitución dictada en 1853 en Santa Fe, encontrándose separada la provincia de Buenos Aires: fué él introducido en la de 1860, a propuesta de esta provincia, que se reservó el derecho de revisar aquella constitución al incorporarse a las demás como parte integrante de la nación.

Al efecto la provincia eligió una convención encargada de esa revisión y de proponer las reformas que fueren convenientes o necesarias, convención que confió esa tarea a una comisión nombrada de su seno.

Las actas de estas sesiones fueron publicadas en “El Redactor de la comisión examinadora”, de manera que en esas constancias, en las de las sesiones de la convención provincial, y en la de la convención nacional, convocada para considerar las reformas propuestas por la provincia, se hallan los elementos de información directa. Pero como la convención nacional aceptó esas reformas sin discusión, en definitiva esos elementos se encuentran en “El Redactor”; ya sea en las actas de las sesiones de la comisión examinadora, ya en el informe de la misma presentado a la convención provincial, o en la exposición oral que hizo Vélez Sársfield en tal ocasión.

La primera parte del artículo fué tomada de la constitución norteamericana, y se le agregó la segunda.



La constitución norteamericana no contiene la declaración del art. 14, y es de advertir que allí los estados se dictan las leyes, tanto de fondo como de forma.

Por esto, y porque nuestra constitución tiene dicho lo suficiente en los arts. 14, 28, 67 inc. 11º, 104 y 105, podría pensarse que el art. 32, o es una repetición encaminada a ratificar, en una forma precisa o perentoria, los preceptos contenidos en dichas disposiciones, o importa algo más o algo menos de lo que en esos artículos se prescribe.

Ahora bien: para juzgar con acierto debe tenerse presente lo siguiente:

Primero, que el momento político era de recelo por parte de la provincia de Buenos Aires a la política de Urquiza, por considerársela peligrosa para las autonomías provinciales; segundo, que como éste hubiese dirigido una carta al gobernador de Córdoba, quejándose de que no se reprimiera la propaganda que un diario local hacía contra la política de su gobierno, se temió que el gobierno nacional, al amparo de las facultades acordadas al congreso en los arts. 24, 67 inc. 11º y 102, y valiéndose de éste, hiciese caer bajo la jurisdicción federal los casos de prensa, trabando la opinión nacional y aniquilando las autonomías provinciales, en el régimen de un federalismo tantas veces discutido y tantas veces en peligro.

58.—Estos antecedentes, por cierto más elocuentes y precisos que las palabras, algunas de cierta impropiedad jurídica, han servido en todo el país, para que se entendiese que lo único que los constituyentes quisieron decir, fué lo que en realidad dice el artículo: que “el congreso no dictará leyes que “restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la “jurisdicción federal”, pero que podría legislar sobre los delitos cometidos por medio de la prensa, y que ellos serán juzgados por las jurisdicciones locales, sin perjuicio de que la federal juzgue los casos que le correspondan, conforme a las disposiciones constitucionales pertinentes.

La Suprema Corte de la nación ha entendido sin embargo lo contrario. Invariablemente había dicho (salvo una excepción), que los casos de prensa se hallan excluidos *in totum* de



la jurisdicción federal, a lo que últimamente ha agregado, que el código penal no rige en las provincias en materia de prensa.

**59.**—Las consecuencias que surgen de esta jurisprudencia son las siguientes:

Primero, que, no obstante la unidad adoptada en materia de legislación de fondo, las provincias pueden dictarse códigos penales respecto de los delitos cometidos por medio de la prensa; segundo, que los delitos de fuero federal, o dejan de serlo porque se cometen por medio de la prensa, y así serían juzgados por las justicias locales las causas de embajadores, ministros y cónsules extranjeros, los desacatos al presidente, las incitaciones a cometer el delito de traición, rebelión y sedición en lo nacional, y otros más, contra lo que terminantemente disponen los arts. 100 y 101 de la constitución, o esos delitos carecerían de jueces para su represión, porque siendo incompetente la justicia federal en virtud del art. 32, lo serían igualmente las locales, en orden a lo que prescriben los arts. 100 y 101; tercero, que podrían suprimir y crear delitos, sin limitación en la penalidad; cuarto, que el país tendría quince códigos penales.

¿Ha podido ser esa la mente de los constituyentes? ¿Necesitaban recurrir a semejante arbitrio para poner la prensa y las autonomías provinciales fuera del unitarismo federal?

**60.**—Puede invocarse en oposición a la doctrina de la Suprema Corte, cuyas resoluciones gozan de toda la autoridad que a tan alto tribunal corresponde, no solamente el sentido literal del artículo, sino el significado de la histórica carta, la jurisprudencia casi uniforme de los tribunales ordinarios del país y de algunos federales, el fallo del mismo tribunal en el juicio contra Benjamín Calvete, la opinión de muchos de nuestros hombres públicos, entre los que figuran Mitre, Sarmiento, Avellaneda, Eduardo Costa, Vélez Sársfield, O. Leguizamón, Rawson, B. de Irigoyen, etc., y los dictámenes del procurador general de la nación, Dr. J. Nicolás Matienzo, de 21 de junio de 1918, y del ex procurador general de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, Octavio R. Amadeo, de abril 23 del mismo año.



Mitre fué nada menos que el redactor del informe de la comisión examinadora presentado a la convención provincial, y bajo su presidencia, y siendo ministro del interior el doctor Eduardo Costa, se instó la acción fiscal para que se acusara ante la justicia federal al doctor Manuel G. Argerich y a W. de Laforest, por delitos cometidos por medio de la prensa.

En contra de la doctrina de la Corte se manifestó también categóricamente Sarmiento en su mensaje ante el congreso el año 1874, en el que tuvo recriminaciones tan duras contra los abusos de la prensa y la doctrina de la justicia federal. Y Sarmiento era también uno de los firmantes del informe redactado por Mitre.

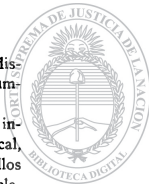
Es de hacer notar que era ministro de Sarmiento, Vélez Sársfield, firmante del mismo informe, y cuyas palabras en el seno de la convención provincial, explicando los motivos de la reforma en cuestión, han sido invocadas por la Corte como uno de los fundamentos de su doctrina, del mismo modo que el mismo tribunal las invocó en el caso Calvete para sostener los contrario.

Mármol, otro de los firmantes de aquel informe, dejó ver, al discutirse en el congreso la ley sobre delitos y crímenes contra la nación, que el sentido del art. 32 no era el que le ha dado la Corte.

Bajo la presidencia de Avellaneda el ministro O. Leguizamón incitó también la acción fiscal con motivo de delitos cometidos por la prensa, y se quejó a lo Sarmiento del estado de cosas creado por la doctrina de la justicia federal.

En la convención constituyente de la provincia de Buenos Aires (1870 a 1873), Mitre, Rawson e Irigoyen, de palabra, y la mayoría, entre los que figuraban Montes de Oca, Quintana, Del Valle, Varela, Gutiérrez, López, Alsina, Alcorta, Kier, Obarrio, Goyena, Moreno y tantos otros, con la votación, desautorizaron también esa interpretación.

El proyecto de Tejedor, por otra parte, y el de la comisión revisora, que contenían un artículo en el que se decía que no quedaban comprendidos los delitos de imprenta por impedirlo el art. 32 de la constitución, y el código, en el que se suprimió esa disposición en virtud del mismo artículo, contenían y contienen en los delitos contra el honor, y la ley 4189 ha



agregado una nueva en lo concerniente a la complicidad, disposiciones referentes a los casos en que la injuria o la calumnia hayan sido inferidas por medio de la prensa.

Como no es dable pensar que se haya tenido en mira introducir en una ley nacional disposiciones de carácter local, puesto que ello importaría admitir que los autores de aquellos proyectos y los legisladores ignoraban una de las reglas elementales de técnica legislativa, y porque además el congreso dictó el código en tal carácter y no como legislatura local, y no se hizo la salvedad que; en todo caso, correspondía **expresar**, forzoso es admitir que entendieron, como dejaron ver que lo entendían Mitre y Elizalde al discutirse la ley de imprenta de la provincia de Buenos Aires de septiembre 17 de 1857, que el delito de imprenta no es lo mismo que el delito común cometido por medio de la prensa.

**61.—En conclusión.**

Los fundamentos en que afirma su doctrina la Suprema Corte, no tienen toda la fuerza de demostración que fuera menester, para que las opiniones contrarias, no menos respetables, aparezcan desprovistas de autoridad.

Además del fallo de la Corte y de las constancias pertinentes de "El Redactor", que van a continuación, puede el lector consultar, entre otras cosas, las actas de la convención constituyente de 1870-1873 de la provincia de Buenos Aires (pgs. 416 y siguientes), las leyes y decretos nacionales sobre imprenta de abril 20 y octubre 26 de 1811, diciembre 3 de 1817 (Reglamento provisorio), mayo 3 de 1828 y febrero 1 de 1834 (la libertad de imprenta había sido reconocida especialmente por las constituciones de 1819 y 1826), y las provinciales (provincia de Buenos Aires) de abril de 1822, 9 de mayo de 1828 y 17 de septiembre de 1857.

Casi todas las provincias, si no todas en la actualidad, tienen afortunadamente leyes de imprenta. Un gran número sin embargo, reprime únicamente las injurias y las calumnias, y las restantes prevén delitos de fuero federal, cuyo conocimiento no pueden atribuir las legislaturas locales a sus propias jurisdicciones, ni aún a título de delitos, faltas o abusos de imprenta,



por impedirselo expresa y terminantemente la constitución nacional.

La interpretación más generalizada es la que atribuye al art. 32 de la constitución su significado literal e histórico: impedir que el gobierno central amordazase la prensa, dictando leyes restrictivas de la libertad de publicar ideas y estableciendo sobre ella como jurisdicción única la federal.

Los que así piensan, y según se ha visto, son los más y sin duda alguna muy autorizados, consideran que las leyes restrictivas a que se refiere el artículo 32 son las de censura previa de que habla el 14.

¿Necesitaban acaso más los constituyentes para poner a salvo la libertad de la prensa, y con ella las autonomías provinciales, el sistema federal y republicano de gobierno y la necesaria influencia de la opinión en los asuntos de estado y el manejo de la cosa pública?

## 62.—Fallo de la Suprema Corte.

“Buenos Aires, octubre 17 de 1916.

### “VISTOS Y CONSIDERANDO:

“1.º — Que el apelante ha puesto en cuestión el alcance del artículo 32 de la constitución, discutiéndose si su precepto tiene o no el efecto de inhibir al congreso federal de legislar para toda la nación sobre la libertad de la prensa.

“2.º — Que la decisión ha sido contraria al derecho invocado por el recurrente y que ha fundado en dicha cláusula y en el artículo 18 de la constitución, por cuyo motivo el tribunal que lo ha condenado, aplicando para ello el código penal, le ha concedido el recurso extraordinario del artículo 14, inciso 3.º, de la ley número 48.

“3.º — Que la sentencia de la cámara 3.ª de apelaciones en lo criminal de la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires, condena a don Juan G. Kaiser, director del periódico *La Opinión*, de la ciudad de Luján, a la pena de dos años y medio de penitenciaría y accesorios de ley, fijándose en un año la inhabilitación, aplicando los artículos 6, 75, 177, 179, 180, inciso 2.º, del código penal y artículo 21, letras a), b) y d) de la ley número 4189, reformatoria del mismo código, en la causa en que don Diego Saborido, vecino de Luján, comisionado del poder ejecutivo a cargo de la municipalidad de ese partido, en el expresado carácter de funcionario público y en el de particular, inicia querellas por calumnias e injurias contra don Juan G. Kaiser, director del periódico *La Opinión*, de dicha ciudad, o



“ contra quien resulte autor de las publicaciones aparecidas bajo el  
“ título de «La administración calamitosa» y «La acusación a La Opinión», en el nombrado periódico.

“ 4.º — Que con arreglo al artículo 32 de la constitución, el con-  
“ greso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta  
“ o establezcan sobre ella la jurisdicción federal, y de los anteceden-  
“ tes que motivaron esa reforma, introducida en la convención de 1860,  
“ ella significa que el honorable congreso en su carácter de legislatura  
“ nacional, no puede legislar sobre la prensa reglamentando el dere-  
“ cho de publicar ideas y reprimiendo abusos posibles en el uso de tal  
“ derecho, porque los constituyentes quisieron dejar esa facultad a las  
“ soberanías locales. (Fallos: tomo CXIV, página 60; tomo CXV, pá-  
“ gina 92, nota 1.º).

“ 5.º — Que, en efecto, en el número 6 del Redactor de la comi-  
“ sión examinadora de la constitución federal, presentado por el in-  
“ forme de la misma, se hizo constar «que si se añadía que la prensa  
“ no había de caer bajo la jurisdicción federal, era porque la consti-  
“ tución argentina encargaba al congreso la codificación de las leyes  
“ y podía por tanto dictarlas sobre libertad de imprenta», y después  
“ de citar como antecedente de la reforma una carta del presidente de  
“ la confederación conminando a un gobernador de provincia porque  
“ no reprimía el espíritu de crítica de un diario, agregaba: «que la  
“ historia contemporánea había justificado plenamente la previsión de  
“ los pueblos que impusieron a fines del siglo pasado al congreso fe-  
“ deral, esta limitación de facultades», lo que significaba que en la de  
“ dictar los códigos no estaba comprendida la de reglamentar los de-  
“ litos de imprenta, debiendo notarse que la observación del Redactor  
“ era exacta respecto a la jurisdicción federal, pues que no se había  
“ introducido todavía la salvedad relativa a los códigos que se admi-  
“ tió posteriormente en el informe leído en la sesión del 25 de abril  
“ de 1860.

“ 6.º — Que en el informe escribió, después de referirse a la dis-  
“ cusión consignada en el Redactor, agregaba: «La sociedad puede re-  
“ glamentar y aun reprimir el abuso; pero esa reglamentación y esa  
“ represión, es privativa de la soberanía provincial; es decir, es priva-  
“ tiva de la sociedad en que el abuso se comete, y a la cual puede da-  
“ ñar inmediatamente, ya sea a toda ella en su conjunto, ya a los in-  
“ dividuos aisladamente», a que agrega: «y existiendo precedentes  
“ (aunque no de carácter legal) que hacen presumible una interven-  
“ ción indebida del gobierno federal en materia tan privativa de la  
“ soberanía provincial, es prudente precaverse contra tales probabili-  
“ dades, como lo hicieron los Estados Unidos de Norte América en  
“ las enmiendas que presentaron al congreso.» (Diario de sesiones de  
“ la convención del Estado de Buenos Aires, edición de 1860, pág. 97.)



“7.º — Que en la sesión del 1.º de mayo de 1860, el miembro informante, refiriéndose a la proyectada reforma, o sea, al artículo 32 de la constitución vigente, manifestaba: «La reforma importa decir que la imprenta debe estar sujeta a las leyes del pueblo en que se use de ella. Un abuso de la libertad de imprenta nunca puede ser un delito, diré así, nacional. El congreso, dando leyes de imprenta sujetaría el juicio a los tribunales federales sacando el delito de su fuero natural. Si una provincia como Buenos Aires, no tuviera leyes de imprenta o los abusos de ellas fueran sólo castigados por el juez correccional, como otra cualquiera injuria, ¿por qué daríamos facultad al congreso para restringir la libertad de imprenta, darle otra pena a los delitos de imprenta, o imponer a los diarios restricciones o gravámenes que hicieran dificultosa su existencia?» (*Diario de sesiones*, citado, página 191.)

“8.º — Que nada autoriza la distinción entre abuso de la libertad de imprenta y delitos de injuria y calumnia cometidos por medio de ella, para sostener que solamente los primeros fueron excluidos de la legislación general del congreso. No la justifican las manifestaciones citadas del Redactor y del informe escrito de la comisión examinadora, ni la exposición del miembro informante en la discusión del artículo 32 de la constitución, que constituye su interpretación auténtica. Tampoco puede fundarse en las disposiciones sobre la prensa conocidas en la época de la reforma y a que aludía el número 6 del Redactor. El reglamento de 22 de abril de 1811 se ocupaba de la «calificación y castigo de los delitos que se cometen por el abuso de la libertad de imprenta», y el decreto de 26 de octubre del mismo año, disponía en su artículo 2.º: «el abuso de esta libertad es un crimen. Su acusación corresponde a los interesados si ofende derechos particulares y a todos los ciudadanos si compromete la tranquilidad pública.» Las leyes de la provincia de Buenos Aires de 11 de octubre de 1822 «sobre los abusos de la prensa» se ocupaba, de «los abusos atentatorios al orden público y las autoridades constituidas», al mismo tiempo que de «los abusos de la libertad de la prensa contra personas y derechos privados»; la de 9 de mayo de 1828, que incluía entre los impresos abusivos de la libertad de imprenta «los que ofenden con sátiras e invectivas al honor y reputación de algún individuo o ridiculicen su persona», etc. (artículo 1.º), y, finalmente, la de 17 de septiembre de 1857, según la que «las acciones particulares por injurias, calumnias o difamaciones que se cometan por la prensa, como también las que en su caso, corresponde intentar a los fiscales del Estado, podrían ser deducidas ante los jueces ordinarios, los cuales las juzgarían por las leyes civiles o criminales».

“9.º — Que corrobora lo anterior las disposiciones consignadas en las constituciones adoptadas después de la reforma de 1860, rela-





“tivas al ejercicio del derecho de legislación sobre la prensa como  
“comprendida entre las facultades reservadas y en las leyes reglamen-  
“tarias vigentes en muchas de ellas.

“La misma constitución de la provincia de Buenos Aires, en su  
“artículo 11, concordante con el artículo 177 del código penal, que  
“define el delito de calumnia, prescribe que en los delitos de impre-  
“nta «el jurado admitirá la prueba como descargo siempre que se  
“trate de la conducta oficial de los empleados o de la capacidad polí-  
“tica de personas públicas». A ello se agrega que poco después de  
“aceptada por la convención de Santa Fe en su tercera sesión ordi-  
“naria del 23 de septiembre de 1860, la reforma consignada en el ar-  
“tículo 32 de la constitución, la honorable cámara de diputados de la  
“nación desechó un proyecto sobre nombramiento de una comisión  
“encargada de redactar una ley reglamentando la libertad de la pren-  
“sa. (*Diario de sesiones* de 1863, Diputados, páginas 129 a 138.)

“10.º — Que de otra parte el proyecto de código penal del doctor  
“Tejedor y el que redactara la comisión revisora del mismo, hacían  
“constar que sus disposiciones no comprendían las contravenciones de  
“policía, los delitos militares, los de fuero nacional y los delitos de  
“imprenta, «a mérito, decía la nota del codificador, de lo dispuesto en  
“el artículo 32 de la constitución general», y si esta restricción no  
“aparece en el código vigente, desde el 1.º de marzo de 1887, fué por-  
“que se la consideró innecesaria por hallarse consignada en la carta  
“fundamental.

11.º — Que el miembro informante de la comisión de códigos de  
“la honorable cámara de diputados, refiriéndose a la disposición ci-  
“tada del código penal, hacía constar lo siguiente:

“«El artículo 2.º dice que este código no comprende las contra-  
“venciones a las disposiciones de policía, los delitos de imprenta, los  
“de fuero militar, del fuero nacional, penados por leyes especiales.

“Es sabido que un código no comprende las contravenciones de  
“policía, cuando no están expresamente establecidas, como en el có-  
“digo francés.

“Los otros incisos del artículo a que se refiere son también inúti-  
“les, desde que está consignado el principio en nuestra constitución.»  
“(Diario de sesiones, Diputados, 1885, II, página 722.)

“12.º — Que no obstante la prolija enumeración de derechos para  
“todos los habitantes de la nación, consignada en el artículo 14 de la  
“constitución, entre los que se encuentran el «de publicar sus ideas  
“por la prensa sin censura previa», los reformadores de 1860, por los  
“antecedentes que menciona el Redactor, tomaron de la enmienda pri-  
“mera a la constitución americana, la prohibición impuesta al con-  
“greso de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, agre-



“gando lo siguiente: «o establezcan sobre ella la jurisdicción federal».

“13.º — Que con esa última cláusula se entendió reservar a las provincias la represión de los delitos de imprenta, inhibiendo al congreso de dictar leyes generales sobre la materia, para toda la nación, aunque se consignaran en los códigos que el congreso podía dictar, pues, como se hizo constar en el número 6 del Redactor, explicando la agregación de esa cláusula, «y que si en la primera se añadía que la prensa no había de recaer bajo la jurisdicción federal, era porque la constitución argentina encargaba al congreso la codificación de las leyes y podía, por tanto, dictarlas sobre libertad de imprenta».

“14. — Era esto último lo que se quería evitar en los códigos y fuera de ellos con una fórmula cuyo alcance se explica, teniendo presente que la reserva respecto a la jurisdicción sobre materias codificadas, fué introducida posteriormente al Redactor, o sea, en el informe escrito del 3 de abril de 1860, y por eso en éste ya no se alude a la facultad de dictar los códigos, sino a la de dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados. (*Diario de sesiones*, citado, edición de 1860, página 97.)

“15.º — Que son, pues, las leyes locales, ya sean dictadas por las legislaturas de provincia o bien por el honorable congreso en ejercicio de la atribución consignada en los incisos 14 y 27 del artículo 67 de la constitución, respecto a la capital y territorios nacionales, las que deben reglamentar el ejercicio de la libertad de imprenta, determinando las sanciones con que se reprimirán sus abusos y los tribunales que conocerán de las causas respectivas, pues que el artículo 32 de la constitución no se opone a la represión de los delitos que puedan cometerse por medio de la prensa, pero esa reglamentación y esa represión es privativa de la sociedad en que el abuso se comete, como decía el miembro informante en la convención de 1860.

“16.º — Que, en consecuencia de lo que precede, debe reconocerse que la sentencia del tribunal de la provincia de Buenos Aires, fundando en las disposiciones del código penal de la nación la represión de delitos de imprenta, ha contrariado el artículo 32 de la constitución y el 18 de la misma, por el que «ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso», no habiéndose invocado disposición alguna de carácter provincial, por la que las sanciones de aquel código hayan sido incorporados a la legislación local sobre la materia.

“Por estos fundamentos así se declara, revocándose la sentencia apelada en la parte que ha sido materia del recurso. — A. BERMÚDEZ JO. — NICANOR G. DEL SOLAR. — D. E. PALACIO. — J. FIGUEROA ALICORTA.”



63.—Parte pertinente de lo que se dijo en el seno de la comisión examinadora, tomado de “El Redactor”.

“Observóse que estas dos declaraciones eran tomadas de las enmiendas a la constitución de los Estados Unidos, indicadas entre otras, como complemento necesario de la constitución; y que si en la primera se añadía que la prensa no había de recaer bajo la jurisdicción federal, era porque la constitución argentina encargaba al congreso la codificación de las leyes, y podía, por tanto, dictarlas sobre la libertad de imprenta”.

“Que las constituciones modernas eran una limitación puesta a la soberanía popular misma, mientras la constitución exige, al legislador, que no puede alterar lo que ella establece, al ejecutor de la ley que debe limitarse a lo que ella le prescribe, y aún al juez que ha de juzgar la ley misma que aplica, en cuanto excede los límites a la facultad de legislar señalados por la constitución”.

“Que la *declaración* de los derechos del hombre, había precedido a todas las constituciones escritas, los que quedaban subsistentes siempre; pues ellos constituían un legado de la humanidad entera, que ningún pueblo podía renunciar sin renunciar a la historia y a los antecedentes de la civilización de la especie humana, y a la mancomunidad cristiana de que formaban parte. Que así el derecho de gentes los protegía a todos, en cambio de reconocer y practicar aquellos actos, y tener aquellas leyes y prácticas que suponen un pueblo civilizado”.

“Que en las declaraciones de derechos y garantías, estaban consignados varios principios de la ley civil, tales como el derecho de defensa, de careo, de no jurar en propia causa, etc., etc., para asegurarse de que esas leyes fundamentales no pueden ser abolidas ni por la Constitución, ni por la voluntad de pueblo alguno; pues no hay pueblo que pueda reclamar como suyas estas conquistas, ni renunciarlas por su voluntad”.

“Pero que, no pudiendo numerarse en las declaraciones previas de una constitución, todos los derechos adquiridos por el hombre, se establecían los principales; consignando el hecho de que aquellos no enumerados quedan siempre vigentes, y se los reserva el pueblo. Que esta práctica introducida en



“ las enmiendas de la constitución de los Estados Unidos, había sido reproducida constantemente por todas las de los estados. “ no obstante haber heredado de la legislación de la madre patria, la magna carta, el *bill of rights*, el *habeas corpus* y el “ cuerpo de doctrina que constituyen las libertades inglesas, y “ ser ley del estado la declaración de la independencia, en que “ las colonias norteamericanas reivindicaron los derechos del “ hombre, para constituirse en sociedad: libertades y declaración que están implícitas en nuestro derecho público, y le sirven de base”.

“Que así aquellas constituciones consignaban en sus declaraciones principios y aun doctrinas que debían tenerse siempre a la vista, tales como: *el pueblo tendrá derecho de llevar armas para su defensa propia y la del estado (Constitución de Indiana). El poder absoluto arbitrario sobre las vidas, libertad y propiedad de los hombres, no existe en una república ni aun en las más grandes mayorías (Kentucky)...*”

“Que esta declaración servía para fijar la interpretación de la constitución misma, por sus principios fundamentales y objetos contra los que querían suponer que, la letra autoriza “ a restringir una libertad, o que lo que en la constitución no “ está expresamente dicho, no es constitucional, ni tiene valor “ legal; con lo cual se pervierte el espíritu, y se falsea el fin “ que consultan las constituciones”.

“Que estos mismos principios habían aconsejado substraer “ a la acción del congreso de los Estados Unidos, la legislación “ de la prensa, para asegurar así a la libertad de pensar un derecho anterior y superior a la constitución”.

“Que sin hacer de ello un cargo inútil, la comisión debiera “ recordar haberse publicado una carta del presidente de la “ Confederación, conminando a un gobernador de provincia “ porque no reprimía el espíritu de crítica de un diario, caracterizando con sus verdaderos nombres la resurrección de la “ cinta colorada; y que si en esta reprobación del diario, de un “ uso que ley ninguna ordena, no estando nadie obligado a hacer, acatar, ni respetar lo que no es legal... con cuánta más “ razón debía temerse esta facultad de restringir la prensa, en “ materias más graves. Que la historia contemporánea había “ justificado plenamente la previsión de los pueblos que impu-



“sieron a fines del siglo pasado al congreso federal esta limitación de facultades. Que ninguna nación del mundo había arribado a establecer principios regulares; pues, dejando a sus legisladores la facultad de reglamentar la facultad de la prensa, algunas no habían podido detenerse en la fatal pendiente que lleva hasta suprimirla, o someterla al juicio del ejecutivo, sin formas, como acontece en Francia. Que la Inglaterra había intentado en vano dar una ley sobre imprenta, y desistido de ello el parlamento, en presencia del peligro de atacar la libertad en su base, dando al legislador el derecho de reglamentarla; y que en Sud América ningún estado había llegado a resultado estable ni satisfactorio. Que en presencia de estas dificultades, los publicistas de las repúblicas estaban con la constitución de los Estados Unidos, contestes en declarar la libertad de la prensa, derecho reservado por el pueblo; y como la libertad de conciencia, que es otra forma de la libertad del pensamiento fuera del alcance de la legislación, dejándole al abuso de ella su carácter de libelo ante las leyes ordinarias. Que en países como los nuestros, en que las comunicaciones y contacto eran difíciles, la educación del pueblo defectuosa y limitada, las prácticas administrativas irregulares o viciosas, y la tendencia al arbitrio, inherente a todos estos defectos, la prensa, con todos sus inconvenientes de detalle, ejercía una poderosa y saludable influencia, poniendo de manifiesto lo que habría interés en ocultar, interesando a unos pueblos en la suerte de otros y difundiendo por la discusión y la publicidad, una masa de luces que de otro modo no llegaría a los extremos de la república. Que el ensayo feliz de absoluta libertad de imprenta, hecho nueve años en Buenos Aires, había desacreditado los especiosos argumentos contra ella; y que, además, entrando hoy Buenos Aires en la Confederación, entraba con sus libertades conquistadas, y no siendo a las provincias dañosa en manera alguna que Buenos Aires tenga libertad de imprenta, esta restricción de legislar debía ser aceptada”.

Parte pertinente del informe escrito presentado por la comisión examinadora a la convención provincial:

“Bastante queda dicho ya respecto de lo primero”.



“Respecto de lo segundo, la comisión se refiere en un todo a la discusión que consta del número 6 del *Redactor* de sus sesiones, consignando, sin embargo, en este *informe*, la razón capital que la ha guiado al proponer esta reforma”.

“Siendo la palabra escrita o hablada, uno de los derechos naturales de los hombres que derivan de la libertad de pensar, él se halla comprendido entre los derechos intransmisibles de que se ha hablado. La sociedad puede reglamentar y aun reprimir el abuso; pero esa reglamentación y esa restricción es privativa de la soberanía provincial; es decir, es privativa de la sociedad en que el abuso se comete y a la cual puede dañar inmediatamente, ya sea a toda ella en su conjunto, ya a los individuos aisladamente. Aún considerando los abusos de la palabra escrita como verdaderos delitos (que en realidad no son sino actos dañosos a la sociedad), ellos no podrían caer bajo la jurisdicción nacional, como no caen los delitos comunes, y sería un contra sentido que fuese tribunal nacional un jurado de imprenta, y no lo fuese un juzgado civil o criminal. Del contexto de la constitución no resulta que tal haya sido su suerte, pero entendiéndose generalmente de otra manera por los publicistas argentinos que concurrieron a su confección, teniendo el congreso, por el inc. 11º del art. 64, *la facultad de dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados*, y existiendo precedentes (aunque no de un carácter legal), que hacen presumible una intervención indebida del gobierno federal, en materia tan privativa de la soberanía provincial, es prudente precaverse contra tales probabilidades, como lo hicieron los estados de Norte América en las enmiendas que presentaron al congreso”.

Exposición oral de Vélez Sársfield sobre la enmienda, hecha ante la convención provincial:

“Voy a exponer los motivos de esta reforma, ya que no lo hacen los que la han propuesto. La reforma importa decir que la imprenta debe estar sujeta a las leyes del pueblo en que se use de ella. Un abuso de la libertad de imprenta nunca puede ser un delito, diré así, nacional. El congreso dando leyes de imprenta sujetaría el juicio a los tribunales federales, sacando el delito de su fuero natural. Si en una provincia



“ como Buenos Aires, no hubiera leyes de imprenta o los abusos de ellas fueran sólo castigados por el juez correccional, “ como otra cualquier injuria, ¿por qué daríamos facultad al “ congreso para restringir la libertad de imprenta, darle otra “ pena a los delitos de imprenta, o imponer a los diarios restricciones o gravámenes que hicieran dificultosa su existencia?”

“La reforma dice aún más: que el congreso no puede restringir la libertad. La libertad de imprenta, señores, puede “ considerarse como una ampliación del sistema representativo “ o como su explicación de los derechos que quedan al pueblo, “ después que ha elegido sus representantes al cuerpo legislativo”.

“Cuando un pueblo elige sus representantes no se esclaviza a ellos, no pierde el derecho de pensar o de hablar sobre “ sus actos; esto sería hacerlos irresponsables. El puede “ conservar y conviene que conserve el derecho de examen y de crítica para hacer efectiva las medidas de sus representantes y “ de todos los que administran sus intereses. Dejemos, pues, “ pensar y hablar al pueblo y no se le esclavice en sus medios “ de hacerlo”.

“El pueblo necesita conocer toda la administración, observarla, y aún diré dirigirla en el momento que se separe de “ sus deberes, o para indicarle las reformas o los medios de “ adelanto, como sucede todos los días. Hoy es sabido en el “ mundo que los mayores adelantos materiales y morales de los “ pueblos son debidos a la prensa, al pensamiento de los hombres que no están empleados en la administración. Nosotros “ mismos somos testigos. La prensa ha indicado mil veces y “ aún ha exigido las mayores reformas en la administración y “ ha propuesto y ha discutido las leyes más importantes”.

“Sobre todo, sin la absoluta libertad de imprenta no se “ puede crear hoy el gran poder que gobierna a los pueblos y “ dirige a los gobernantes: la opinión pública. Sólo la libre discusión por la prensa, puede hacer formar el juicio sobre la “ administración o sobre los hechos políticos que deban influir “ en la suerte de un país. Sólo también por medio de la libertad de imprenta puede el pueblo comprender la marcha de la “ administración. No basta que un pueblo dé cuenta al pueblo



“de sus actos: sólo por medio de la más absoluta libertad de  
“imprensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y  
“determinarse el mérito o la responsabilidad de los poderes  
“públicos. El pueblo entonces con pleno conocimiento de la  
“administración crea como siempre sucede, un medio de ade-  
“lanto, o el medio de evitarse un mal”.

“Se dirá que los abusos de la imprenta traen trastornos  
“sociales. Pero trastornos sociales se llaman muchas veces el  
“nacimiento de la libertad en un pueblo por la consagración de  
“los derechos individuales. Las más veces equivocamos el mal  
“social con el mal individual, creemos que la injuria a una per-  
“sona es la injuria a la sociedad y que el deshonor de un hom-  
“bre es un mal social, y por esto tantas veces se habla contra  
“la libertad de imprenta. Mas los particulares tienen el reme-  
“dio para este desorden, que sólo a ellos toca, en los tribuna-  
“les ordinarios”.

“Por fin, señores, los diarios llenan hoy la necesidad que  
“llenó el primer diario que se fundó en Londres. *La grande*  
“*armada* de la España contra la Inglaterra llenaba de temores  
“al pueblo inglés que se creía incapaz de defenderse. “Un mi-  
“nistro de la reina Isabel propuso entonces crear un diario  
“para levantar el espíritu público y demostrar todos los re-  
“cursos que la Inglaterra poseía para defenderse de la *grande*  
“*armada*: así se hizo; y esa primera gaceta inglesa creó una  
“nueva opinión pública, hizo conocer todos los recursos del  
“reino, y la Inglaterra levantada en masa, triunfó de su po-  
“deroso enemigo. O sino, preguntad a todos los opresores de  
“los pueblos, cuál es el primer medio que emplean para domi-  
“narlos a su arbitrio? Quitar la libertad de imprenta o po-  
“nerle pesadas restricciones!”

“Resumiendo, señores, estas diversas ideas, podréis he-  
“char la vista sobre las sociedades de todo el mundo y no  
“hallaréis un pueblo que vaya en progreso y en que estén ase-  
“gurados los derechos de los hombres y restringida al mismo  
“tiempo la libertad de imprenta. Ni hallaréis un pueblo que  
“goce de absoluta libertad de imprenta, y en el que su riqueza  
“y sus adelantos morales retrograden y en que sus habitantes  
“no se juzguen garantidos en sus derechos individuales”.



64.—El código ha solucionado, en el art. 114, la dificultad, con arreglo a la doctrina sustentada por la Suprema Corte, no obstante que la segunda comisión del senado, atendiendo las observaciones que formulé en su seno, suprimió en el art. 144 la parte correspondiente, “en la capital y territorios nacionales”, enmienda que el senado sancionó y en la cual insistió, quedando desechada por la insistencia de diputados.

---





**El derecho penal en sus relaciones con las leyes civil y comercial, la jurisdicción y los procedimientos**

65. — Estudio comparado del derecho penal con el civil, en sus concordancias, divergencias y contradicciones. 66. — En cuanto a su objeto, importancia y carácter. 67. — En cuanto al sujeto activo y al sujeto pasivo del acto ilícito. — 68. — En cuanto al concepto y realización del delito. Clasificación de los delitos. 69. — En cuanto a los elementos del delito. a) Elemento legal. b) Elemento material. c) Elemento moral, d) Responsabilidad. 70. — Con relación al daño. 71. — Con relación a la acción. a) Clases. b) Su ejercicio. 72. — En cuanto a la sanción. 73. — Del resarcimiento. 74. — En cuanto a la extinción de la acción y de la sanción. 75. — Dependencias reciprocas. Cuestiones prejudiciales. 76. — Las nulidades y los medios de prueba. 77. — El tecnicismo jurídico, el estado civil y el parentesco. 78. — La ley penal y la comercial. 79. La ley penal, la jurisdicción y los procedimientos.

65.—Después de haber estudiado las relaciones que existen entre el derecho penal y la constitución, ésta como fuente de aquél, corresponde ocuparse del estudio de las relaciones existentes entre el derecho penal y el derecho civil, con el objeto de hacer notar, no solamente los vínculos de recíproca dependencia fijados en disposiciones expresas, sino también las concordancias y divergencias, y hasta las contradicciones existentes entre una y otra ramas del derecho.

Debe tenerse muy presente que este estudio comprende exclusivamente aquellas partes de legislación o de doctrina sobre materia común, o sea lo concerniente a la materia del delito y del cuasi-delito, y cuanto con ello se relaciona. Este estudio, no siempre atendido, es en parte indispensable y en parte conveniente; ya para adquirir ciertos conceptos, ya para aclarar y precisar otros, y comprende los puntos indicados en el sumario.

66.—Substancialmente no existe diferencia entre el derecho civil y el penal en cuanto a su objeto, puesto que tanto uno



como otro se proponen reglar los actos del individuo en sociedad, manteniendo el imperio del derecho y haciendo factible la vida de relación. No puede sin embargo decirse otro tanto en lo tocante a su importancia, puesto que es, fuera de toda duda, mucho mayor la de la ley penal, toda vez que, además de tutelar los mismos intereses que tutela la ley civil, tutela los de orden público, así políticos como morales.

Por lo que al carácter respecta, cabe anotar: que mientras la ley civil rige las relaciones de interés personal, constituyendo por lo mismo una rama del derecho privado, la ley penal rige relaciones e intereses sociales, constituyendo en consecuencia una rama de derecho público. De esta diferencia de carácter se desprenden las siguientes consecuencias, sobre alguna de las cuales se insiste luego más extensamente. La ley civil actúa en un campo de acción menos extenso (el de los intereses personales); se aplica a los hechos consumados, quedando excluidos la tentativa y los delitos formales; obrando sobre los hechos consumados, rige el pasado, en tanto que la ley penal rige el pasado y el porvenir; rigiendo la ley civil sólo el pasado, su sanción es únicamente reparadora, mientras que la sanción penal es preventiva, por cuanto rige también el porvenir; siendo la sanción penal preventiva, es absolutamente personal y no tiene por qué guardar relación de identidad o analogía con el mal causado, en tanto que, siendo la civil sólo reparadora, alcanza a los herederos del culpable y guarda en lo posible cierta relación de identidad o analogía con el perjuicio causado; rigiendo la ley civil intereses privados, la acción a que da lugar un delito civil es renunciable, y, siendo su sanción reparadora, la acción es también transmisible, al paso que la penal, que es pública por definición, puesto que tutela intereses sociales, es irrenunciable e intransmisble; no todo delito civil es delito criminal, porque el interés privado no siempre reviste importancia social, del mismo modo que no todo delito criminal es delito civil, toda vez que no todo atentado a un interés social importa un atentado a un interés particular determinado de una persona del derecho privado. Esto ocurre con los delitos de carácter político, los delitos formales, las tentativas en general, los actos preparatorios erigidos en delitos perfectos, la incitación criminal, etc.



Se dice así mismo que el derecho civil y el penal se encuentran separados por otra diferencia de carácter, consistente en que, mientras el primero es preceptivo el segundo es eminentemente prohibitivo y sancionador. Si el estudio de comparación entre ambas ramas del derecho hubiese de comprender toda la materia que abarca cada una de ellas, esta como otras observaciones serían pertinentes y atinadas; más como es inconducente dar a ese estudio semejante extensión, limitado, como debe estar, a la parte de legislación y de doctrina sobre materia común, la diferencia anotada no existe. Si en realidad el derecho penal es eminentemente prohibitivo y sancionador, el civil, en la parte referente a los delitos y a los cuasi-delitos, reviste el mismo carácter.

“Es delito o falta toda acción u omisión penada por la ley”, rezaba la definición del art. 1º del código penal derogado, suprimida luego por superflua, y el art. 15 definía la culpa (cuasi delito civil), diciendo: “Son punibles las contravenciones a la ley, cometidas por culpa o imprudencia”; a lo que puede agregarse el art. 18 de la constitución en la parte que dice, que “Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, precepto que reproducía el art. 46 del código derogado. El vigente reprime la culpa en los arts. 84, 94, 136, 177, 189, 196, 203, 223, 254, 255, 262 y 281.

Veráse ahora que el código civil dispone otro tanto. Considera delito “El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro” (art. 1072). En el 1066 prescribe que “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito, agrega, se le podrá aplicar pena o sanción de este código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto”, prescripción concordante con la del art. 898. “Todo delito, expresa el art. 1067, hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resulta a otra persona”. En cuanto a los cuasi-delitos, agrega en los arts. 1108 y 1109 que son aplicables los arts. 1070, 1071, 1073, 1074, 1075 y 1076 a los actos ilícitos ejecutados por culpa o negligencia, y en el 1109 que “Todo el que ejecuta un



“hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”.

Resulta de lo dicho, que en materia de delitos y cuasi-delitos, tanto el derecho civil como el penal son igualmente prohibitivos y sancionadores. Ningún delito o cuasi-delito sin la violación de una disposición expresa de la ley; ninguna sanción sin una ley que la imponga con anterioridad; ningún acto ilícito sin sanción.

Por análogas razones no son aplicables en esta materia la interpretación analógica y extensiva autorizada por los arts. 15 y 16 del código civil en modo general; al menos en lo que se refiere a la definición del acto ilícito y a la imposición de la sanción, no de otra suerte que en materia penal.

Otro carácter común a ambas ramas del derecho, en la materia de que se trata, es que ambas leyes son de efectos territoriales y no retroactivos (arts. 1, 2, 3, 4044, 4045 y 4051 del código civil, 18 de la constitución y 46 y 48 del código penal derogado).

**67.—**El sujeto activo es el mismo, tanto en derecho civil como en derecho penal: es la persona de existencia visible. El art. 43 del código civil dice que las personas de existencia ideal no delinquen, ni criminal ni civilmente, y que por consiguiente no pueden ser perseguidas por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas.

Agrega empero el codificador lo siguiente en la nota respectiva: “Al lado de la obligación que produce un delito, nace otra del todo diferente, *obligatio re ex eo quod aliquem prevenit*, que se aplica a las personas jurídicas, como a los dementes o a los impúberes. Si pues el jefe de una corporación comete fraude en el ejercicio de sus funciones, él sólo es responsable por el dolo; pero la caja de la corporación debe res- tituir la suma con que el fraude la hubiera enriquecido. Es preciso no decir lo mismo de las multas que pueden imponer- se en un proceso, agrega, las cuales no son verdaderas penas, sino gastos, partes esenciales del mecanismo de los procedi- mientos judiciales. Las personas jurídicas deben someterse



“a esas multas, si quieren participar de los beneficios de un “proceso”.

[Pero si no difieren en cuanto a su capacidad física, difieren en cuanto a su capacidad moral. Según el código civil (arts. 1076 y 1108), el mayor de diez años es ya responsable, en tanto que en derecho penal la incapacidad llega hasta una edad más avanzada. En nuestro derecho llega hasta los catorce años. Puede verse además lo que se dice en el n° 13.

Donde la diferencia se acentúa es en lo concerniente al sujeto pasivo. En derecho civil sólo pueden ser sujeto pasivo la persona de existencia visible y la ideal, en su carácter ésta de entidad concreta del derecho privado. “El acto ilícito, dice el “art. 1072, ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la *persona o los bienes de otros*, se llama en este código delito”. “Todo derecho, agrega el art. 1075, puede ser materia de un delito, bien sea un *derecho sobre un objeto exterior, o bien se confunda con la existencia de la persona*”; y del mismo modo en los arts. 1077, 1078, 1100, 1111, y demás concordantes. En cuanto a los cuasi-delitos, el art. 1109 dispone que “Todo “el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a *otro*, está obligado a la reparación del perjuicio”. En cambio en derecho penal puede además serlo inmediatamente, y lo es siempre de modo mediato, la entidad abstracta *sociedad*, y la política nación y estado. Ejemplos de estos delitos son: la traición, la rebelión, la sedición; los delitos contra la justicia, la fe pública, la moral y buenas costumbres, etc.

Se relaciona con los sujetos del delito la siguiente notable diferencia. El derecho civil atiende más a los intereses que a las personas, y descuida, casi por completo, la personalidad del culpable. Tanto que, tratándose de los delitos, impone la sanción con carácter solidario (art. 1081), sin acordar al que haya indemnizado el derecho de repetir de los demás partícipes (art. 1082); y tratándose de la culpa, los damnificados pueden perseguir a los responsables civilmente, con absoluta prescindencia de los autores del hecho (arts. 1113 a 1122). Y esto viene como lógica consecuencia del carácter privado de los intereses tutelados, y del meramente reparatorio o reconstructivo de la sanción civil. En cambio el derecho penal, que tutela in-



tereses sociales, y por lo tanto atiende en la sanción fundamentalmente a la prevención del delito, tiene muy en cuenta el elemento psicológico del mismo, atendiendo preferentemente a la personalidad del culpable. Y es por eso que la responsabilidad y la sanción son absolutamente personales, y en ellas se tiene muy en consideración el móvil y los motivos de atenuación o de agravación, que en derecho civil son perfectamente indiferentes, por lo cual la responsabilidad no se mide, sino que simplemente se afirma y se niega, y la sanción se gradúa con un criterio del todo objetivo.

68—En cuanto al delito, apenas si, como diferencia entre lo ilícito civil y lo ilícito penal, puede anotarse doctrinariamente la mayor trascendencia del delito penal y la insuficiencia de la sanción civil para conjurarlo. Por lo demás, el concepto y su naturaleza no varían radicalmente. El delito es siempre la infracción consciente y libre de la ley, por acciones u omisiones; lo que vale decir que es un hecho del hombre produciendo perturbaciones de orden jurídico, al que la ley tiene impuesta una sanción.

Pasando ya a su realización, se advierte una diferencia más, consistente en que en lo civil no existen ni los actos preparatorios erigidos en delitos *per se*, ni se reprime la tentativa, y por lo tanto no hay los llamados delitos *formales*. Porque la materia del delito civil es el perjuicio efectivo estimable en dinero, causado en las cosas o en las personas (art. 1068), sin perjuicio del agravio moral, si al mismo tiempo fuere un delito del derecho criminal, cuya indemnización es aparte (art. 1078).

No teniendo la ley civil determinación de los delitos en particular, no cabe, como en lo penal, ni la clasificación de los mismos ni la determinación de sus elementos propios o diferenciales.

Califica sin embargo en el art. 1179 de estelionato, lo que el código penal califica de defraudación en el art. 173 inc. 9º, y de hurto en el 2539, lo que dicho código califica también de defraudación en el mismo art. 175 inc. 1º



69.—Cabe, en cambio, ocuparse de los *elementos* comunes, que en el delito civil y en el penal son los mismos: elemento legal; elemento moral; elemento material.

No hay delito, ni civil ni criminal, sin esas tres fuerzas concurrentes: la fuerza moral activa; la activa material, y pasiva a veces; la legal, pasiva o de resistencia: sin un hecho consciente y libre contrario a la ley, en una palabra.

a). Por lo que al *elemento legal respecta*, cabe recordar cuanto en el n° 66 se dijo sobre el objeto, la importancia y el carácter de las leyes civil y penal.

b). Del *elemento material* hay que decir, que tanto en el derecho civil como en el penal se requiere el hecho del hombre, o sea una transformación en el mundo exterior por obra suya. Puede el hecho consistir en acciones u omisiones (art. 1° del código penal derogado y 1073 del civil), debiendo consistir las últimas en omisiones de obligaciones impuestas por la ley (art. 1074).

Habría que agregar, lo que ya se dijo, que el delito civil supone la consumación del acto y el perjuicio real, por lo que quedan excluidos la tentativa, los delitos *sui generis* y los llamados formales.

c). En cuanto al *elemento moral*, corresponde hacer notar que en esencia es el mismo en ambas ramas del derecho. No hay delito ni cuasi-delito sin la intervención de una voluntad inteligente y libre, así revista la forma de dolo o de culpa. Puede verse lo que sobre el particular disponen, entre otros, los arts. 34 ins. 1° y 2°, 42 y 43 del código penal, y 1067, 1070, 1076, 1108 y 1109 del civil, así como sus concordantes 897 y siguientes, especialmente el 900, el 921 y el 922. Por lo demás, la presunción de voluntad rige en ambos casos (art. 897 del segundo).

En lo que respecto de este elemento difieren ambas leyes, es en lo tocante a su clase y grado; y así en derecho civil no se atiende, a los efectos de estimar el grado de responsabilidad y la medida de la sanción, a que el hecho sea el resultado del *dolo* o de la *culpa*, a que el *dolo* sea eventual o deliberado, de *ímpetu*, premeditado o preterintencional, como acontece con el derecho penal.





Tampoco se tiene en cuenta el móvil, o dolo indirecto, el que en materia penal juega un rol remarcable, ya sea como causa eximente, ya como atenuante o agravante.

d). Pasando a tratar lo concerniente a la responsabilidad, se advierte que si en ambos casos (ley civil y ley penal) el fundamento es el mismo, como en general son las mismas las causas de exención, hay una notable diferencia en lo que a su grado y extensión concierne.

De las disposiciones legales recordadas se desprende que el fundamento de la responsabilidad en ambas leyes es la voluntad inteligente y libre, según puede verse relacionando los arts. 900, 921, 922, 1070, 1071, 1076, 1115, 1116, y otros concordantes del código civil, y en el 34 del penal. En ambos casos la exención de responsabilidad nace de la ausencia de algunos de los tres elementos del delito. De la del elemento moral, si el agente obró sin discernimiento o libertad; de la del elemento legal, si el hecho no se encontraba en oposición con la ley, porque importaba el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, o el cumplimiento de un deber. De la ausencia del elemento material nada hay que decidir, desde que sin él no habría hecho consumado ni tentado.

Del mismo modo que en lo civil, tal como ocurre en Alemania, se evoluciona en el sentido de quitar a la responsabilidad la condición de la culpa moral, en lo criminal, la doctrina del *estado de criminalidad* de Poustoroslew y la del *estado peligroso* de Prins, tienden, con las equivalentes de la *temibilidad* de Garófalo y de la *responsabilidad* social de Ferri, y otras análogas, a idéntico fin.

Cabe únicamente hacer notar, que en lo penal existen además causas particulares de exención de pena, provenientes unas veces de ciertos vínculos personales, como en el caso del art. 185, otras fundadas en consideraciones diversas y de otro orden, como el desistimiento de la tentativa, la tentativa de la madre en el aborto, el matrimonio en los delitos contra la honestidad de mujer soltera o viuda, la satisfacción, la retractación y la compensación en los delitos contra el honor, el indulto y la amnistía, el perdón del ofendido en los delitos de acción privada, y la prescripción; de las cuales únicamente las



dos últimas son de aplicación en derecho civil (arts. 43, 88, 112, 116, 117 y 132).

El dolo consiste (art. 1072) en ejecutar el hecho ilícito a sabiendas y con intención de dañar, lo mismo que en lo penal. La culpa, a que se refiere el art. 1109, consiste, más o menos como en lo penal, en la omisión de aquellas diligencias correspondientes a la naturaleza de las cosas y a las circunstancias personales y de lugar y tiempo (art. 512). y, como en lo penal, trae aparejada responsabilidad (arts. 511 y 1109).

También el código civil, en sus arts. 513 y 514, preve como caso de irresponsabilidad el de fuerza mayor o caso fortuito y el de accidente, lo mismo que preveía el código penal derogado en el art. 81 incs. 4º y 6º, y preve el 34 inc. 3º en el vigente.

En cuanto a la ignorancia y al error, tanto en el derecho civil (art. 928 y 930) como en materia penal, el principio es el mismo: la ignorancia o el error de derecho, no excusan, y excusan en cambio la ignorancia o el error de hecho, si fuese esencial. Siendo accidental excusa sólo en lo penal, en cuanto a la parte afectada por la ignorancia o el error. Así, p. e., la agravante de parentesco en el homicidio no puede cargarse al culpable si ignoraba el vínculo o incurrió en error respecto de la persona de la víctima.

Es igualmente aplicable en ambos casos el precepto del art. 929, según el cual el error de hecho es imputable al culpable, si la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable, y puede verse el 922.

Son aplicables a la violencia irresistible del art. 34 inc. 2º del código penal, las disposiciones de los arts. 937 a 940.

En cuanto a la imputabilidad de las consecuencias del hecho, son aplicables en lo penal las reglas de los arts. 901 a 906 del código civil.

Por lo que hace a las diferencias en cuanto a extensión y grado, mientras en lo civil es la misma para todos los participantes, sean autores o cómplices, y no hay encubridores, en lo penal se establece una diferencia entre las dos categorías de culpables expresadas y hay encubridores; en tanto que en lo civil pasa a los sucesores del culpable y es solidaria en los delitos y alternativa en los cuasi-delitos, en los que también responden



personas que no han intervenido (arts. 1081, 1082, 1098, 1099 y 1109 y siguientes), en lo penal es absolutamente personal y pesa sobre todos y cada uno de los culpables por igual; si en lo civil no se la mide ni por el dolo o su clase, ni por la culpa o su grado, ni por el móvil, la calidad de las personas, la ocasión, o las circunstancias del lugar, modo, medio, tiempo, y demás motivos de atenuación o agravación, en lo penal todas esas indicaciones sirven para asignarle una mayor o menor importancia, y para en consecuencia imponer al culpable una sanción más o menos grave. Vale esto decir que, si en lo civil se la mide con un criterio del todo objetivo, por tener la sanción, que es su consecuencia, como fin la reparación del daño, en lo penal se la aprecia con un criterio subjetivo, como que la sanción se propone prevenir el delito (arts. 909 y 1109 del código civil).

**70.**—Con relación al daño la diferencia es también notable. En lo civil el daño es siempre privado y efectivo, lo que no siempre ocurre con el daño penal, que es siempre público, y a veces también privado, y es efectivo o sólo posible.

**71.—a).** La acción a que da nacimiento el delito penal es pública por definición (fiscal o popular o dependiente de acción privada), y es sólo privada por excepción, como, entre otros, en los delitos contra el honor y el adulterio; y en cambio la que nace del delito civil es absolutamente privada.

De esta diferencia, que no es más que el lógico resultado del carácter público y privado de los intereses que respectivamente rigen el derecho penal y el civil, surgen algunas consecuencias.

Una de ellas es que la acción civil es renunciable (art. 1100 del código civil) y la penal no (salvo la privada). Otra es que la acción civil, como que corresponde a una obligación que debe resolverse en una indemnización pecuniaria (arts. 1067, 1068, 1077, 1083 y 1079 del código civil) es transmisible por actos de última voluntad o por actos entre vivos (arts. 496, 499, 503, 953, 1167 y 1168), lo que no puede hacerse con la acción penal, que únicamente se transmite cuando reviste el ca-



rácter de privada, por imperio de la ley y a las personas en ella indicadas.

Puede ocurrir que un mismo hecho constituya un delito a la vez penal y civil, en cuyo caso habrá lugar a dos acciones, pudiendo corresponder ambas a la misma persona, como en los delitos contra el honor, o la civil al damnificado directamente y la penal al mismo y a la sociedad, en forma fiscal o popular, como ocurre con la generalidad de los delitos.

En este caso, cuando el delito reviste ambos caracteres, el código civil dispone en su art. 1097, que no se tendrá por renunciada la acción civil sin la renuncia expresa de la acción criminal, y v. v. No importa renunciar a la acción, desistir de ella una vez entablada, pero importa renunciar a la acción criminal el haber hecho convenios sobre el pago del daño. Claro está que se trata de la acción criminal de carácter privado.

b). En cuanto al *ejercicio* de la acción, el mismo código dispone en el art. 1096, que la indemnización del daño causado por el delito sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal.

El código penal y los códigos procesales disponen en su generalidad que la justicia del crimen puede entender de ambas acciones a la vez, lo que es contrario a lo que dispone el código civil y entraña una cuestión constitucional, en los términos del art. 67 inc. 11º

Los proyectos de 1891 y 1906, siguiendo la moderna tendencia de confiar a la justicia del crimen todo lo relacionado con el delito, también disponían lo contrario del código civil. Otro tanto hacía el proyecto de Tejedor, lo que en él se explica por la razón de que aún no se había sancionado el código civil.

Se ocupa luego este último en sus arts. 1101 a 1106 de la dependencia que hay entre lo penal y lo civil, y v. v., en lo referente al ejercicio de la acción; mas como hay otras cuestiones sujetas a esta recíproca dependencia, se deja su estudio para el número 75, donde se hace el de todas ellas.

Puede verse los núms. 17 y 18, y el 180 del t. II.

72.—En cuanto a la sanción, hay que considerar su fin, calidad, clase, cantidad y número.



Ya se ha dicho que la sanción civil tiene por fin reparar el daño causado, reconstruyendo lo destruido o alterado, en lo posible; es reparatoria o reconstructiva, y por lo tanto mira al pasado. La pena se propone en cambio prevenir el delito, y por lo tanto mira al porvenir. De aquí que la primera no requiere producir los efectos ni tener por lo tanto las cualidades de la segunda. La primera es pues de derecho privado, objetiva e impersonal, en tanto que la segunda es de derecho público, subjetiva y personal.

La sanción civil es de la misma calidad que la penal, en cuanto importa una privación o limitación en el uso y goce de algunos de los bienes jurídicos del culpable, e impone por lo mismo un sufrimiento; pero difieren ambas en que la civil afecta únicamente los bienes, mientras la penal afecta eso mismo y también la libertad y hasta la vida, o sea en lo tocante a la clase.

También difieren en cuanto al número, puesto que, salvo la nulidad (en su caso), y una que otra de carácter particular (puede verse el n° 18), la ley civil únicamente impone el resarcimiento, al paso que la ley penal impone sanciones de calidad distinta y varia, y en ocasiones penas conjuntas y a veces penas alternativas. De las nulidades y de las indemnizaciones en general, trata el código civil en la sección segunda.

Por lo que respecta a la cantidad, en la civil es siempre específica y con relación al hecho concreto, y de un punto de vista meramente objetivo, en tanto que en lo penal la cantidad es genérica para los delitos en abstracto, y a la vez específica para los mismos en concreto, y de un punto de vista subjetivo, puesto que la misma entidad del daño no sirve sino como uno de tantos criterios subjetivos en la evaluación del grado de responsabilidad e individualización de la pena.

Para fijar el monto o cantidad de la sanción, no se contempla en lo civil, como en lo penal, el elemento psicológico, y por lo tanto no hay a ese respecto distinción alguna entre autores y cómplices, ni existen diferencias en materia de clase o grado de dolo, ni atenuantes ni agravantes.



73.—Del resarcimiento se ocupa el código penal en los arts. 29 a 33, y así como la tendencia moderna se inclina del lado del ejercicio conjunto de las acciones penal y civil, también se acentúa en el sentido de hacer obligatorio el pronunciamiento de oficio sobre la indemnización correspondiente, y aún en el de hacer recaer sobre el estado la obligación de indemnizar a las víctimas del delito. Obedece esta tendencia a un concepto de solidaridad social, pues se advierte que la sociedad no puede considerarse extraña a los daños causados por los delitos que ella debió evitar, y en consecuencia se procura impedir que la familia del delincuente sufra, en lo posible, las consecuencias. Es el proyecto italiano (capítulo preliminar) el que ha marcado el punto más alto en esta nueva orientación.

Se ha dicho en el número 71 letra b), que el código civil dispone en el art. 1096, que la indemnización del daño causado por el delito sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal, y se recordó allí mismo que los códigos de procedimientos disponen lo contrario, dando así lugar a una cuestión constitucional, en orden a lo que dispone el art. 67 inc. 11 de nuestra carta fundamental.

El proyecto de Tejedor legisla el punto, habiendo tomado como modelo los códigos español y peruano y siguiendo las opiniones de Pacheco y Chauveau. Hacia distinción entre la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización del perjuicio. Las dos primeras se referían a las cosas y la última a las personas.

Anotando el artículo primero transcribía la opinión de Pacheco, quien, entre otras cosas, dice: “La voluntad y el precepto de la ley consiste en que no sólo respondan a la sociedad los delincuentes por medio de la pena, sino que satisfagan también, y tan completamente como pudiese hacerse a los ofendidos por medio de la responsabilidad civil. Haciendo a la pena una institución de derecho público, no ha olvidado ni podía olvidar el derecho de los particulares”.

El código derogado, que adoptó el sistema abstencionista, opuesto al de Tejedor, del proyecto intermedio, no se ocupó de la materia de la indemnización de los perjuicios causados por el delito, dejándola librada al código civil, que la trata en sus arts. 1066 y siguientes, y el que en su art. 1096, según se



ha adelantado, dice que ella será perseguida por acción civil independiente de la penal. Y si lo hizo, fué sólo incidentalmente en los arts. 47, 65, 80, 139, 176 y 225, sin expresar si se había de perseguir por vía civil o conjuntamente con lo penal, claro que llenaban las leyes procesales locales en el último sentido.

El proyecto de 1891 volvió sobre ella, la reforma de 1903 la abandonó a su vez, y el proyecto de 1906 insistió de nuevo. Pero ninguno de estos proyectos establecen la distinción que hacía Tejedor entre reparación e indemnización: bajo el rubro "*Reparación de perjuicios*" se habla en los dos últimos de indemnización.

El principal fundamento de la reforma se halla expresado por los autores del proyecto de 1891, en el informe, en estos términos: "Si el delito es un quebrantamiento del orden jurídico que debe hacerse cesar y repararse del modo más perfecto posible, es evidente que el poder social debe procurar el restablecimiento del orden alterado, obligando al delincuente a resarcir todos los daños causados por la alteración. Una pena que sólo tiende a reparar el daño moral causado a la sociedad, descuidando el resarcimiento del perjuicio real inferido a la víctima del delito, no llena los objetos racionales de la penalidad, ni justifica suficientemente el ejercicio del derecho de represión por el estado. Históricamente el estado, en materia penal, no es más que el depositario del derecho de defensa inherente a cada hombre. La fuerza del individuo ha sido reemplazada por la fuerza del estado en la evolución de la sociedad, pero el fin no ha cambiado, no tiene por qué cambiar: es, y tiene que ser siempre, proteger al individuo y a las instituciones protectoras del individuo".

A este fundamento, reproducido por los autores del proyecto de 1906, se agrega las conveniencias de que ambos juicios se ventilen juntos y se resuelvan al mismo tiempo, haciéndose también resaltar las referencias a la economía de tiempo y de gastos.

Los autores del proyecto de 1917 (hoy código vigente), reproduciendo los fundamentos anteriores, dicen en la página del informe de diputados lo siguiente: "Por otra parte, la



“prescripción de las acciones emergentes de un delito, se opere al año de la fecha en que éste se cometió, según lo establece el art. 4037 del código civil, y como los procesos criminales es difícil que se terminen en el año, resulta anómala la situación, pues por un lado el afectado debe pedir la reparación civil antes del año y por otro el pronunciamiento en el fuero criminal se demora, a pesar de lo cual, y mientras tanto, la prescripción corre”.

No veo el inconveniente doctrinario penal que pudiera invocarse en contra de la reforma, cuyo fundamento, a mi ver, estriba en que la justicia del crimen, encargada de lo relacionado con el delito y la pena, puede a la vez ser encargada de la cuestión relativa a la indemnización civil a que el delito da lugar a un mismo tiempo.

La objeción, por consiguiente, nacerá únicamente de un punto de vista práctico por una parte, si los inconvenientes fuesen mayores que las ventajas que de ella se obtuviese, y del punto de vista constitucional por otra.

En aquel sentido se ha anotado por los autores de ambos proyectos las siguientes ventajas. Menores gastos, ahorro de tiempo, las mejores condiciones en que se encuentra la justicia del crimen para resolver la cuestión civil íntimamente ligada a la penal y sus pormenores, la circunstancia de que se evitaria las contradicciones entre ambos juicios resueltos por separado.

Es mi opinión, abonada por una práctica de veinte años en la magistratura penal, que no son tan positivas las ventajas como son los inconvenientes.

No hay duda que los gastos serán menores y que también se ahorrará tiempo, a los efectos civiles, y son estas, en realidad, las ventajas menos discutibles. La posible contradicción entre ambos fallos, invocada por los autores del proyecto de 1891 y silenciada por los del de 1906, tiene como argumento en contra las expresas disposiciones de los artículos 1096 y siguientes del código civil; y las mejores condiciones en que se encuentra la justicia del crimen por conocer las minucias del caso criminal, invocada por los autores del proyecto de 1906, no constituyen una ventaja del punto de vista civil, puesto que la responsabilidad civil nace del hecho en sí y la responsabi-





lidad del demandado, sin que haya de atenderse a ningún motivo de evaluación del monto del perjuicio que no sea el de su comprobación, pues en materia civil no se hace distinción entre autores y cómplices, ni hay tentativas, ni clase o grados de dolo o de culpa, ni atenuantes ni agravantes: únicamente hay responsabilidad o irresponsabilidad netas, y perjuicio probado. Y esto lo mismo resulta de las constancias de los autos, tanto para la justicia civil como para la del crimen.

Existen, en cambio, inconvenientes de no escasa importancia, como son el mayor tiempo que se empleará en comprobaciones de orden y objeto civil y la mayor complicación que tomará asiento en los juicios criminales, todo lo cual impondrá una mayor tarea a los jueces de esta jurisdicción, con la consiguiente mayor demora en resolver las causas.

En vez, pues, de simplificarse y acelerarse la solución de cuestiones como estas de interés público, que comprometen derechos muy superiores a los patrimoniales, se las complicará y retardará, todo por consideraciones de índole privada y de éxito dudoso.

Y digo de éxito dudoso, porque desde luego los casos de culpables con responsabilidad patrimonial constituyen verdaderas excepciones en la delincuencia. Los restantes son de la irresponsabilidad más absoluta.

Es cierto que en estos casos cabe suplir esa irresponsabilidad por medio del producto del trabajo de los penados. Más esto mismo sólo es con relación a las penas de cárcel y de cierta duración, y únicamente tratándose de dos o tres cárceles de la república entera. Las restantes no llenan esos fines.

Ocurre preguntar ahora: ¿vale la pena complicar y demorar la solución de los juicios criminales, por consideración a intereses privados que representan en su efectividad en la delincuencia un porcentaje mínimo, cuando tienen su solución en la vía ordinaria acordada por las leyes a esos mismos intereses cuando son heridos en forma análoga? Comprendiéndolo así, el proyecto de código penal alemán de 1909, deja el punto librado a la gestión de la persona interesada (art. 57).

La misma objeción relativa a la prescripción que hace la comisión redactora del último proyecto, parte de la base falsa de que los procesos demoran más de un año.



Queda en cambio en pie el óbice más serio para que la tendencia de dichos proyectos pueda prosperar, al menos como impositiva, como que es de orden constitucional. Claramente establece el art. 67 inc. 11º de la constitución, que las cuestiones relacionadas con la jurisdicción quedan reservadas a las provincias, precepto que no permite que el congreso les imponga reglas de jurisdicción, por las cuales se vean obligadas a someter a la decisión de sus jueces del crimen cuestiones de carácter civil.

Véase lo que sobre el particular dice el doctor Tomás Jofré. "El congreso no puede, por otra parte, establecer reglas de "organización judicial obligatorias para las provincias, desde "que son éstas quienes establecen el juez competente para resolver lo que se refiere a las acciones penales y civiles".

"Debo recordarle que en el proyecto del doctor Manuel Obarrio redactado en 1882, existía el artículo 27, estableciendo que la acción civil podía ser ejercida ante el mismo juez "y al mismo tiempo que la acción penal o separadamente ante "el juez de lo civil, y que en la página XIX de la nota de remisión sostenía que esa materia era de procedimiento y no de fondo. De la misma opinión eran los doctores Mauricio P. Darract y Juan del Campillo, como puede verse en el artículo 18 "del código de procedimientos para San Luis. Análoga solución "se da en los artículos 15, 16 y 17 del proyecto de Montes de "Oca, pendiente de sanción legislativa".

"Esto significa, en mi opinión, que no es el código penal "que debe reglar la materia, sino las leyes de procedimiento."

Yo había hecho estas observaciones a la primera comisión del senado (nº 36), y ellas fueron oportunamente atendidas (p. 359 del informe de la misma); pero la nueva comisión fué de otro parecer, y se limitó a aceptar la proposición subsidiaria que yo formulara, substituyendo el deber (*ordenará*) impuesto al juez por el proyecto de diputados de resolver de oficio el punto en todos los casos, por la mera facultad (*podrá ordenar*) (art. 29 y p. 49 de dicho informe).

No ha tenido buen acierto la comisión al escoger la razón de su parecer, cuando expresa que "la reparación del daño va "unida a la pena, necesariamente, y, de consiguiente, puede y "debe formar parte del sistema represivo que, según la cons-



“titución, es de carácter federal”, pues no ha reparado que el óbice constitucional, antes enunciado y contra el que va dirigida, queda en pie.

El resarcimiento del daño y la pena, ante todo, cosas son que no es posible confundir, ni por su naturaleza, ni por su carácter, ni por su función, aún concediendo que el estado tomase el primero sobre sí. No debe olvidarse, además, que no todo delito causa daño, y que hay casos de delitos en los que, como en aquellos a que se refiere el art. 185, no se impone pena y sin embargo queda subsistente la responsabilidad civil.

Pero dejando de lado estas consideraciones, cabe hacer resaltar, que del hecho de que el resarcimiento del daño ha de necesariamente acompañar a la pena, según la moderna tendencia, no se infiere que deba interpretarse el art. 67 inc. 11° de la constitución en un sentido contrario a la doctrina que consagra el mismo de una manera inequívoca, concordante con el sistema político federal adoptado, y con los arts. 104, 105 y 108, y según la cual el congreso dicta las leyes de fondo, sin perjuicio de la facultad no delegada por las provinciales de dictar sus leyes de jurisdicción y procedimientos.

Ni siquiera puede decirse que los constituyentes entendieron que reparación civil y pena eran cosas que habían de andar necesariamente unidas como materia de política criminal, pues en esa época otros eran las direcciones jurídicas sobre el particular.

No hay ningún inconveniente en aceptar que el congreso puede reglar lo referente al resarcimiento del daño tanto como lo tocante a la pena, como igualmente que puede hacerlo en el código civil o en el penal, y aun que puede imponerlo como un deber declarado de oficio y todavía poner su satisfacción a cargo del estado; pero lo hay, y muy serio, en admitir que pueda decir que la han de imponer los jueces del crimen y no los civiles, porque la constitución dice terminante y claramente que tan sólo las legislaturas pueden disponer tal cosa.

La mejor prueba la tenemos en la interpretación que constantemente han dado las legislaturas y el mismo congreso, al establecer en los códigos de procedimientos lo contrario de lo que dispone el art. 1096 del código civil.



Y si, como lo reconocieron los autores del proyecto de 1906, dichos códigos han derogado éste artículo y sus concordantes, quiere decir que ellos intentaron reproducir el mismo desliz constitucional en que incurrieran el código civil, trasladándolo al penal, avance que las provincias corregirían mañana, de la misma manera que rectificaron el cometido en éste.

Frente, pues, al sistema de la unificación con tanto entusiasmo sostenido por los autores de los últimos proyectos, queda en pie el de la separación, a menos que las leyes procesales establezcan lo contrario.

Conviene recordar que adoptan como más conveniente, el de la separación, el sistema inglés y el tedesco.

En cuanto a la función indemnizante por el estado, hay que hacer notar que ella implica dar entrada en la justicia penal a un tercer sujeto, la víctima, que viene a quedar colocada entre el estado y el delincuente, y unificar el delito en su doble aspecto, penal y civil, como así mismo que el sistema, antes que Garófalo y Ferri sostenido por Spencer, es objeto, entre otras, de las siguientes objeciones: establece un inaceptable privilegio del daño *ex-delito* sobre el que reconoce otro origen; siendo la víctima dueña de renunciar al resarcimiento, la labor puede resultar inútil.

¿Cómo ha resuelto el código la debatida cuestión?

Del punto de vista constitucional, aceptando la proposición conciliadora que formulé a la segunda comisión del senado, consistente en substituir el imperativo "ordenará" por el facultativo "podrá ordenar", con lo que se resuelve favorablemente la tesis por mí sostenida, puesto que las justicias locales quedan subordinadas a las reglas procesales pertinentes, y suprimiendo, también a mi indicación, la parte de procedimiento que contenían los arts. 29, 31 y 33.

Del punto de vista de la justicia indemnizante, paralela a la represiva, en el sentido de la moderna tendencia acogida por los últimos proyectos.

Se resuelve así, aunque sólo en parte, el problema de la justicia indemnizante, enunciado por la escuela positiva paralelamente a la justicia punitiva, ya recordado en su doble aspecto: el de la indemnización a la víctima del delito y el de la indemnización al procesado inocente, víctima a su vez del error



judicial. En ambos casos como función social, y por lo tanto obligatoria para el estado, que la impondría de oficio al culpable en el primer caso, o bien se la impondría el mismo en ambos, sin perjuicio de la repetición correspondiente en el primero.

En uno y otro caso quedan comprendidas las familias respectivas, y cabe la observación de que la justicia de semejante solución no reconocería iguales razones, si en el primero la víctima hubiese provocado sin derecho el acto delictuoso, y el procesado fuese en el segundo irresponsabilizado por no ser la prueba suficientemente demostrativa, y no por ser clara su inocencia.

Resumiendo la reglamentación que de la materia hace el código en sus arts. 29 a 33 y 70, cabe decir que autoriza a los jueces del crimen a resolver conjuntamente con la cuestión penal la civil de indemnización, condenando al culpable al pago del perjuicio, según una prudente fijación del daño a falta de prueba, o del precio corriente de la cosa si no la pudiese restituir, más el de su estimación. Impone además las costas.

Establece la preferencia de esa obligación a toda otra contraída con posterioridad al delito, al pago de multas y a los gastos del juicio.

Establece así mismo la solidaridad entre los coparticipes, la responsabilidad proporcional del que por título lucrativo participare de los efectos del delito, y que la reparación se hará efectiva recurriéndose a los emolumentos del recluso o preso por razón de su trabajo, en caso de insolvencia total o parcial, en la forma prescripta por los arts. 29 y 33.

Agrega que la indemnización comprende el daño material y el moral, ocasionado a la víctima, a su familia o a un tercero, y que se hará efectiva en los bienes propios del condenado, aún después de muerto (arts. 29 a 33 y 70).

Con ello se repite el código civil en sus arts. 1077 a 1083 y se derogaría el 1096.

Es de lamentar el agregado del inc. 4º al art. 29 hecho por la última comisión del senado, por su redundancia, su impropiedad y su mala colocación.

Redundante, porque sobran los vocablos *civil* y *durante la condena*, y porque la fijación de la parte del salario del pena-



do, en caso de insolvencia, se halla prevista en el art. 33 inc. 1º; impropio, porque el código no impone *pena* alguna de indemnización; mal colocado, porque como condición para obtener la libertad condicional, única parte del agregado que ha debido figurar, ha debido incluirse en el art. 13.

Puede verse sobre este último punto el t. II, nº 171.

El proyecto suizo, procurando remediar el inconveniente derivado de la insolvencia de los delincuentes, que hace, como dice Jiménez de Azúa, que, no obstante la acción oficial acordando una indemnización, sea la más frecuente que el damnificado se vaya con las manos vacías, y, según escribe Stoos, exasperado por la inutilidad de la justicia, dispone en el art. 59, que el juez podrá en tal caso entregar a la víctima el importe total o parcial de la multa, el de la caución preventiva, el producto de los objetos confiscados, y los efectos en dinero o de otra naturaleza, adquiridos por el estado, en especie o en valor, entregas, que, como es natural, deben ser deducidas de la indemnización fijada.

En este proyecto, y más o menos en el alemán, el austriaco, el serbio, el sueco y el italiano, tiene la indemnización una importancia tal, que a ella se subordinan la liberación condicional, la condena condicional, la rehabilitación del condenado, y otros análogos beneficios. Vale además como atenuante. Esa importancia aparece en el código, impidiendo, mientras aquella no sea satisfecha, que la acción en los delitos con pena de multa se extinga por el pago de ésta (art. 64), y subordinando a ella la libertad condicional (art. 29). Véase el nº 193.

Concuerdan los arts. 11. 28 a 33. 61, 64, 68 y 70.

Cabe hacer resaltar, finalmente, que ya en 1847 Bonneville de Marsagny sostenía que la indemnización del daño debía acompañar a la pena como función pública obligatoria, y que a ella debían quedar todos los beneficios reconocidos al delincuente, como la prescripción, el indulto, etc. La escuela positiva, por lo tanto, no ha hecho más que sistematizar el principio.

**74.**—La diferencia se advierte también en lo concerniente a los medios de extinción, tanto de la acción como de la san-



*ción*. En lo civil no existen otros que el perdón y la prescripción, los mismos que existen en lo penal, donde existen además la amnistía, el indulto, la conmutación, una nueva ley, la retractación, la muerte del culpable, etc.

75.—Dispone el código en su art. 1101, que no habrá *condenación* en el juicio civil, si se hubiere intentado la acción criminal antes que la civil, o estando ésta pendiente; salvo los casos previstos en los incs. 1º y 2º Y agrega en el 1106, que la sentencia criminal no alterará los efectos de la civil dada con anterioridad.

Es una de las dependencias que se advierte entre lo punible penal y lo punible civil, y se refiere, según se vé, a la dependencia de lo civil respecto de lo penal, pues de la inversa, o sea de la dependencia penal con relación a lo civil, trata el art. 1104, al decir: “Si la *acción* criminal dependiese de cuestiones *prejudiciales*, cuya decisión compete exclusivamente al “juicio civil, no habrá *condenación* en el juicio criminal, antes “que la *sentencia* civil hubiere pasado en autoridad de *cosa juzgada*”. Y agrega como cuestiones prejudiciales, las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios y la calificación de las quiebras.

La cuestión relacionada con la validez o nulidad del matrimonio puede tener lugar en el delito de bigamia, y no ofrece la dificultad que presenta la relativa a las quiebras.

Estas son cuestiones prejudiciales perfectas, puesto que la decisión en lo civil hace cosa juzgada para lo penal, y, como observa el doctor Jofré, no pueden ser planteadas en cuestiones incidentales. Tal la relativa al vínculo en el homicidio, porque este delito no depende de dicha particularidad.

Se ha observado, que, expresando la ley que no habrá *condenación* en el juicio criminal antes de la calificación, la cuestión prejudicial, de existir en la actualidad, lo sería a la *decisión* y no a la *acción*; de lo que se inferiría que el juez del crimen, aún en esa hipótesis, podría conocer directamente y llevar el juicio hasta el estado de sentencia, debiendo demorar ésta hasta que en lo comercial se resolviese la cuestión prejudicial. Y se agrega, respecto del delito de quiebra, que habiendo desaparecido la calificación de la quiebra en la ley



vigente y siendo esa la cuestión declarada prejudicial por el código civil, había desaparecido el único obstáculo previo al ejercicio de la acción criminal.

Creo que hay en esto un error, pues si es verdad que en el art. 1104 recordado se emplea el vocablo *condenación*, es también cierto que el mismo abre la oración diciendo: “Si la *acción* criminal dependiese...” Hay por lo tanto una oposición manifiesta entre uno y otro vocablo, y no parece decisivo un argumento que reconoce como único fundamento la expresión literal de la ley, cuando en la misma se hace uso de términos de significados distintos.

Por otra parte no se advierte con qué razonable propósito se autorizara la apertura de un juicio, nada menos que criminal, cuyo fallo tiene que esperar la solución de la cuestión prejudicial civil.

Puede verse lo que sobre el particular se dice más extensamente al tratar el delito de quiebra, restando adelantar aquí, que la dificultad ha sido resuelta por el código en el sentido expresado (art. 176).

“Con excepción de los dos casos anteriores, o de otros que sean exceptuados expresamente, concluye el art. 1105, la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal, ni impedirá alguna acción criminal posterior, intentada sobre el mismo hecho, o sobre otro que con él tenga relación”.

Otra dependencia entre lo penal y lo civil vinculada con el ejercicio de la acción, es la de que tratan los arts. 1102 y 1103. El primero dice que, *condenado* el sujeto criminalmente, no se podrá discutir en el juicio civil ni *la existencia del hecho principal*, ni la *culpabilidad* del condenado; y dice el segundo que, si fuera *absuelto*, no podrá discutirse en lo civil *la existencia del hecho principal*. Puede, por consiguiente, discutirse su responsabilidad civil, dado que el hecho puede no ser un delito criminal y ser en cambio un delito civil, como resulta del art. 1078 y según lo hace notar el codificador en las notas a los arts. 1072, 1102 y 1103, que en esta parte ha abandonado a Freitas para seguir a Aubry y Rau.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha declarado, en no pocos casos, conforme a la doctrina expuesta, y a la juris-





prudencia francesa anterior a 1912 (que desde esta fecha ha abandonado la doctrina de la dualidad de la culpa, penal y civil, para adoptar la de la unidad), la responsabilidad civil del acusado declarado irresponsable en lo criminal.

Por el estado de la cuestión en Francia y Bélgica puede recurrirse a Etienne Samson, "La faute civile et la faute penale".

Por su parte la ley penal prevé un caso de dependencia de lo criminal con relación a lo civil, cuando prescribe que no podrá intentarse la acción por el delito de adulterio, sin que previamente se hubiese declarado el divorcio por esa causa. Agrega, sin embargo, que la sentencia civil no producirá efecto con relación a lo penal, lo que quiere decir que sólo se trata de una cuestión prejudicial imperfecta, así como que el sistema adoptado es inconveniente, pues cabe la probabilidad, ya sucedida, que se declare el divorcio por adulterio y que en lo penal no pueda éste ser probado, resultando de tal suerte una contradicción judicial chocante (art. 74).

La razón del artículo está expuesta en el capítulo sobre el adulterio.

**76.**—Restan aun por examinar otros puntos de contacto entre el derecho civil y el penal, de contradicción unos y de concordancia, diferencia o dependencia otros, los que si bien no revisten el mismo interés doctrinario que los anteriores, no dejan de tener su punto de vista práctico.

Uno de ellos es el que se relaciona con la influencia de las *nulidades* sobre lo penal respecto de aquellos delitos que requieren como condición la existencia de un acto civil, tal como el adulterio, la bigamia y algunos casos de defraudación o de falsedad.

Tratándose del matrimonio, esa influencia es decisiva: la existencia de los citados delitos depende por completo de la validez del vínculo conyugal. No acontece otro tanto con los actos jurídicos en general: el acto podrá ser nulo como tal, y por lo tanto no producirá los efectos consiguientes, y podrá ser considerado a tal fin como inexistente; mas como generador de responsabilidades penales, existirá, tanto del punto de vista civil cuanto del penal, puesto que la sanción penal no se propone proteger la validez del acto jurídico en sí, sino amparar el derecho, precisamente contra las consecuencias de los



hechos ilícitos, y por consiguiente antijurídicos. Y dado también que la nulidad, como sanción civil, tiene por único propósito destruir los efectos jurídicos que podría llamarse lícitos del acto, en su carácter de acto jurídico, y en manera alguna impedir los efectos consiguientes a su carácter de acto ilícito.

El código civil así lo dispone expresamente en su art. 1056, donde dice: “Los actos anulados, aunque no produzcan los “efectos de actos jurídicos, producen sin embargo los efectos “de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas”. Y este concepto, que luego afirma, entre otros casos particulares en el previsto en el art. 2195, tiene que recibir aplicación con más razón todavía en derecho penal, entre cuyos casos puede citarse los previstos en los arts. 173 incs. 3º, 4º, 6º y 9º; 174 inc. 2º, 175 inc. 3º, y 292 y siguientes.

Otro más es el de la *prueba* de los hechos y de los actos jurídicos. En materia civil se requiere determinados medios probatorios, y se discute si cuando las cuestiones penales se vinculan con ellas, son de aplicación estricta, o si, al contrario, hay en lo penal independencia absoluta, o sólo relativa, en cuanto al empleo de medios de comprobación.

Para resolver este punto, habría que tener en cuenta, ante todo, la regla constitucional del art. 67 inc. 11º, según la cual las facultades conferidas al congreso para dictar los códigos de fondo, son sin perjuicio de la de dictar los códigos de procedimientos que corresponde a las jurisdicciones locales.

Vale esto decir, que las normas establecidas en el código civil pueden ser consideradas obligatorias en la capital y territorios nacionales, donde el congreso legisla a título de legislatura local, pero podrán no serlo en las provincias, cuyas legislaturas se han reservado la facultad de legislar en materia de procedimientos.

Aparte de esta observación, basada en un distinguido jurisdiccional, cabe apuntar otras que se relacionan directamente con la materia misma criminal, que nada de común tiene, en términos generales, con la materia civil.

No todos los derechos que la ley penal tutela son creación de la ley civil: derechos hay, como la libertad y la propiedad, que el código civil no hace más que reglamentar. Desde luego,



la ley civil no puede, en principio, tratar la acción de la ley penal, reduciendo su misión a términos más estrechos, a título de reglar las solemnidades que deben revestir los actos jurídicos. solemnidades o formas que vienen a convertirse de tal suerte en medios probatorios.

Hay también una notable diferencia entre los hechos constitutivos del fenómeno delito criminal y los actos jurídicos. Muchos de ellos no son actos jurídicos, y muchos de éstos pueden no producir efectos civiles por carecer de las formas en cuya virtud tienen existencia ante los ojos de la ley civil como tales, y sin embargo producirlos de índole criminal.

Mientras, además, las normas civiles procuran dar a los actos y los derechos que ellos comprometen, la seriedad, seguridad y estabilidad necesarias, la ley penal se propone evitar que los derechos sean atropellados por no tener en las otras leyes la protección suficiente. La misión de la ley criminal es pues más amplia y elevada. Mal se avendría, entonces, una subordinación semejante.

Por otra parte la ley penal no tiene en vista el acto jurídico como tal, o sea en el concepto de entidad del derecho civil, sino el hecho en sí mismo, abstracción hecha de su significación jurídica formal, en cuanto, teniendo la aptitud suficiente para formar la materia del delito, constituye una entidad del derecho criminal. En realidad la ley penal no obedece al propósito de asegurar las solemnidades del acto jurídico, ni al de tutelar su existencia como tal, garantizar sus efectos civiles y reparar el daño, pues para esto están las sanciones civiles: la ley penal se propone evitar el delito, venga o no disfrazado de acto jurídico, y a tal fin procura establecer el *hecho*.

El mismo código civil no impone las normas de los contratos, en materia de formas y prueba, a los demás actos jurídicos, y admite las pruebas prohibidas, cuando de establecer el error, el dolo, la violencia, el fraude, la simulación o la falsedad se trata (art. 1191).

Hay aún más: puede no poder probarse el contrato sino por escrito, p. e., y sin embargo admitirse otras pruebas como un medio de obligar a uno de los contratantes a formalizarlo o a indemnizar (art. 1188).



Quiere esto decir que la exclusión de una prueba o el requisito de una determinada, deja de hallarse prohibida o de exigirse, cuando no existe el motivo que dió origen a la prohibición o a la exigencia. Y si esto pasa en la misma materia civil, huelga considerar el caso criminal.

Y vaya todo esto como complemento a lo dicho al principio de este número al considerar lo relativo a las nulidades.

Los casos más discutidos son los que contemplan los arts. 960, 1017 y 1193 del código civil. El primero prohíbe conocer en juicio de simulación, si el que la invoca ha participado y no presenta un contradocumento; el segundo excluye la prueba testimonial cuando el signatario intenta demostrar que la firma en blanco fué dada con la intención de hacer o de contratar otra cosa que la que se ha hecho consignar en el documento, y el tercero excluye la misma prueba en los contratos cuyo valor exceda de doscientos pesos.

En los dos primeros casos puede admitirse la necesidad de observar en lo penal las prescripciones civiles, porque de lo que se trataría, en realidad, sería, no de probar un acto jurídico, sino de destruir la prueba escrita del mismo.

Es también necesaria la prueba documental del matrimonio en los delitos de adulterio y matrimonio ilegal, porque el matrimonio, que en ellos es una condición, es una institución creada por la ley civil, y porque el acta de matrimonio constituye el cuerpo del delito. Igual exigencia puede admitirse en otros casos de delitos contra el estado civil.

En los demás casos, sin excluir el del art. 1193, la regla es que las normas civiles no son obligatorias en lo penal.

Así podrá probarse por testigos una estafa cometida bajo la forma de compra-venta, p. e., aunque el valor exceda de doscientos pesos, porque lo que se trataría de establecer en tal caso no sería el contrato ni sus efectos, sino el hecho de haberse apoderado de lo ajeno mediante engaño, revista él o no las apariencias o las formas de un acto jurídico.

Otro tanto puede decirse del matrimonio y del parentesco en general, en los casos que no constituyen un elemento de la infracción. Podrá, pues, probarse por el simple reconocimiento que haga de ello el culpable, el vínculo matrimonial, la paternidad o la filiación en el parricidio. Así lo tiene establecido



la jurisprudencia, por cierto con sobrada razón: no solamente el fallo criminal no haría al respecto cosa juzgada en lo civil, sino que habría contradicción en tener por suficiente la confesión en lo principal (la imputabilidad) y desistirla en lo incidental (una circunstancia agravante). Lo mismo la indagación del parentesco adulterino, prohibido por el art. 341 del código civil.

En cuanto a la cosa juzgada a que aluden los arts. 1102 y 1103 del mismo, cabe hacer notar que ella se refiere a los daños y perjuicios provenientes de delitos y no a los actos jurídicos. No es procedente, en consecuencia, invocar esos preceptos con relación a los casos antes examinados.

Puede verse a Machado en su "Exposición y comentario del código civil argentino", t. III, ps. 186, 272, 388 y 506 y siguientes, y respecto de la cosa juzgada a Garraud en "Précis de droit criminel" ps. 974 y siguientes.

77.—Hay finalmente que hacer notar, que debe remitirse a lo dispuesto en el código civil, cuando se trata de los plazos (art. 77) y de fijar el concepto de los vocablos *documento* (público o privado), *escritura pública*, *testamento*, *cosa perdida*, *cónyuge*, *esposa*, *parientes*, y a la *representación de los incapaces*; y en el código de comercio en lo referente a las *quiebras*, *letra de cambio*, *títulos de créditos* a la orden o al portador, *comisionista*, *agente de comercio*, *seguros*, *préstamos a la gruesa*, *sociedades mercantiles*, y otras tantas referencias que se hacen en el código penal.

Esta advertencia, que por clara parece superflua, tiene su explicación en la circunstancia de que el concepto de cosa mueble en el hurto, el robo y la defraudación, es más extenso que el que le dá el código civil, pues comprende también las cosas que en este código revisten el carácter de inmuebles, por estar colocadas como accesorias de un inmueble o por su carácter representativo (arts. 2316 y 2317).

En cuanto al concepto que de los términos *funcionario* y *empleado público* da el art. 77, conviene tener presente que en los arts. 237, 239, 240 y 263, quedan equiparados los simples particulares en determinadas condiciones.



Lo concerniente al estado civil de las personas encuentra en lo penal una mayor subordinación a los preceptos de la ley civil, que la que corresponde al parentesco. Se tendrán pues en cuenta en lo penal las prescripciones referentes al matrimonio p. e., porque esa institución es obra del legislador; y así al hablarse de cónyuge o de matrimonio ilegal, es entendido que se trata del legislado por el código. No ocurre lo mismo con el parentesco, porque en numerosos casos la ley penal consulta exclusivamente el afecto que crea el vínculo natural, a título agravante, atenuante o eximente, sin curarse de las diferencias establecidas por la ley civil entre parentesco legítimo, natural y adulterino. Es así como en lo penal no rige la prohibición que respecto a la indagación de la paternidad o maternidad adulterina establece el art. 342 del código civil. (Véase lo dicho al respecto en el n° 131. t. II, y en los delitos contra la vida y la honestidad). Sobre el tecnicismo de la ley penal puede verse el n° 29.

**78.**—Toca considerar así mismo la relación de la ley penal con la comercial, y, aparte de lo dicho en el número precedente, cabe señalar aquí lo relacionado, en las quiebras, con la calidad de comerciante, la prejudicialidad de la declaración de la quiebra, la fijación de la fecha de la cesación de pagos y los indicios de culpa o fraude, puntos tratados en el capítulo respectivo del tomo III.

Debe así mismo puntualizarse la influencia que ciertas formas o instituciones de la ley comercial ejercen en lo penal. Tales p. e. los seguros, la publicación de balances falsos, o sin provisión de fondos o autorización para girar, las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, etc. (arts. 285, 297, 3000 inc. 3°, y 302).

**79.**—En cuanto a la jurisdicción, se dice lo pertinente en el n° 91 y siguientes del punto de vista externo, y en el n° 147, t. II, del punto de vista interno. En el primer caso puede ocurrir que no se reprima un delito cometido en el país, que deba reprimirse uno no cometido en él, o que tenga que aplicarse una ley penal extranjera; en el segundo ocurre con harta frecuencia, que un delincuente no es juzgado con arreglo a



las prescripciones sobre concurso de delitos y reincidencia, y que los condenados no cumplen las penas con arreglo al régimen establecido por el código.

De los procedimientos no hay que considerar cosa de importancia, que no sea la que se refiere a la prueba, de la que se ha dicho lo suficiente en el nº 76.

A veces las leyes de procedimientos excursionan en campo vedado, como hacen las de la capital y territorios nacionales en el art. 595, a cuyo respecto se hace las consideraciones pertinentes en el capítulo III del tomo III sobre delitos contra el honor.

---



### De la responsabilidad penal

80.— El fundamento de la responsabilidad penal en: a) la escuela espiritualista; b) la escuela positiva; c) las escuelas intermedias. 81.— El fundamento de la responsabilidad en la ley.

80.—Responsabilidad viene de responder, y esto supone que el sujeto ha sido interrogado o llamado a cuentas sobre algo que le incumbe, lo que en sentido jurídico significa responder ante la justicia por un hecho que al sujeto se le atribuye.

Cierta tendencia moderna prefiere, como lo hace el código, el empleo del término *imputabilidad*, lo que no impide que en los arts. 23, 29, 30, 31 y 185 emplee el término *responsabilidad*.

El novísimo proyecto italiano emplea el término *responsabilidad*.

La substitución, sin embargo, no se justifica, puesto que el concepto de responsabilidad es simple, cuantitativo y consecutivo, en tanto que el de imputabilidad es complejo, cualitativo y precedente. En realidad entre imputabilidad y responsabilidad existe una relación de causa o efecto, dado que ésta supone como antecedentes la imputabilidad física (vínculo físico), la imputabilidad moral (culpabilidad), aparte de que la responsabilidad es siempre mensurable, en tanto que es la imputabilidad moral la única que reviste tal carácter, por cuanto la material (acción) y la legal (ilicitud) tan sólo se afirman o se niegan, no siendo, como no son, susceptibles de aumento o disminución. De tal manera que lo que es regla en la responsabilidad es excepción en la imputabilidad, y si aquella es mensurable, es porque la imputabilidad moral, que constituye su fundamento, también lo es.





Y digo que constituye su fundamento (en las escuelas clásica e intermedia), porque la imputabilidad material y la legal no son suficientes a establecerla. Si lo fueran, no habría causas de irresponsabilidad, puesto que bastaría ser partícipe en un hecho ilícito. Cuando a pesar de tratarse de un hecho prohibido, la ley responsabiliza a unos y a otros no, es porque respecto de los primeros concurren motivos que no concurren respecto de los segundos, lo que claramente indica que esos motivos son distintos que los derivados de la imputabilidad material y la legal. Y ese tercer motivo o lazo de unión de estos últimos, es la condición psíquica del delincuente que ha de ser objeto de la acción preventiva de la pena, la que los clásicos ven por el lado de la voluntad, y los positivistas (y en definitiva también los terceristas) por el de su actividad inconveniente o perjudicial para los intereses sociales.

Y digo que los positivistas, porque la adopta el proyecto italiano, bajo la alta autoridad y dirección de Ferri (ver el "Capítulo preliminar", nº I, letra b), y porque, a fin de cuentas, la adopta la escuela intermedia, al defender la sociedad del peligro; aunque del delincuente (moralmente responsable) por medio de las penas y del moralmente irresponsable, pero peligroso, por medio de las medidas llamadas de seguridad.

Tratar, pues, de establecer por qué el sujeto activo del delito se convierte en sujeto pasivo de la sanción, es lo que propiamente importa averiguar el fundamento o razón de su responsabilidad.

Dos corrientes de ideas netamente opuestas, generadoras luego de una tercera intermedia, han procurado explicar el por qué de las acciones humanas, en una brillante polémica, aun no agotada. De un lado están los que consideran que el hombre posee una facultad superior, en cuya virtud es libre de obrar con independencia de motivos determinantes (*indeterminismo*), y del otro los que sostienen que todos sus actos dependen exclusivamente de motivos que radican en su constitución física (temperamento) y psíquica (carácter), y en el ambiente físico y social en que nace, se desenvuelve y actúa (*determinismo*).

a). La primera escuela, llamada *indeterminista*, espiritualista o clásica, ha considerado que, siendo el hombre libre en el obrar, es virtuoso o vicioso porque así le place, y, por lo



tanto, es meritorio o cae en desmérito, según obre bien o mal, debiendo sus actos delictuosos ser castigados, no sólo porque la pena resulta útil a la sociedad, sino porque también la ha merecido.

Para esta escuela el fundamento de la responsabilidad es pues de orden moral: el libre albedrío, producto moral del dogma cristiano.

Admite sin embargo que la responsabilidad puede hallarse atenuada en razón directa de la disminución de la libertad con que haya obrado el sujeto, en orden a la influencia operada sobre él por determinados motivos, lo que de suyo implica la relatividad de su doctrina llevada a sus aplicaciones de orden práctico.

Se advierte, entonces, que la idea central de voluntad libre, sirve a los espiritualistas, tanto para fundamentar como para medir la responsabilidad.

Las razones en que se apoyan son, entre otras: el sentido íntimo que toda persona tiene de ser libre en el obrar; la conciencia del deber; la noción de la responsabilidad; el perfeccionamiento que es capaz de alcanzar por el esfuerzo, y la depravación en que puede caer por el abandono; el arrepentimiento o la satisfacción de haber obrado mal o bien, y como consecuencia la admiración por las acciones buenas y virtuosas y el desprecio por las malas.

No puede sino ser libre, dicen, quien tiene la conciencia íntima de su libertad y de sus deberes, quien es capaz de arrepentirse de lo malo y sentirse satisfecho de sus buenas obras, quien conoce las responsabilidades en que incurre por su conducta y las ventajas que le reportan sus buenas acciones, quien es capaz de mejorar por el esfuerzo de su voluntad, quien ama la virtud y abomina el vicio, quien, en suma, entre dos motivos puede decidirse por uno u otro.

b). La segunda, llamada *escuela determinista*, materialista o positiva, es igualmente antigua, si bien no alcanzó tanto apogeo, sino desde que el método positivo, hasta entonces sólo empleado en las ciencias físicas y naturales, fué aplicado al estudio fisis-psicológico del hombre y a las ciencias sociales. Fué especialmente con los estudios antropológicos y sociológicos en materia criminal, que con Lombroso, Despine, Garófa-



lo, Tarde, Ferri y Lacassagne tanto conmovieron la opinión, que la doctrina espiritualista se vió por primera vez seriamente arremetida, sobre la base del determinismo físico extendido al campo de los fenómenos morales.

El determinismo de esta escuela nada tiene que hacer con el fatalismo religioso. Mientras en éste no era posible evitar el delito, en el determinismo científico esto es posible, puesto que si es cierto que las acciones humanas son determinadas por causas independientes de la voluntad, lo es también que puede el individuo colocarse o ser colocado en condiciones de que obren sobre él con más energía los motivos más conformes con los intereses sociales, sometiendo el régimen de su conducta a la disciplina de motivos concordantes. Mientras el fatalismo, dice Alimena, arrastra todas las conciencias, el determinismo sólo consulta el motivo más fuerte en un determinado estado de conciencia. Y en otra parte agrega: "Así, cuando estamos convencidos de que todas nuestras voliciones no son más que el resultado de propios motivos, cuando estemos convencidos de que el delito está, como cualquier otro fenómeno, sujeto a las leyes de la causalidad, entonces seremos irresistiblemente obligados a fijar (en nuestra conciencia, en la sociedad y en la naturaleza), las causas que impiden el producirse el mal. Ahora no procuraremos detener la piedra después que ha sido arrojada, sino que impediremos sea puesta en la honda".

Tampoco el determinismo es una conquista de la ciencia moderna.

Sócrates pensaba que nadie es malo porque sí, y Platón admitía la ley de la causalidad de los actos humanos fuera del libre albedrío, y reconocía como motivos determinantes, particulares disposiciones orgánicas adquiridas o hereditarias, estados morbosos determinados, educación defectuosa, influencia ambiente, etc. Para él la pena tenía una función preventiva, en calidad de motivo contrapuesto al del delito, en forma eliminatória para los incurables y a base de coacción psicológica intimidante, y basaba la facultad punitiva del estado en la necesidad social de propia conservación.

Aristóteles admitía la voluntad como fundamento de la responsabilidad, pero consideraba que ella estaba condicionada



por motivos provenientes de las disposiciones orgánicas, la costumbre y la educación, y de esta manera la responsabilidad empezaba donde aparecían motivos determinantes constituidos por sentimientos voluntariamente adquiridos.

Ferri, Despine, Lombroso, Garófalo, Lacassagne y demás sostenedores de esta escuela, consideran que el individuo obra en virtud de motivos derivados de la herencia, hábitos adquiridos, temperamento, carácter, clima, temperatura y demás causas físicas, y muy principalmente del medio social. Niegan que sea libre en el obrar, y atribuyen la conciencia íntima que cada cual tiene de serlo, a la falta de conocimiento de los antecedentes del acto; sea por falta de atención y de examen, sea por desconocimiento del mecanismo psíquico. Afirman que nada hay más contrario a las leyes universales de permanencia de la materia y de las fuerzas, ni a la ley también universal de la causalidad de los fenómenos, según las cuales ni la materia ni las fuerzas aumentan o disminuyen, sino que únicamente se transforman, ni hay efecto que no responda a una causa, y es por lo tanto inadmisibles esta pretendida facultad, tan capaz de romper el equilibrio universal, erigiéndose en potencia creadora y arbitraria, como capaz de un absurdo parecido, el del estado de indiferencia.

Afirmar que las comprobaciones de los estudios fisiopsicológicos, comprueban la dependencia constante de las acciones humanas de los motivos que influyen sobre ella, y dicen que la voluntad no es otra cosa que "la forma más elevada de la actividad animal", y que consiste en el poder de reacción, más fuerte en unos que en otros, y variable en el mismo individuo según el estado de su organismo y de su funcionamiento fisiológico y psíquico, por razones de edad, alimentación, temperatura, educación, miseria, etc.

Para estos pensadores, esta dependencia de la actividad del hombre de las causas que la provocan, es lo que constituye la personalidad individual, que hace que no haya dos hombres iguales, y niegan que la libertad en el obrar sea necesaria para establecerla, pues para ello bastan y sobran sus facultades intelectuales y afectivas.

Podría ofrecer al lector la serie de razonamientos muy interesantes con que Garófalo reelabora la objeción positivista,



sino fuera que, a fin de no hacer una revista de opiniones demasiado unilateral, prefiero exponer algunos puntos de vista de dos autorizados eclécticos, como Prins y Alimena, quienes, no obstante aceptar el método positivo, no comparten todas las conclusiones de la misma escuela, pues afirman el principio de la libertad interna, si bien con alcance relativo.

Prins en "La defensa social" dice:

"Lo que quiero hacer o no hacer depende de mi carácter, "y mi carácter depende de circunstancias sobre las que no tengo ningún poder; está sometido sobre todo en su formación "inicial, a factores de los que no dispongo".

"Jamás podemos considerar en su conjunto las condiciones "de esta formación primera; jamás podemos representarnos el "agregado primitivo de los pensamientos, de los sentimientos, "de las voluntades, de las innumerables fuerzas psíquicas, morales y físicas, que se entrecruzan, se confunden, se penetran "y se fusionan para componer una individualidad".

"Nadie podrá precisarnos en qué momento y por qué motivo, las facultades indecisas que buscaban su dirección entre los senderos que cruzan en todos sentidos la inmensidad "del mundo moral, se han orientado hacia el bien o hacia el "mal. Y hasta cuando se dice que la degeneración del culpable proviene de la ineptitud atávica o adquirida o de una inclinación viciosa, no se da solución, puesto que el mismo vicio implica un elemento de fatalidad hereditaria. *Ciertos "hombres, dice Hamlet, llevan desde su nacimiento tristes estigmas de que no son responsables, porque no han tenido la "elección de su origen".*

"El ser vicioso no ha pedido nacer, ni se ha dado su organismo, ni su ambiente, ni sus defectos congénitos. La fracción mínima de su conducta, sometida a los jueces durante "pocos minutos en una audiencia, no es nada en comparación "con la tradición secular que sobre él pesa; la aparición momentánea de las pasiones en la superficie del mundo, la explosión efímera del deseo criminal, es a veces el resultado de "energías lejanas, cuyas vibraciones se propagan todavía, como los rayos luminosos que en noche estrellada hieren las miradas después de haberse extinguido el astro de que emanan".



“Seguramente, tratando de remontarse a la causa de una acción, se descubre la serie lógica de estados sucesivos que la han motivado; y en un cierto momento esta acción se convierte en consciente y voluntaria y se explica perfectamente. Pero en el principio se pierde en las profundidades de la inconsciencia, y no se explica. El modo de obrar de un hombre depende de circunstancias secundarias que nosotros desconocemos. Aquél tiene su punto de partida en la oscura e insondable región en que flotan las tendencias instintivas, las influencias cósmicas y étnicas, las tradiciones confusas cuyo por qué inicial se nos escapa. Así la causa última permanece oculta; no podemos alzar el velo de Isis, y continuamos tropezando con lo que hay de indefinible y de indescifrable en el destino!”

Alimena a su vez dice:

“Nosotros creemos que la voluntad se determina en la dirección del motivo más importante, y la opinión contraria no sólo nos parece que no responde a los hechos, sino que la encontramos inconcebible”.

“Si observamos nuestra conciencia, agrega más adelante, veremos cómo algunas veces se obra por algún motivo contrario al verdadero interés, pero nunca llegaremos a observar que se obre contra el motivo más fuerte en aquel momento. Esto nunca ha podido comprobarse, ni se comprobará, pues, como dice Bain, la dirección de la acción es la que manifiesta cuál es el motivo más fuerte”.

“Y, efectivamente, cuando la cuestión se pone en sus verdaderos términos, el libre arbitrio no sólo no se demuestra, sino que ni siquiera se concibe. ¿Qué se pretende con la fe tradicional en el libre arbitrio? Se pretende que el hombre que tiene ante sí el bien y el mal, escoje y toma indiferentemente uno u otro. Y aun cuando así sea. ¿Por qué el hombre escoje indiferentemente una cosa en vez de otra; por qué si le es posible un camino en lugar de otro, escoje ser un asesino en lugar de un hombre honrado? Se responde que porque así lo ha querido. Supongamos que así sea. ¿Por qué lo ha querido? Si a esta pregunta puede darse una contestación, hay que reconocer que con anterioridad al libre arbitrio (que hemos admitido por un instante) existe algo más, o sea



“aquello que (no pudiendo reducirlo a un elemento más sencillo) llamamos disposición natural, y antes que ésta, los elementos psicofísicos que forman su íntima estructura”.

“Es preciso, pues, admitir que (aun con el libre arbitrio) la acción no se concibe si, aun cuando sólo sea por brevísimos momentos, no aparece rodeada de los motivos más fuertes”.

Y sigue diciendo en otra parte. “Si ante la misma ofensa uno mata y otro no, esto tiene lugar, sin duda, porque uno *quiere* matar y el otro *no quiere*, y hasta aquí la armonía entre liberalistas y deterministas es completa. Pero ¿por qué uno quiere matar y el otro no? Porque en aquel momento, en uno de ellos, la idea homicida constituye el motivo más poderoso; mientras que en el otro no, y quizás hasta ni siquiera se ha presentado. ¿Y por qué la misma ofensa tiene un valor tan diverso en el ánimo de estos dos hombres? Porque sus estados de conciencia son diversos en aquel momento. ¿Y por qué son diversos? Porque todas las condiciones que constituyen el hombre y le hacen variar de un momento a otro agrupándose y coordinándose, dan una resultante diversa”.

“Si esto es cierto, se comprende bien cómo nuestra conciencia tiene razón cuando afirma nuestra responsabilidad y hasta nuestra libertad”.

“Para convencerse de ello, basta observar cuál es la libertad afirmada por nuestra conciencia. Nuestra conciencia atestigua que somos libres de *hacer* lo que hacemos, pero no atestigua que seámos libres de *querer* una cosa más bien que otra. Nuestra conciencia atestigua que si queremos podemos, pero no atestigua que podamos querer indiferentemente una cosa más bien que la otra”.

“De modo que este testimonio invocado de la conciencia, no sólo no se refiere al libre arbitrio (y hasta es cierto que históricamente han alterado la creencia en el libre arbitrio y su negación), no sólo se refiere solamente a la voluntad y no a su causa, sino que no se concibe cómo a la causa puede referirse”.

“Esta afirmación, que a primera vista puede parecer atrevida y hasta falta de sentido común, aparecerá, por el contrario, clara y precisa cuando se piense que nuestra conciencia



“cia sólo puede atestiguar los fenómenos, pero no su causa; “puede atestiguar la existencia de los hechos internos, pero no “su origen, y mucho menos su esencia metafísica”.

“En otros términos, ya lo hemos dicho y lo repetimos, “nosotros no cometemos error alguno cuando decimos que el “sol sale y se pone, cuando decimos que la rosa es de color de “rosa, y no cometemos error alguno, porque con relación a “nuestra conciencia, estas afirmaciones corresponden a la ver- “dad. Por esto, precisamente, nunca diremos que nuestro emis- “ferio sale y se pone respecto del sol; nunca diremos que los “rayos que la rosa nos envía tienen la cantidad de vibraciones “necesarias para despertar en nuestra vista la sensación del “color de rosa. Si hoy quisiéramos renovar el milagro de Jo- “sué, diríamos todavía: *detente sol*, y no *tierra detente*”.

“En realidad en el mayor número de casos nosotros que- “remos, pero no vemos los motivos que determinan nuestra vo- “luntad. El hombre que quiera observarse a sí mismo, se en- “cuentra en las peores condiciones, porque en él se funden y “se confunden el sujeto que ve y el objeto que es visto. Tam- “poco se encuentra en mejores condiciones el hombre que quie- “ra observar a otro, pues si el sujeto que observa está comple- “tamente separado del objeto observado, la conciencia que se “quiere conocer está oculta por completo”.

“Como en la mayor parte de los casos, ni el agente ni el “espectador disciernen los motivos de la acción, y menos aún “pueden percibir su trabajo interno, es natural que ambos se “sienten completamente extraños a los motivos. Pero el resul- “tado no será diverso aún cuando se perciban netamente los “motivos de nuestras acciones”.

“La tan invocada lucha interna del hombre consigo mismo, “no es más que la lucha entre los motivos. Al hombre se pre- “senta por primera vez la idea homicida y en su ánimo nace “y se desarrolla una lucha a la que, como se dice, asiste “él mismo. Todo esto es verdad. ¿Pero qué es esta lucha? El “resentimiento aconseja el delito; un sentimiento más benigno “lo desaconseja; después surge de nuevo el resentimiento, y “contra él se levanta el sentimiento religioso; después se pre- “sentan las ventajas que el delito proporcionaría, y después “las desventajas; después se presenta la amenaza de la pena,





“y en contra de ella la esperanza de la impunidad... He aquí los elementos de la lucha. Estos elementos se van agrupando hasta que un grupo adquiere una fuerza preponderante, y entonces la volición se desarrolla en su dirección, mientras que mañana la mayor fuerza la alcanzará quizás otro grupo de motivos, y sobrevendrá el arrepentimiento. Por tanto, más que de lucha consigo mismo, sería mejor hablar de lucha entre los estados de conciencia más constantes, que forman la índole, y los demás”.

“Esta observación demuestra que la voluntad, si ante el mundo exterior es un momento inicial, respecto del mundo interior es, por el contrario, un momento final”.

Almena observa nuevamente, que admitidas las causas minoradoras o discriminantes, aún por los partidarios del libre albedrío, queda éste prácticamente enredado en la gran red de la causalidad. A lo que agrega como consecuencias prácticas, que es irrealizable la tarea encomendada al magistrado de descubrir en cada delito la parte en que el libre albedrío se injerta en la causalidad, que el hombre plenamente responsable viene a ser una abstracción, y que por consiguiente no podría haber delito sin motivos discriminantes o excusantes.

Aparte de esto, el método de la culpa moral de responsabilidad tiene el grave inconveniente de dejar en la impunidad a individuos peligrosísimos, como son los alienados, y de admitir el absurdo de la responsabilidad atenuada de los inferiores mentales o semialienados, tanto o más peligrosos que los conscientes, por lo mismo que, afectados de insuficiencia o debilidad inhibitoria, obedecen más fácilmente a los impulsos mórbidos o a las sollicitaciones malsanas, que, merced a aquella causa, adquieren en ellos mayor fuerza que en los conscientes.

Otra objeción hábil y certera dirigida al indeterminismo, al menos del punto de vista de la utilidad y eficacia de la represión, es la que formula von Bar, cuando, al considerar que el indeterminismo implica la indiferencia de los motivos, concluye diciendo que, importando la pena un motivo de obrar, resulta un arbitrio inútil, puesto que no valdrá más que los demás motivos que ninguna influencia ejercen sobre la voluntad para que el sujeto se abstenga del crimen.



Thyren, finalmente, reconoce únicamente la utilidad de la *ilusión* del hombre creyéndose libre en sus resoluciones, pues piensa que frecuentemente descansan sobre ella los sentimientos de vergüenza y arrepentimiento, benéficos a los fines preventivos de la represión.

En verdad repugna a una razón ilustrada, admitir que únicamente el hombre pueda encontrarse substraído a la ley de la causalidad que preside la fenomenalidad universal, porque aún admitiendo que, no obstante hallarse sometido a la supuesta ley moral que le impone el *deber* de conformar a ella su conducta, *pueda* sin embargo no cumplirlo sin motivo alguno que no sea el capricho, el antojo personal, ese mismo capricho tendría en último término que responder a algo, que tendría que buscarse en la ecuación o índole personal, condicionada por la herencia y demás factores que han contribuido a plasmarla.

Estas y otras objeciones dejan indudablemente maltrecha la doctrina de la libertad moral como fundamento de la responsabilidad penal, puesto que, en la imposibilidad de afirmarse la libertad absoluta, se reconoce que puede hallarse limitada por influencias biológicas, sociales y telúricas. Y como es esto lo regular, y sería poco menos que imposible establecer la parte de libertad y la parte de causalidad que han actuado, mezclándose, conjuntamente en la resolución (Garófalo y Alimena), hay desde luego motivo suficiente para poner en duda la seriedad de un sistema con una base tan relativa y de una eficacia y justicia tan discutibles.

Más no basta destruir, ni hay para qué hacerlo, sino se ha de reemplazar lo que se ha quitado por algo que llene sus funciones. Y es el caso de preguntar, si la escuela positiva ha substituído el fundamento de la culpa moral, por otro que haga sus veces con más eficacia y con más asentimiento por parte de la opinión pública.

Como una consecuencia de la negación de la responsabilidad moral, sostiene Ferri en "Sociología criminal", que la responsabilidad es de carácter *social*, en el sentido de que el individuo debe sufrir las consecuencias de sus actos por la razón de vivir en sociedad. Y así el loco, el menor, el incorregible y el readaptable, deben ser en este sentido responsables y sometidos a medidas defensivas de seguridad o de prevención, que



no hay por qué llamar penas, y que no tienen por qué revestir el carácter de castigo ni ser denigrantes. Todo es cuestión de hábitos mentales, dice. Así como por hábito mental se sigue creyendo en el libre albedrío y se tuvo al loco como un ser despreciable, cuando se atribuía su locura a una falta propia, del mismo modo se habituará la gente a ver en el criminal, como hoy mira al loco, un ser desgraciado digno de compasión, y a considerar las medidas tomadas por la sociedad, no como penas o castigos, sino como arbitrios simplemente protectores y de preservación y seguridad, no de otra suerte que el aislamiento de los contagiosos, la hospitalización de los locos, la internación de los niños abandonados, el asilamiento de los mendigos, inválidos, etc.

Pero es indudable que no basta el vivir en sociedad, si no es un inadaptable, si no es un peligroso, que es lo que explica la represión como necesidad de defensa social. Tal sería el caso del que delinque por mero accidente, como p. e. si mató en una perturbación momentánea y completa de la inteligencia, debida a un estado de ebriedad causada por una bebida indicada por el facultativo.

c). Entre ambas escuelas hanse agrupado varias teorías *intermedias*, llamadas neoclásicas, según que, partiendo de la base del fundamento moral hacen concesiones al determinismo, o neopositivas, según que, sobre las bases del determinismo las hacen al indeterminismo.

Ferri en su "Sociología criminal" t. II, p. 97, da cuenta, examinándolas, de las siguientes:

*Libertad limitada.* El delincuente sufre la acción de los motivos personales, físicos y sociales, pero sin que pierda en absoluto cierta espontaneidad propia en sus resoluciones. (Ellero, Tolomei, Buccelati, Canónico, Brusa, Pessina, Borio, Prins, Rolin, Joly, Krafft Ebing, Ziino, Riant, Garraud, Saldaña).

*Libertad ideal.* El hombre no es libre, pero llega a serlo por el convencimiento que tiene de serlo, idea fuerza que crea su libertad. (Fouillée, Siciliani, Wautrain, Cavagnari).

*Libertad práctica.* El hombre es libre, porque en la práctica para la conciencia popular el delincuente ha podido no cometer el delito. (Zalalles, Pozzolini).



*Libertad de la inteligencia.* Teoría intelectual (por ser el hombre inteligente y no estar trabada su inteligencia) sostenida por Kleinschrod, Hälschner, Berner, Schütze, Holtzendorff, Vida, Conti, Laurent).

*Voluntariedad.* El hombre es responsable porque *ha querido*, no porque haya *podido* querer el acto. (La legislación en general).

*Intimidabilidad.* El sujeto es responsable si es intimidable por la pena. (Dubuisson, Impallomeni, Alimena, Cuche, Lanza).

*Normalidad.* Sólo es responsable el hombre normal y en condiciones normales. (Poletti, Liszt, Herrera).

*Identidad personal y semejanza social.* Idéntico a sí mismo antes y después del delito, y semejante a sus coasociados. (Tarde).

*Estado de criminalidad.* No basta que el agente delinca por azar, error excusable, violencia física, estado de necesidad, sugestión hipnótica; la criminalidad del acto debe responder a un estado o condición personal. (Poutoroslew y Foiniski).

Esta última, que no es propiamente una teoría relativa, tiene sus puntos de contacto con el concepto de *temibilidad*, enunciado por Lombroso y Garófalo y substituído por el de *peligrosidad*, enunciado por Prins, entre otros; por cierto más propio, como que la primera es consecutiva a la segunda.

Sería, pues, de las teorías llamadas intermedias, la que con más propiedad puede llevar la calificación de neopositiva, o acaso, más propiamente, de positiva, ya que es la adoptada por el proyecto italiano.

A los sostenedores de las teorías relativas se les acusa de ser contemporizadores: en vez de ir francamente a una solución neta, se dice, se detienen en el escrúpulo de la continuidad histórica, a conciliar tendencias inconciliables. Se mantiene en ellas, en general, el elemento moral como base, sin perjuicio de que a los que obran sin voluntad (los anormales, no dirigibles ni intimidables, irresponsables) se les aplique las llamadas *medidas de seguridad*. Son los primeros (los normales, dirigibles, intimidables, responsables) los que cometen *delitos*, y por lo tanto los *delincuentes*, y los que, por lo mismo, son *condenados* y sometidos a las medidas defensivas llamadas *penas*;



los otros, los inconscientes, aunque temibles y peligrosos, no cometen delitos, no son delincuentes, son absueltos y únicamente sometidos a simples medidas de seguridad (Al'mena, t. I, p. 215).

Y bien, todo esto, se agrega, es artificioso y poco satisfactorio. ¿Por qué. mantener en realidad, el concepto de delito, delincuente y pena dependiendo de una consideración de orden moral? ¿Por qué no llamar delito a toda infracción de la ley penal, delincuente a todo autor peligroso de una infracción y pena a toda medida de defensa social, así sea meramente reparatoria, educativa, curativa, reformadora o eliminatoria, dejando la consideración de orden moral para la apreciación de la categoría del delincuente y la elección de la clase y régimen de la pena?

Si el óbice estriba en considerarse inconveniente la aplicación a los menores y a los alienados, de los vocablos delito, delincuente y pena, dado que su significado tradicional es deprimente, substitúyase los por otros, se insinúa, con lo que ganarían los delincuentes actuales, sin razón considerados réprobos como otrora lo fueron los locos, ni más ni menos desgraciados y enfermos que aquellos; pero no se convierta en una dificultad de principios lo que sólo puede importar una falsa dificultad de palabras.

Si en cambio estriba en el carácter de la función de la pena, bueno es tener presente, se insiste, que cualesquiera que sean sus modalidades específicas, no solamente faltan en algunas o se las encuentra en las llamadas medidas de seguridad, sino que por una parte tienen ambas por finalidad común la defensa social siempre, y casi siempre al mismo tiempo la tutela del recluso, y por otra las últimas son impuestas con carácter penal a los vagos y reincidentes, y a veces a los mismos menores.

Adviértese, por lo demás, que las medidas llamadas de seguridad, adoptadas por los proyectos alemán y austriaco de 1909, suizo de 1915 (y el código), y en general por los proyectos y códigos modernos, son penas en definitiva. Así lo sostienen y demuestran Ferri y Liszt (Eugenio Cuello Calón, en "La legislación penal alemana", p. 36).



El mismo Prins, en efecto, sostenedor con Birkmeyer de la diferencia entre penas y medidas de seguridad, dice en "La defensa social", p. 66, refutando las conclusiones de la teoría clásica: "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 y el otro "protestando su inocencia". Y luego agrega: "¿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 protección a los demás?"

Y si esto dice del loco, ¿qué tendría que decir del menor, del vago, del alcoholista, del reincidente? Sobre las medidas de seguridad se discurre más extensamente en el n° 173, t II.

En todo esto se querría menos ficción, menos sofisma; más sinceridad, más verdad. La sociedad necesita defenderse de *los temibles o peligrosos* (las palabras carecen de importancia), sean ellos *dirigibles* o no *dirigibles*, como dice Alimena, *normales* o *anormales*, como dice Prins. Al efecto adopta medidas (es indiferente que se las llame penas o medidas defensivas o de seguridad), y toma en cuenta la condición moral del sujeto (cuerdo o loco, normal o anormal, etc.) únicamente como un criterio de proceder a la elección de la medida, su régimen y límite.

Ilámese a esto derecho *penal*, se sigue discuriendo, a las medidas *penas*, al sujeto *delincuente* y a su acción *delito*, o de otro modo cualquiera, y reconócese como causas de irresponsabilidad la falta de ilegitimidad en el acto (cumplimiento del deber, ejercicio del derecho, etc.), y algunas de carácter particular, como la delincuencia accidental no peligrosa, la tentativa desistida y algunas más, y ya se vería cómo todo marcharía bien, y cómo la voluntad nada tendría que hacer con la responsabilidad penal, aunque algún papel pudiera llenar en la elección, medida y régimen de la pena.

Sacudiríase de tal suerte el polvo de los hábitos mentales de que habla Ferri, y seríamos más humanos para los desgraciados seres que hemos dado en llamar despectivamente delincuentes, pues los consideraríamos tan dignos de medidas tutelares, al menos en lo concerniente a los readaptables, como



esos otros desgraciados seres que llamamos menores abandonados, alcoholistas, alienados.

¿Llegará la hora en que los intereses creados, se concluye, la continuidad histórica, los ocultos recelos, las sordas emulaciones y otros parecidos obstáculos, se quiten definitivamente del camino que pugnan por ganar las nuevas y saludables orientaciones del derecho penal?

Casi todas las teorías recordadas pueden formar en las filas de la de la *normalidad*, con excepción de la del *estado criminal* y la de la *peligrosidad*, que puede formar en las de la *anormalidad* de Franchi, Grispigni y Longhi, puesto que será lo regular que los estados de criminalidad o peligrosidad impliquen anormalidad.

Se advierte cómo, a la vieja teoría del libre albedrío, que supone normalidad, se opone actualmente un concepto diametralmente opuesto: al indeterminismo se opone el determinismo, a la normalidad se opone la anormalidad.

El proyecto italiano es el primero que, rompiendo los moldes tradicionales, ha marcado la nueva orientación positivista, pues adopta como fundamento de la responsabilidad la *peligrosidad social* del delincuente, abstracción hecha del aspecto moral *voluntad*, el que, como cualquier otra manifestación psíquica, informa sin embargo el concepto y el grado de peligrosidad, en el sentido de fuente y origen de todo acto humano, y a la vez de criterio de individualización de la medida defensiva adoptada, a la que llama sanción, a objeto de evitar equívocos y salvar escrúpulos. Véase el capítulo preliminar donde se trata este punto más extensamente (I, b).

Pero entre el sistema moral intermedio y el de la peligrosidad del delincuente, que son los que tienen más puntos de contacto, existen, aparte de los fundamentos de carácter moral y filosófico, diferencias apreciables del punto de vista jurídico y práctico.

En este orden de ideas puede anotarse las siguientes: mientras el sistema moral, manteniendo paralelamente a la función jurídica de la pena (prevención) la de carácter ético (retribución), da satisfacción al concepto que informa el fondo de la conciencia colectiva, que aprecia el mérito o desmérito de la conducta con arreglo a la moralidad o inmoralidad de



las acciones, el sistema de la peligrosidad tiende a transformarla, por el desplazamiento y substitución de esos valores; mientras el sistema moral explica mejor la estructura jurídica de la punibilidad de la culpa y el dolo especial, el otro es más simplista y orgánico del punto de vista de la defensa social, pues comprende a los peligrosos no delinquentes, o delinquentes moralmente irresponsables, y propende más eficazmente a la transformación del concepto jurídico del delito, no solamente por razón del cambio del fundamento moral, sino también porque no sería indispensable la violación de la ley, puesto que bastaría un estado de peligrosidad suficiente a hacer pensar en la probabilidad inminente de su violación (alcoholismo, vagancia, anormalidades psíquicas, etc.).

Por lo demás, prácticamente ambos sistemas llenan por igual el objeto defensivo del derecho penal: el sistema de la culpa moral, con las penas y las medidas de seguridad, y el de la peligrosidad, con sus sanciones; pero ambos contra los peligrosos, todos delinquentes para el segundo, solamente algunos para el primero.

En definitiva, cuestión de principios por un lado y de palabras por otro.

Ocurre ahora preguntar, ¿tiene necesidad la ley de resolver estas divergencias doctrinarias, más bien de carácter metafísico, moral y filosófico que jurídico, orientándose por ellas en la solución del problema relativo al fundamento de la responsabilidad? Es lo que se trata de dilucidar en el número siguiente.

Conviene, sin embargo, antes de pasar adelante, advertir que entre *peligrosidad* y *temibilidad* hay una relación de causa o efecto, por lo que la primera, hallándose en el delincuente constituida por su actividad psíquica condicionada por factores individuales y sociales en su origen, es subjetiva, en tanto que la segunda, produciéndose en la sociedad consecutivamente a aquella, es objetiva.

De aquí que el fundamento de la responsabilidad en la moderna tendencia a que responde el proyecto *italiano*, radica en la *peligrosidad* del sujeto en cuanto es causa de su *temibilidad*; infiriéndose de ello, que dicho fundamento consiste, en definitiva, en la *peligrosidad social* del agente.





Y si la peligrosidad del delincuente emana de su actividad psíquica en la vida de relación, no puede decirse que se haya desplazado el elemento moral del delito como fundamento de la responsabilidad, si no que se ha abandonado una de sus modalidades, la voluntad, reemplazándola por otra, su manera de actuar en oposición a los intereses colectivos.

81.—Del punto de vista de la ley, la cuestión en realidad carece de interés, puesto que para la sociedad es cuestión de necesidad de conservación, y lo único que tiene que averiguar y establecer es el peligro que representa el delincuente y la conveniencia de someterlo a determinada medida defensiva. De manera que la adopción de un criterio distinto, servirá para caracterizar el sistema y régimen penales, pero en manera alguna para explicar y justificar la represión. Porque, como observa con otros Garraud, aún admitiendo que el hombre esté fatalmente destinado a cometer el crimen, la sociedad está igualmente destinada a defender sus condiciones de existencia, adoptando medidas contra los que la amenazan.

La sociedad reprimiría, no un hecho inmoral sino un hecho nocivo, no a un culpable sino a un peligroso o antisocial, no en función de justicia absoluta sino de preservación de sus intereses vitales; habría substituído un concepto de responsabilidad por otro y el de culpabilidad por el de peligrosidad; se podría discutir la bondad del sistema, pero no podría discutirse lo que no se discute, y es que la función social de represión es más que un derecho un deber; así como que sus efectos deben gravitar sobre el que la ha provocado.

La ley es la expresión de los intereses y necesidades sociales, y la ley penal, más que ninguna otra, es una ley de necesidad, porque tiene por objeto tutelar las condiciones de existencia social que el delincuente pone en peligro. Es, pues, la peligrosidad del delincuente lo que constituye la razón de ser de su responsabilidad y justifica su punibilidad. Peligrosidad que se demuestra por una actividad psíquica incompatible con las necesidades de convivencia colectiva, en cualquiera de sus formas y manifestaciones (mentales, volitivas o afectivas, normales o anormales); peligrosidad, por lo demás, que a la vez que a la condición del delito y fundamento de la responsabilidad, sirve, según su grado, de norma y criterio para la adaptación



de la pena, en calidad, cantidad y régimen, a la personalidad del delincuente. (Véase el capítulo preliminar, I, b).

La ley, por consiguiente, no tiene por qué comprometerse en la solución de cuestiones filosóficas y metafísicas ajenas a su cometido.

Y así puede observarse, aún en el sistema moral, que la razón utilitaria impone una serie de soluciones, en las que aquel fundamento cede su puesto, como ser: la punición de la ignorancia y el error de derecho; la impunidad del acto preparatorio, del delito imposible, de la tentativa desistida y de la de la madre en el aborto, así como de ciertos delitos patrimoniales entre parientes; la dependencia de la acción pública de la de la víctima en ciertos delitos contra la honestidad; del sometimiento de la represión de otros a la acción privada, con el perdón como corolario, etc.

El código, sin embargo, concordante con la legislación comparada, adopta como fundamento la voluntad, en su concepto de determinación consciente y libre. Aunque toma medidas defensivas contra los que obran sin voluntad, a título de individuos peligrosos, es lo cierto que sólo son *punibles* los *imputables* o responsables. Para ellos son la *condena*, las *penas*, el *castigo*, la *represión*, y su evaluación en orden a las circunstancias, formas y contingencias del delito; el hecho únicamente para ellos reviste los caracteres de *delito*; son ellos los *delinquentes*, los que pueden ser *condenados*.

El que comete un hecho sin discernimiento o sin libertad de dirigir sus acciones, el inintimidable, no comete delito, no es delincuente, no es imputable, no es punible; debe ser *absuelto*, sin perjuicio de ser sometido a una medida de seguridad: no es, en una palabra, sujeto del derecho *represivo*, del derecho *penal*.

Esto mismo se halla demostrado en los arts. 34 incs. 1º y 2º, 42 y 43.

La peligrosidad social del sujeto, por lo tanto, idea central que anima y preside la mente del legislador en el informe, no alcanza a polarizarse, en la ley, en fundamento de la responsabilidad penal, al contrario de lo que ocurre en el proyecto italiano. (Véase el capítulo preliminar, I, b).



De lo dicho se infiere, que el sistema del código es el de la escuela intermedia.

La voluntad, en consecuencia, la culpa moral, queda en el código, no obstante la intensión contraria manifestada por la comisión en la exposición de motivos, como fundamento de la responsabilidad penal, en el sentido expresado en el n.º 82. Puede verse además el n.º 32, y el 104 letra b) del t. II.

No es otro el juicio que formulan L. Jiménez de Azúa respecto del anteproyecto sueco y Ferri del código italiano, al considerar este punto, que, en lo fundamental, se encuentra en ellos planteado y resuelto en los mismos términos que en el código argentino.

Ahora bien; las disposiciones legales citadas establecen como factores de la voluntad, el discernimiento y la libertad, entendiéndose por voluntad la facultad de determinación, sin consideración a que ella sea el resultado de una libertad substraída a la ley de la causalidad, o al contrario.

El discernimiento supone aquí la aptitud mental para apreciar la ilicitud del acto, o sea el valor de las acciones con relación al bien y al mal y a sus consecuencias de carácter jurídico-social. No es requerida la integridad absoluta intelectual, pero es necesario que la inteligencia haya alcanzado cierto grado de desarrollo: el discernimiento, por lo tanto, debe ser suficiente aunque no sea completo. Y así puede encontrarse limitado o disminuido por causas fisiológicas como la edad y la embriaguez, o patológicas como la locura, el sonambulismo y la sugestión hipnótica. Cuando el discernimiento falta, falta también la responsabilidad; pero si sólo está perturbado, como por ejemplo en el ébrio de ebriedad parcial, o cuando aún no está del todo desarrollado, como en el menor, la responsabilidad existe, aunque atenuada.

La libertad a que alude la ley en el inc. 2º del art. 34, es la que consiste en la ausencia de presiones externas físicas o morales, como es la constricción física que sufre el que es forzado a firmar, o la fuerza moral irresistible de que se hace víctima al agente por medio de amenazas de sufrir un mal grave e inminente. Es esta la interpretación que surgía de la relación del inciso 5º del art. 81 (hoy 2º del 34) con el 3º del art. 21, del código derogado, y la que le ha dado la doctrina

de los tratadistas y la jurisprudencia constante de los tribunales. Pero el inc. 1º se refiere además a la falta de libertad de origen interno, a causa de una afección moral que no permita al sujeto dirigir sus acciones, punto del que se trata en el t. II nº 104 letra b).

En resumen: el fundamento de la responsabilidad en la ley, radica en la voluntad condicionada por el discernimiento suficiente y una libertad relativa.

---







### Del dolo y del móvil

82.— La voluntad como elemento interno del delito y como fundamento moral de la responsabilidad. El dolo, la culpa y el accidente. Definición del dolo. Acto ilícito y consecuencias imputables. No se requiere ni el acto ilícito, ni el dolo, ni el dolo determinado; basta con la voluntariedad en el acto, y la ilicitud y previsibilidad en el resultado del mismo. 83.— De la comprobación de la voluntad criminal. 84.— Modalidades del dolo y su influencia legal. 85.— El dolo imputable no concurrente en la realización del delito. 86.— El móvil. Su diferencia con el dolo, sus modalidades y su importancia en la penalidad.

82.—En la legislación y en la doctrina más difundida de los autores, la voluntad constituye hasta el momento actual, uno de los elementos del delito y a la vez el fundamento moral de la responsabilidad criminal, puntos de los que se trata en los núms. 14 y 81.

El concepto de voluntad, por lo demás, es un concepto complejo, pues decir que el sujeto obró con voluntad, importa afirmar que lo hizo a conciencia y libremente. Es así como del loco y el forzado se dice que obraron sin querer, porque mientras al primero le faltó discernimiento, al segundo le faltó libertad.

Hablar, en consecuencia, de voluntad, implica referirse a un acto ejecutado con discernimiento y libertad (art. 897 del código civil). Por eso cuando falta el uno o la otra, hay exclusión de responsabilidad; considérase el acto involuntario (arts. 900 y 1070 del mismo, y 34 incs. 1º y 2º del código penal). De lo que deba entenderse por discernimiento y voluntad se trata en los núms. 81, 105 y 113 del t. II.

Ahora bien; la voluntad, a los efectos penales, reviste dos formas: el dolo y la culpa.



Hay dolo cuando la voluntad se encamina o dirige, no sólo a ejecutar el hecho, sino también a obtener de él una consecuencia ilícita. Voluntario es un disparo de revólver, y es dolo si tiene por objeto matar. Quien obra con dolo quiere el hecho y su consecuencia. De ahí que se use indistintamente los términos *voluntad*, *resolución* o *intención criminal*, con *malicia*, a *sabiendas*, como equivalentes del dolo; de ahí que puede definirse el dolo diciendo que es la voluntad encaminada a obtener consecuencias ilícitas mediante la realización de un acto del mismo carácter.

Es de estos vocablos, *intención* el que mejor precisa la dirección de la voluntad, pues denota en su etimología (*tendere in*) la actividad o movimiento de la voluntad hacia un fin determinado.

Pero puede ocurrir que el acto sea lícito y que de él resulte una consecuencia ilícita. En este caso habrá responsabilidad por culpa, si el agente pudo preverla y evitarla. Si esto no le hubiese sido posible, el hecho se reputará casual. Es el caso denominado *accidente*, y previsto en el art. 81 inc. 6° del código penal derogado, así como en los arts. 901 y 905 del código civil.

De manera que, mientras el dolo es la voluntad relacionada, no sólo con el acto ilícito sino también con la consecuencia del mismo, la culpa y el accidente sólo son lo primero, aunque con relación a un hecho originaria y ordinariamente lícito.

La culpa excluye por lo tanto el dolo, y tiene de común con él la consecuencia ilícita del acto. Mas en tanto que en el dolo se la busca o acepta, en la culpa se la excluye, y la responsabilidad nace de no haberla previsto por negligencia, o, habiéndosela previsto, no haberla evitado por ligereza.

La culpa, por otra parte, tiene de común con el accidente la consecuencia ilícita de un acto lícito, y se diferencia en que en ella pudo esa consecuencia ser prevista y evitada y en el accidente no.

Véase el n° 88.

Qué debe entenderse por *acto ilícito* nos lo dicen los arts. 898 y 1066 del código civil: son los prohibidos por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía. Bien entendi-



do que a los fines legales, tanto es acto una acción como una omisión.

Como la violación de las ordenanzas municipales y los edictos de policía es materia de las faltas o contravenciones, queda reservada a los delitos la violación de las leyes ordinarias.

Qué deba entenderse por *consecuencia ilícita* (objetiva o daño) nos lo dice el art. 1067 del mismo: es menester que haya un *daño* causado o en *peligro* de causarse, y prohibido por la ley.

Pueden ellas ser necesarias o simplemente posibles, directas o indirectas, inmediatas o mediatas, previsibles o no, no obstante lo cual, y con la única excepción de las imprevisibles, son todas imputables, en mayor o menor grado. Las meramente posibles, si se las ha podido prever, empleando la debida atención y diligencia. Cuando mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la responsabilidad del agente (arts. 901, 902, 903 y 904). Únicamente las casuales no son imputables (art. 905).

Se advierte, después de lo que queda dicho, que para incurrir en responsabilidad criminal no se requiere haber obrado con intención, no se requiere el dolo; esto es, haberlo hecho con voluntad dirigida a violar la ley y a obtener del acto una consecuencia perjudicial: basta con haber ejecutado voluntariamente un acto lícito, cuyas consecuencias ilícitas ha podido preverse y evitarse.

Es por eso que se dice que el fundamento moral de la responsabilidad consiste en la *voluntad*: no se dice el dolo, la intención criminal.

Pero aún en los hechos dolosos no se requiere que la voluntad se haya movido en el sentido de obtener la consecuencia resultante; basta que el agente la haya podido prever como posible. Es el caso del dolo eventual.

En resumen: para que exista responsabilidad criminal, no se requiere la ilicitud del acto, basta con la de su consecuencia; ni que la voluntad se relacione con ésta, pues es suficiente se relacione con aquél siendo ésta previsible. En una palabra: acto voluntario (lícito o ilícito) y consecuencia ilícita previsible, o, lo que es lo mismo, voluntariedad en el acto, e ilicitud y previsibilidad de sus consecuencias.





Por otra parte, la responsabilidad consecutiva al acto querido libremente, implica la irresponsabilidad en un acto no querido por falta de discernimiento o querido a mérito de una coacción irresistible física o moral, con la sola excepción de la locura moral y la pasión.

Pero entiéndase bien, después de todo, que cuando aquí se habla de la relación de la voluntad con el acto y sus consecuencias, se quiere expresar la dirección de la misma hacia esos objetos. De lo contrario no podría decirse que en la culpa la voluntad no se relaciona con la consecuencia ilícita del acto, puesto que esa relación, en el sentido de vinculación, existe por la razón de ser previsible y evitable.

Y para terminar: la previsibilidad en el dolo se refiere a las consecuencias más graves posibles de la que se procura obtener ejecutando el acto, mientras que en la culpa se refiere a una consecuencia posible, pero que se excluye; mientras allá se busca un daño, aquí se lo repudia. De manera que, en principio, ningún acto doloso puede general una responsabilidad por culpa, aunque la consecuencia más grave producida haya sido excluida y fuese de previsibilidad remota.

**83.**—Pero siendo la voluntad un fenómeno interno, ¿cómo establecer la relación o vínculo entre el hecho y la voluntad, y entre ésta y las consecuencias de aquél?

El código derogado había resuelto la dificultad, optando por presumir que los actos ilícitos son ejecutados con intención criminal, a no ser que resultara una presunción contraria de las circunstancias particulares de la causa (art. 6°). Es decir que la ley presumía la relación existente entre la voluntad y el acto (simple voluntad), y además entre ella y las consecuencias del mismo (dolo): presumía que quien ejecutó un acto ilícito quizo el hecho y sus consecuencias.

Esta presunción aparece muy raramente en la legislación comparada, es severamente criticada por Herrera, y ha sido suprimida en el código vigente, supresión cuyos fundamentos puede consultarse en la p. 47 del informe de la comisión de diputados.

Es fuera de duda que aquel temperamento pondría en peligro la justicia, si en realidad ese peligro no fuese más apa-



rente que real. La voluntad y aún la intención, tratándose de actos en ejecución o ejecutados, se ponen de manifiesto casi siempre por otros actos anteriores, concomitantes o posteriores, que concurren a establecer la relación de la voluntad con el acto, como así mismo con las consecuencias del mismo, sean inmediatas o meditas (arts. 903 y 904 del código civil).

“El hombre, dice el comentario oficial del código de Baviera, citado por Tejedor anotando el artículo correlativo, “guiado por la ley de la causalidad no puede ignorar las consecuencias de sus actos. Si se demostrase, sin embargo, alguna, que el acusado no ha obrado con conocimiento de causa, “o si hay posibilidad de que no haya tenido este conocimiento, “la duda se interpretará en su favor”.

“Es una verdad bien comprobada, dice el informe del proyecto de 1891, que en la vida social, en la material que ahora nos preocupa, el principio general es la responsabilidad: todo hombre responde de sus actos, porque los ha ejecutado, “porque se presume que ha tenido el designio de realizarlos; “y esto es más estrictamente cierto si se trata de acciones criminosas. La excepción es la irresponsabilidad”.

Y agrega más adelante: “Pero puede suceder que, en realidad, las cosas no hayan pasado de esa manera, que el ejecutor del hecho no haya tenido el designio de delinquir, y que todos los elementos de convicción hagan visible la falta de ese propósito. En tal caso la presunción de intención criminal debe ceder ante la presunción contraria. Empero, es menester que esta presunción descansa en datos positivos; que resulte, como lo dice el artículo proyectado, de las circunstancias particulares del proceso, es decir, de las averiguaciones prácticas, de todos los indicios que rodeen el acto, de las circunstancias del expediente y no de las simples afirmaciones del imputado. Esta disposición es igual a la segunda parte del art. 6º del código vigente”.

“Puede suceder aún que la falta de intención criminal no resulte ni pueda resultar, (por razón del modo como el hecho ocurrió), de las circunstancias particulares del proceso; “y que, no obstante, sean verosímiles las causas excluyentes de responsabilidad alegadas en ciertos casos. Así, una persona, “atacada de noche o en sitio apartado, fuera de la presencia



“de testigos, hiere o mata al agresor en su propia defensa.” Desde que nadie conoce el suceso, nadie puede deponer en su favor; sin embargo se trata de una persona de buenos antecedentes, que nunca ha sido llevada ante la justicia por actos delictuosos y que tiene reputación de honesta; además, no hay prueba alguna que contradiga sus aseveraciones de que “ha obrado para defenderse y dentro de los límites de la defensa”.

“Es obvio que en un caso como éste y en todos sus análogos, no es posible presumir la intención criminal; la verosimilitud de las causas eximentes de imputación alegadas y la falta de prueba en contrario, deben amparar al procesado y producir la presunción inversa”.

La presunción de voluntad criminal, por consiguiente, ajustándose a la realidad de las cosas humanas acreditada por la observación en los hechos de la vida práctica, y dejando expedita la justificación, aún a base de una mera probabilidad, es lógica y es justa.

La tesis contraria no convence. Se dice que lo único que cabe presumir es el “dolo general”, o sea la capacidad del dolo que se encuentra en potencia en todo individuo, o genérica o común, y no el *dolo especial*, que es esa misma capacidad individualizada, o específica o personal, la que, por lo tanto, debe probarse.

En primer lugar, hay impropiedad, o por lo menos hay inconveniencia en llamar al dolo común dolo general, y al propio o personal dolo especial, cuando los vocablos general y especial son usados para distinguir el dolo requerido en la generalidad de los delitos, del que es requerido particularmente en algunos.

Aparte de esto, el dolo personal o efectivo no importa otra cosa que una modalidad o especificación del común o potencial, sin que desaparezca la capacidad dolosa en sí misma. Y como la presunción es *juris tantum*, la demostración contraria establecería precisamente, todo lo que de individual hubiese en el caso sometido a juicio; a lo que tendría que agregarse que si hubiera de renunciarse a la presunción por la imposibilidad o dificultad de destruirla, y por consiguiente por el temor a posibles injusticias, la misma imposibilidad o dificultad existiría pa-



ra probar el dolo; por donde, según esta manera de discurrir, habría que subordinar el interés social al personal, como si la necesidad de defender el primero no justificara la penalidad en general y la pena de muerte en particular, que es la supresión del derecho de los derechos. Se trata, en suma, de un resabio individualista.

Alímena mismo, que entiende que en el sistema del código italiano corresponde a la acusación la prueba del dolo, agrega: “Pero dado el hombre tal y como es (cuando sea imputable), hay que presumir, hasta prueba en contrario, que el dolo es “el revelado por la acción; y con mucha frecuencia, el único “medio para conocer el estado de conciencia que llamamos dolo, es precisamente la evaluación de la acción”.

¿Qué más da, entonces, que esa lógica presunción, que los jueces tienen que hacer valer, se encuentre incorporada a la ley?

Menos mal que, sin ella, puede invocarse el principio, consagrado por el código civil, puesto que la supresión obedeció, en definitiva, según se dijo, a la inutilidad del precepto legal, ya que, no existiendo más causas eximentes que las expresamente previstas, la sanción procede en los demás casos. Véase la parte final de la p. 61 del informe de diputados.

Es cierto que la supresión de la presunción del dolo fué al mismo tiempo una consecuencia de la del fundamento moral de la responsabilidad; pero ha de tenerse presente que esto no pasó de un propósito manifestado por la comisión en dicho informe, que quedó sin realización en la ley, según se demuestra en el n° 81.

Y por cierto que ello no se explica sino en el sistema de la culpa moral.

**84.**—Recibe el dolo distintas denominaciones, según el punto de vista que se le considere. Es así como, con relación al tiempo, es *repentino* o *deliberado*, y cuando el dolo deliberado es de cierta duración, se dice que es *premeditado*. Al dolo repentino se le llama también de *ímpetu* o *ab irato*, y de *propósito* al deliberado. Supone éste, por lo demás, un proceso de ideación completo.



Del punto de vista de las consecuencias del acto, el dolo es *determinado* o cierto e *indeterminado* o incierto. Es dolo indeterminado aquel que no fija límite a las consecuencias del acto, y acepta tanto la más leve como la más grave; por lo cual se le llama también eventual o implícito. No cabe en tal caso la tentativa, la que supone un dolo cierto.

El dolo determinado reconoce una modalidad pàrticular, conocida con el nombre de dolo *preterintencional*. Esto acontece cuando el agente busca un resultado ilícito excluyendo (en lo que es determinado) una consecuencia posible y previsible más grave (en lo que es eventual), como si sólo quiso herir, excluyendo la muerte, y no obstante mató. Este caso se encuentra previsto por el código en el art. 81 inc. 1º

Es natural que la prueba de la limitación del dolo debe resultar de algo más que de la sola afirmación del culpable: de que, como dice la ley, "el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte".

Tanto el dolo indeterminado como el preterintencional suponen por lo demás un hecho de consecuencias variables, más o menos graves.

El dolo de ímpetu es casi siempre indeterminado, y, como el indeterminado y el preterintencional, casi exclusivo de los delitos contra la vida.

En el dolo indeterminado, se dice, más que la voluntad encaminada a la obtención de un resultado, existe la representación de un hecho, ante cuyas consecuencias posibles no retrocede la voluntad.

Ahora bien; lo eventual puede ser más o menos posible, pero bastará que sea previsible, aunque su grado de posibilidad sea menor al normal, puesto que, como observa Alimena, la conciencia de la probabilidad del peligro se integra en nosotros con la conciencia del bien que se pone en semejante situación.

Es en el dolo indeterminado, y también en el preterintencional, donde la culpa (*culpa dolo determinata*) tiene su punto de contacto, y en el que, por consiguiente, se presenta la escabrosa distinción.

Es indudable, por lo demás, que la ley contiene disposiciones que importan incorporar el dolo indeterminado, según



puede verse, entre otras, en las de los arts. 81 inc. 4º, 106, 122, 186, 190, 191...

Si la responsabilidad, aunque atenuada, subsiste no obstante haberse excluido el resultado, va de suyo, por evidente, que con mayor razón subsiste cuando, lejos de excluirse, se lo acepta como posible por ser previsible. Y si son imputables las consecuencias ilícitas previsibles de un hecho lícito, con cuánta más razón tienen que serlo las previsibles de un hecho ilícito.

Considerado el dolo del punto de vista de la integridad de las facultades mentales, puede dividirse en *perfecto* e *imperfecto*. Será lo último si aquellas se encuentran alteradas o disminuidas.

Estas clasificaciones revisten en general cierta importancia meramente doctrinaria; y así las del dolo repentino y premeditado, indeterminado y preterintencional, etc. Evidentemente estas modalidades de un elemento tan considerado, revelan características psicológicas que presentan al delincuente como más o menos temible, dando lugar a la adopción de medidas diferentes en la evaluación de la pena.

**85.**—El dolo es imputable siempre que resulte ser la causalidad motora de la causalidad física del delito, aunque, una vez puesta ésta en actividad, aquélla cese y no concurra con ésta en el momento de la realización del crimen. Basta que la causalidad física haya sido impulsada o movida por la moral.

Tal el caso del que voluntariamente se embriaga, pudiendo prever el peligro de su acción. La acción se producirá en un estado de inconsciencia, y no obstante la responsabilidad procede, porque la voluntad y el evento se hallan unidos por una relación de causa o efecto.

**86.**—Tan cierto como que no hay efecto sin causa, es que no hay delito sin móvil. Nadie delinque porque sí, y de la circunstancia de que en algunos delitos permanezca invisible el motivo, no se ha de llegar a la conclusión de que el motivo falta.

Tampoco ha de confundirse el móvil con el dolo, como éste no se confunde con la voluntad. Un ejemplo aclarará las diferencias. Si disparo un arma (voluntad y acto), con el pro-



pósito de matar (dolo y consecuencia o fin próximo), y lo hago para robar o en venganza (móvil y consecuencia o fin remoto), habré realizado un acto que reúne los tres matices del elemento interno.

Llámase *móvil*, entonces, a la causa determinante de la acción (de mover), al por qué de la misma, puesto que constituye la fuerza propulsora o impulso que mueve al agente hacia el delito.

La causa puede ser preexistente o sobreviviente al delito. Este último caso supone dos propósitos: uno, el dolo, relacionado con una consecuencia inmediata, otro, el móvil, con una consecuencia mediata. La acción tiende de tal suerte a producir dos efectos. Hay pues pluralidad de propósitos, pluralidad de resultados en perspectiva. Es el caso del que priva de su libertad a un testigo para que no pueda presentarse a declarar, o mata para robar, de cuyo punto de vista recibe también el nombre de dolo indirecto, mediato o remoto.

Del otro punto de vista, o sea como causa preexistente, no tiene en mira un hecho futuro, sino que reconoce como antecedente un hecho pasado. Tal ocurre cuando se hiere o se mata (el dolo) por haber sido provocado, o en venganza de un mal recibido (el móvil).

El código tiene en cuenta el móvil como condición del delito en los arts. 125, 126, 130, 138, 182, 211 y 300 (corrupción de mujeres y menores, rapto, delitos contra el estado civil, usurpación, intimidación pública y fraudes contra el comercio y las industrias); como eximente en los arts. 86, 111, 115 y 152, (aborto, duelo, injurias y violación de domicilio); como atenuante en los arts. 81 a 83, 93, 97, 105 y 107, y como agravantes en los arts. 80, 92, 100, 105, 142, 184 y 276.

Sigue en esto el movimiento de la moderna orientación del criterio jurídico, que tanto consulta la personalidad del delincuente a los efectos de la represión, en la que los caracteres psíquicos juegan un papel de tanta importancia. No podía ser de otra suerte, ya que el móvil es precisamente la fuerza impulsora del mecanismo criminoso. De aquí la actual tendencia a considerar separadamente, a los efectos de la penalidad, a los que delinquen por motivos de honor de los que delinquen por motivos torpes.

Alimena, que no se manifiesta del todo conforme con la pretensión de la escuela positiva de antropología criminal, principalmente con Ferri y Garófalo, de orientar todo el nuevo derecho penal sobre la índole de los motivos, luego de negar que ellos puedan dar lugar a exenciones de responsabilidad, admite sin embargo que deben ser tenidos en cuenta: primero, como circunstancia atenuante; después, como regla para determinar la especie de pena, y, finalmente, como criterio para agrupar y dividir los condenados en las cárceles.

---









### De la culpa

87.—Valor de los vocablos culpa, negligencia e imprudencia. 88.—Necesidad de incriminar la culpa. Fundamento moral de la responsabilidad por culpa. 89.—Condiciones de la culpa: en lo material, lo legal y lo moral. Diferencias con el dolo y el accidente. Definición. Concurso de dolo y de culpa. 90.—Culpa por actos ilícitos. No basta la mera infracción de los reglamentos. 91.—Posibilidad de evitar el daño. Caracteres de las consecuencias posibles. Formas genéricas de la culpa: negligencia y ligereza o imprudencia. 92.—Criterios de la previsibilidad del evento, subjetivo y objetivo. 93.—Formas específicas de la culpa: infracción de reglamentos; culpa profesional; el error y la ignorancia; el cumplimiento de deberes oficiales; defensa de los derechos. 94.—El grado en la culpa. Criterios. La culpa levisima. 95.—La tentativa. La culpa y la codeinfluencia. 96.—La obriedad. 97.—Las atenuantes y las agravantes. 98.—La reiteración y la reincidencia. 1000.—Clasificación de los delinquentes culpables. 101.—Sistemas de la legislación. Delitos susceptibles de ser cometidos por culpa. 102.—Penalidad de la culpa.

87.—El vocablo *culpa* es usado en dos sentidos: el de la responsabilidad en general, como condición moral para que un acto comporte para el agente la obligación de responder de él ante la ley penal, o lo que es lo mismo, para que se le declare responsable, en cuyo sentido la emplea en la parte general el proyecto alemán de 1909, y el de imprudencia o negligencia, de aplicación a los actos nocivos no intencionales.

En algunos códigos no se emplea la palabra culpa, sino imprudencia, negligencia e infracción de reglamentos, tal como en el argentino.

Pero es la verdad que el vocablo culpa simplifica y no confunde, ya que tiene consagrado en la literatura jurídica forense, así como en el uso corriente, su acepción específica opuesta al dolo, en su doble forma.



88.—No solamente los hechos dolosos comportan responsabilidad penal para sus autores; también reprime la ley las consecuencias ilícitas de los actos cometidos por imprudencia o negligencia.

Si es verdad que hay una razón política importante, un interés social remarcable en reprimir las consecuencias ilícitas de los hechos cometidos con intención criminal, no puede desconocerse que ese interés igualmente existe cuando, habiendo sido ellos cometidos sin intención, fueron sin embargo voluntarios y el agente pudo prever y evitar sus consecuencias, aunque no revista la misma importancia.

Tejedor en el art. 19 de su proyecto dice: “Siendo deber “de todo hombre en sociedad, abstenerse de los actos peligrosos; y debiendo proceder en todo lo que emprenda con la “atención y reflexión necesaria, para no causar perjuicio involuntario a los derechos de los demás, ni a las leyes del Estado, el que contraviniendo a esta disposición haga u omita “alguna cosa, e incurra aunque sea sin intención en una infracción prevista en este código, cometerá delito por culpa o “imprudencia”.

La sociedad necesita indudablemente defenderse del peligro que encierran todos aquellos actos contrarios a sus necesidades o conveniencias, así provengan de individuos malvados o pervertidos, o de simples atolondrados o decididos, y lo único que se exige, según la doctrina corriente, es una base moral de responsabilidad, y que no se trate del mismo modo el acto intencional y el simplemente culposo. Y esa base de responsabilidad, por lo que atañe a la culpa, que con el dolo constituyen las dos formas o modalidades del elemento interno del delito, se encuentra en la relación moral de causa a efecto, no obstante ser mediata o indirecta, entre el acto y la consecuencia ilícita, por haber sido aquél voluntario y ésta previsible y evitable.

Alimena, contestando a Ferri que niega el fundamento moral de la responsabilidad, porque en el caso de la culpa ninguna relación puede establecerse entre un hecho no querido, ni pensado, y la amenaza de la pena, después de afirmar que en los casos quizás más numerosos existe, aunque lejana, una representación del peligro, concluye que la atención es una fun-



ción de la inteligencia, y ésta es estimulada por la amenaza de la pena.

No cabe pues en lo penal, al menos por el momento, encontrar en la culpa, como en lo civil la tendencia contemporánea encuentra (el código civil alemán, p. e.), una base meramente objetiva de la responsabilidad; hoy por hoy esa base es subjetiva, y consiste en haberse podido prever y evitar el evento.

89.—Tres son las *condiciones* de la culpa: en lo material, un acto y una consecuencia; en lo legal, el carácter lícito del acto y lo ilícito de la consecuencia; en lo moral, el carácter voluntario del acto y la previsibilidad de la ilícita consecuencia, o sea la posibilidad de haberla evitado, obrando, o con más diligencia o atención, o con menos ligereza, ya sea porque con lo primero se habría conseguido prever el peligro, o porque con lo segundo se habría logrado evitarlo una vez previsto.

Si, no obstante haber obrado el agente con la debida diligencia y atención, no fué posible prever la consecuencia del acto, o si, prevista, no fué posible evitarla, se estará en presencia de un *casus*, de un *hecho casual* no imputable criminalmente (arts. 81 inc. 6° del código penal derogado y 901 y 905 del código civil).

“La culpa, dice el comentario oficial del código de Baviera, está entre la voluntad criminal, *dolus*, y la fuerza mayor, *casus*. La culpa se distingue del dolo en que este supone una intención culpable, y de la fuerza mayor en que ésta supone un acontecimiento imposible de prever ni de impedir, mientras que en el caso de imprudencia ha habido siempre posibilidad de evitar el perjuicio causado. De esta posibilidad es de donde se deriva la culpa del que causa el perjuicio”.

En realidad; mientras el dolo y la culpa tienen dos puntos comunes de contacto, que son la voluntariedad en el acto y la ilicitud de la consecuencia, se distinguen el uno de la otra por las siguientes diferencias: en el dolo el acto es ilícito, la consecuencia es querida y basta el daño posible, mientras que en la culpa el acto es lícito, se excluye la consecuencia ilícita y se requiere el daño efectivo. Aparte de que no hay delito que no pueda ser cometido con dolo, éste se presume, hay delitos



formales y cabe la tentativa, en tanto que son contados los que son susceptibles de cometerse por culpa, debe ésta probarse, y la excluyen los delitos formales y la tentativa. Puede verse además el n° 14.

La culpa y el accidente, en cambio, se identifican en la licitud del acto y la ilicitud de la consecuencia, así como en la voluntariedad del primero y la exclusión de la segunda, y se diferencian tan sólo en la imprevisibilidad del daño. Puede verse el n° 82.

Cabe, después de lo dicho, definir la culpa diciendo que es la voluntad dirigida a la realización de un acto lícito y productor de una consecuencia ilícita previsible y evitable.

La distinción práctica entre el dolo y la culpa no es sin embargo tan fácil que aleje toda posibilidad de duda. Esta aparece en ciertas faltas, cuyas consecuencias guardan con la voluntad una relación más directa que la común, y aún en hechos dolosos, cuyas consecuencias guardan con el acto una relación por demás remota. Es lo que ocurre; por ejemplo, con una muerte causada por un síncope cardíaco, una conmoción cerebral, o una fractura del cráneo al caer la víctima al suelo a consecuencia de una vía de hecho impropia para producirla; o lo que ocurre con un disparo de revólver hecho contra una persona, que hiere a otra que transitaba a distancia, o por una desviación del proyectil al tocar un poste. En estos casos, frecuentes en el dolo eventual, y aún en el preterintencional, las soluciones son y serán contradictorias.

En principio, y sin que con ello se aparte toda posibilidad de duda, puede sostenerse que en los actos originariamente dolosos la responsabilidad resultante no puede ser de carácter culposo, pues el dolo no engendra la culpa y ésta excluye el dolo. Pero puede la culpa mezclarse con el dolo, agregándosele, y formar de tal suerte un producto de asociación intermedio, para el que parece aconsejada una solución también intermedia.

Tejedor cita el comentario oficial del código de Baviera en la parte que dice. "Sin embargo, aunque la culpa no sea el "dolo, puede a veces combinarse con él. Así, un individuo co-  
"mete contra otro una vía de hecho que no es de naturaleza  
"capaz de dar la muerte. Pero la muerte se verifica contra  
"todas las probabilidades. El agente será responsable de dolo



“en todo aquello que haya tenido voluntad de hacer, y de culpa en lo que haya sucedido contra su voluntad, a no ser que la ley por una disposición expresa disponga de otro modo, y lo haga responsable a título de crimen, aun del resultado involuntario, como en el caso de violación si muere la víctima, etc.”

Esta solución intermedia para los casos mixtos de *culpa dolo determinata*, o de culpa *informada* de dolo, es adoptada con frecuencia, en forma de la atenuación de la pena, pero conservando la calificación dolosa. No hallándose ella prevista, habrá que resolver el caso como concurso de delitos, uno doloso y el otro culposo.

La ley adopta dicha solución, entre otros, en los casos de los arts. 85, 106, 122, 142, 190 y 191. Puede verse, además el t. III n° 6.

90.—Mas si la culpa supone un *acto lícito*, este principio no es absoluto, puesto que la doctrina reconoce la existencia de responsabilidad por culpa, aún tratándose de actos *ilícitos* (art. 16 inc. 4° del código derogado). Sin embargo esto constituye la excepción, y además estos actos ilícitos no son los del derecho penal llamados delitos.

Son aquellos actos prohibidos, no en consideración a su condición intrínseca de acciones u omisiones de carácter criminal propiamente tal, de hechos que importen verdaderos atentados directos contra determinados derechos individuales o condiciones de existencia social, sino en consideración a su inconveniencia para la tranquilidad, el buen orden y la seguridad en la vida de las poblaciones, como son los relativos al tráfico, a las industrias, a la moral, a la higiene, etc.; hechos prohibidos sin relación a intereses particulares determinados, y que son penados con carácter de simples faltas o contravenciones, sin consideración, en el grado de su penalidad, ni a la intención del agente, ni al daño efectivo o posible. Son aquellos hechos de que trata el art. 1016 del código civil, al referirse a los prohibidos por los reglamentos municipales y de policía (ordenanzas y edictos). Son en suma, las llamadas faltas o contravenciones (véase el n° 19).



Por eso en la legislación comparada, lo mismo que en el código, se habla de hechos prohibidos por los *reglamentos*, y no de hechos ilícitos. (Ver Groizard t. VIII p. 398, Carrara, parte general t. I p. 115, y Blanche t. V, p. 5 nº 7).

Sería por ejemplo el caso del conductor que maneja un automóvil en la ciudad, sin autorización de competencia, con una velocidad prohibida, contra la mano, sin luces, o sin aminorar la marcha y hacer sonar la bocina al cruzar una bocacalle; el del que dispara armas en poblado; el del que levanta una pared contra los reglamentos, etc.

¿Pero basta que el agente haya obrado en infracción de reglamentos para ser responsable del daño causado? Carrara sostiene que no. La circunstancia de ser el acto ilícito no basta, en efecto, por sí sola, si es que en su ejecución no media al mismo tiempo imprudencia. Es esta, por lo demás, la doctrina establecida en sus fallos por la cámara de lo criminal de la capital federal.

Será menester, por lo tanto, que sea la infracción de los reglamentos la que por sí misma cause el daño, pues si éste lo mismo habría resultado sin ella, la responsabilidad del agente tendrá que reconocer como fuente una circunstancia independiente. Sería p. e. el caso del cochero que, por abreviar camino, toma contra la mano y se lleva por delante a una criatura que de improviso sale de un zaguán y rápidamente se pone delante del coche, toda vez que lo mismo habría acontecido, si hubiese venido en dirección opuesta conservando la mano. Es menester, por consiguiente, que aparte de la infracción reglamentaria haya alguna ligereza o negligencia que imputar al agente.

**91.**—Habiéndose dicho ya que el elemento moral de la infracción por culpa está constituido por el carácter voluntario del acto y por la posibilidad de evitar la consecuencia ilícita, en atención a su previsibilidad, se va a tratar aquí de esto último.

Las consecuencias ilícitas de un acto voluntario pueden ser evitadas de dos maneras: poniendo la debida atención y diligencia en preverlas, o absteniéndose de obrar en caso de haberlas previsto.



En el primer caso, llamado más propiamente *negligencia*, la responsabilidad se establece por un acto de omisión, y en el segundo, denominado *imprudencia o ligereza*, por uno de acción. Se advierte, así, que la culpa tiene dos *formas genéricas*: la de la negligencia o pasiva (sin previsión) y la de imprudencia o activa (con previsión).

Es un ejemplo de negligencia el de un cazador que lleva su escopeta montada y en posición horizontal, andando con otras personas, si, por tropezar, el arma dispara y hiere; y de imprudencia el del mismo, si, advertido de la presencia de una persona en la dirección que va a disparar, lo hace en la creencia de no alcanzarlo, y mata o hiere.

Como casos de negligencia, puede citarse los de los incs. 2º, 3º y 5º del art. 16 del código derogado, y de imprudencia los de los arts. 1º, 4º y 6º.

Las consecuencias pueden ser inmediatas o mediatas, directas o indirectas, y por lo tanto más o menos previsibles. Cuanto menos previsibles, comportarán un menor grado de responsabilidad.

**92.**—De los casos examinados en el número precedente, es el de negligencia el que ofrece verdadera dificultad, puesto que de la posibilidad de prever la ilícita consecuencia del hecho dependerá la responsabilidad del sujeto, al mismo tiempo que de esa mayor o menor posibilidad de preverla dependerá el mayor o menor grado de responsabilidad, según se hace ver en el n° 94.

No basta, por lo tanto, la omisión en sí, si ésta no es imputable al sujeto, como p. e. un desastre ferroviario por falta de cambio a causa de un impedimento no imputable al cambista. Pero la responsabilidad le incumbiría, si la omisión se debiese a un hecho que le fuere imputable; como p. e. haberse embriagado. Por donde se ve, que la culpa por omisión puede, en algunos casos, reconocer como fuente una imprudencia.

Desde luego la *previsibilidad* del evento juega dos papeles: el de condición y el de criterio de graduación de la culpa. Tal como la peligrosidad en el proyecto italiano. Aquí se trata de lo primero.





La consecuencia de un acto es o no previsible, en consideración, por una parte, a las condiciones y situación particular del sujeto, y por otra, a la importancia del daño, a la vinculación más o menos próxima o remota, directa o indirecta entre el acto y el resultado posible y a las circunstancias particulares del caso; puntos de vista *subjetivo* el primero y *objetivo* el segundo.

De aquí que, no solamente la previsibilidad de un mismo acto varíe para distintos sujetos, en orden a sus diversas condiciones o situaciones personales, sino que para un mismo sujeto varíe la previsibilidad de actos de diversa importancia o de resultados posibles distintos, o de un mismo acto en distintas circunstancias.

Habría, pues, que examinar esa posibilidad de prever el resultado, con arreglo a esas condiciones y circunstancias de carácter eminentemente personal (Carrara t. VIII pgs. 380 y 386).

Claro está que mientras no resulte lo contrario, se considerará en principio esa posibilidad con relación a un tipo medio abstracto, en las condiciones de edad, etc., del culpable; de lo que se infiere que, admitida la demostración contraria, y no produciéndose ésta, el tipo ideal de hombre capaz de prever determinadas consecuencias, de acuerdo con el cual es juzgado el culpable, responde en definitiva en el caso a la realidad. Algo análogo a lo que ocurre con la comprobación del dolo.

Ahora bien, las condiciones personales pueden variar, o de modo permanente, o de modo transitorio, obedeciendo a causas imputables o no al sujeto.

Tejedor disponía en su proyecto: "incurre en culpa y será "castigado con las penas de la culpa, el que por *ignorancia* de "una circunstancia de hecho no haya conocido la criminalidad "de su acción, pero que deba imputarse esta ignorancia, por- "que haya omitido tomar informaciones, o emplear la circuns- "pección necesaria. Si no ha podido sin embargo conocer la "verdad, o si ha hecho por descubrirla todo lo que era posible, "según sus fuerzas y las condiciones y circunstancias en que "se encontraba, su ignorancia no le será imputada como de- "lito".



Lo mismo que dice Tejedor de la ignorancia, cabe decir de toda causa que coloque al sujeto en condiciones transitorias mentales o morales inferiores: si esas causas le son imputables, su responsabilidad será admitida.

El código derogado resolvía en términos generales el problema, de acuerdo con la doctrina que sostiene la exigencia de la consideración de las condiciones personales del autor del hecho, cuando en su art. 16 inc. 3º requería expresamente que el *delincuente* hubiera sido capaz de prever el peligro de su acción, y en los incs. 1º y 2º, que la posibilidad del daño hubiera *podido* ser prevista por el *autor* del hecho: ya porque éste hubiera encerrado tal grado de peligro que el menos avisado podría haberlo advertido, ora porque no hubiera podido pasársele inadvertido, dados los conocimientos especiales del agente, o en razón de las circunstancias particulares en que se hubiera hallado. El caso de culpa leve del art. 17 inc. 2º, corroboraba en cierto modo el del inc. 5º del art. 16.

Por manera que, "prácticamente, la prueba de la culpa en" cuenta su base objetiva en la experiencia y en la opinión "comunes, y su base subjetiva en la edad, la capacidad y particulares deberes del que obra".

**93.**—Aparte de las dos formas genéricas que, con la negligencia o la ligereza, toma la culpa, toma otras *formas específicas*, entre las que cabe citar en primer término la que se caracteriza por la inobservancia o *infracción de reglamentos* (arts. 84, 94, 189, 196, 203 y 262), forma de la que se trata en el n° 90, y que en la legislación y la doctrina de los autores figura frecuentemente como la tercera forma que acompaña a las arriba nombradas, así como igualmente las de carácter *profesional* (artículos citados), y las que provienen del *error* o la *ignorancia* (artículos citados), del *cumplimiento de deberes oficiales* (arts. 136, 223, 254, 255, 262 y 281), y de la *defensa de los derechos* (art. 35).

Punto discutido es el de la responsabilidad por culpa en el *ejercicio profesional*. Se ha sostenido que no es posible negar competencia a quien la tiene por título legítimo: pero es que no se trata de revisar el título, el que acreditará la debida competencia demostrada por el médico o el arquitecto por



ejemplo, sino de algo que el título no acredita, como es la atención y es la prudencia que el caso concreto tal vez ha requerido, y que han faltado en el médico o en el arquitecto.

Aparte de que el título tampoco acredita el conocimiento de los adelantos posteriores a la época de su expedición, y que puede un profesional ignorar por decidia o abandono. Por lo tanto, siempre que pueda establecerse que una muerte o el derrumbe de un edificio o de un puente, p. e., se ha producido por falta de suficiente atención y diligencia, o por impericia notoria, la responsabilidad del médico, del arquitecto o del ingeniero será indudable.

Tejedor, cuya opinión comparten Rivarola y Quiroga, preveía expresamente el caso en el inc. 7º del art. 20 de su proyecto.

Se relaciona con este punto el del *ejercicio de ciencia, arte o profesión, sin título legal*, punto previsto como culpa grave por el código derogado en el art. 16 inc. 6º. No se trata por cierto del ejercicio en sí mismo, porque esto es materia de leyes especiales, sino del daño causado a causa de ese ejercicio.

El *error o la ignorancia* puede así mismo dar lugar a la responsabilidad por culpa, cuando recae sobre una circunstancia de hecho y es imputable a título de negligencia, o cuando, como se establece en el proyecto alemán, es relativo a una ley no penal vinculada al hecho delictuoso. Véase la cita de Tejedor en el nº 92.

La culpa se configura también especialmente con ocasión del *cumplimiento de deberes oficiales*, cuando el hecho ocurre por haber omitido el agente tomar todas las precauciones y providencias del caso, o por exceso de celo. El código prevé especialmente casos de esta forma de culpa, en los arts. 136, 254, 255 y 262.

Finalmente la culpa nace, según la doctrina del mismo proyecto (art. 35), cuando, a semejanza del exceso de celo en el cumplimiento de deberes oficiales, el agente se excede en la *defensa de los derechos*. Pero estos son casos de culpa únicamente por asimilación.

94.—La doctrina penal sólo acepta la *división de la culpa en grave y leve*, considerando la culpa levisima como caso de



accidente; porque, como dice Carrara, es un trance que puede ocurrir a cualquiera, que más que un vicio es una falta de virtud, y más que al temor mueve a la piedad. Su cantidad política es ínfima, y por lo tanto despreciable.

Taxativamente es casi imposible establecer un criterio seguro de clasificación, por lo que queda librada en definitiva su fijación en cada caso al arbitrio judicial; puesto que, como dice el mismo Carrara, depende de mil circunstancias personales y de hechos difíciles de prever. Con todo, el código derogado había fijado reglas en los arts. 16 y 17. Según ellas habría culpa grave: si el agente, advertido del peligro de su acción, no se abstuvo por pasión, irreflexión o ligereza; si bastaba la menor atención para advertirlo; si pudo advertirlo dados sus conocimientos o las circunstancias personales de empleo, profesión, estado, compromisos contraídos y otros análogos; si el acto era ya prohibido y se lo ejecutó con imprudencia. Habría culpa leve: si el daño tiene una vinculación remota con el acto ejecutado con imprudencia; si el agente, por razones de orden físico o moral, no se encuentra en condiciones normales para apreciar las consecuencias del acto; si causó el daño en cumplimiento de deberes oficiales y por exceso de celo.

El comentario oficial del código de Baviera citado por Tedjedor dice: "Los grados de la culpa no han podido distinguirse con tanta precisión como los de la tentativa, porque es muy difícil decidir por reglas trazadas de antemano, si el agente ha tenido o no la facilidad de prever el peligro y consecuentemente si ha mostrado más o menos negligencia".

"El temperamento, la educación, la condición social, los conocimientos, las impresiones del momento, las circunstancias exteriores, imprimen modificaciones a la culpa en cada especie y para cada persona".

"En presencia de esta diversidad, el legislador no puede ocuparse sino de las gradaciones principales, reunir en categorías generales las diversas variedades, y dividir en dos grandes clases los grados de la culpa".

"Es un problema legislativo importante saber si el derecho penal debe establecer dos grados en la culpa, o tres. En derecho civil se conocen tres grados, porque en la grande línea que separa la fuerza mayor del dolo, la diligencia del padre



“de familia forma un término medio exacto y cómodo (culpa “levis) entre la culpa grosera (culpa lata) y la ligera (culpa “levisima). Pero en derecho penal muchas razones aconsejan “no admitir más que dos grados, culpa grave y culpa ligera”.

“En el derecho penal importa mucho fijar líneas simples de “determinación, aún para el ojo menos ejercitado”.

“Cualquiera inteligencia puede discernir un acto de imprudencia grave de otra ligera, mientras que sería muy difícil “establecer una personalidad que no alcanzase al sumum o al “minimum de la culpa, y que fuese el término medio entre ambos. En presencia de la dificultad que habría de indicar los “signos característicos de este término medio, en materia en “que todo depende de un hilo psicológico tan sutil, era mejor “para la claridad de la ley penal no adoptar más que dos grados de culpa, y simplificar esta delicada materia”.

“Entre los Romanos la culpa no era objeto de disposiciones criminales propiamente dichas. La culpa se confundía “con el *casus*, y el accidente era considerado como un efecto “de la fatalidad, como una señal de la ira de los Dioses”.

“La culpa sólo se castigó después y en casos muy raros “*ut res mali exempli*. La jurisprudencia y los rescriptos imperiales en algunos casos aislados pronunciaron también una “pena extraordinaria contra la culpa, *imprudencia succurritur*; “pero no parece que los Romanos admitiesen, como nosotros, “la criminalidad general de la culpa en principio, y para todos los delitos o crímenes. Ha sido en la Edad Media, que “se desenvolvió esta doctrina, parte por la influencia del sistema de las composiciones, y parte por el Derecho Canónico”.

Entre los varios criterios ensayados, el de Carrara es el más seguido. Dice este tratadista en el título I n° 88 de la parte general: que hay culpa *lata* (grave) cuando el resultado ilícito hubiese podido preverse por cualquiera; *leve* si sólo hubiese podido preverse por hombre de las condiciones del delincuente. salvo los profesionales, y *levisima* (caso fortuito o accidente) sino se hubiese podido prever sino mediante una diligencia extraordinaria.

Se encuentra un criterio, aunque singular, de apreciar la gravedad de la culpa, en el art. 902 del código civil, que dice: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno



“conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos”.

Es indudable, sin embargo, que por punto general hay que recurrir a criterios circunstanciales, derivados conjunta o separadamente, de las condiciones personales del agente (criterio subjetivo formado sobre la mayor o menor capacidad o deber personal de previsión), o de la mayor o menor, importancia del evento o de su vinculación más o menos próxima o remota, directa o indirecta con la acción, o de las circunstancias del caso (criterio objetivo); los mismos que sirven para juzgar de la previsibilidad, ya examinados en el n° 82.

Así, lo que objetivamente podría ser grave para un hombre de condiciones normales, será leve para un menor, un perturbado, un inferior. En cambio para el mismo sujeto un hecho representará objetivamente mayor o menor gravedad, según sean las particulares condiciones en que se encuentre.

Quando, dadas las condiciones y circunstancias particulares del caso, así personales como materiales, le haya sido fácil al agente prever y evitar el daño, la culpa será grave, y leve en el caso opuesto.

Ante esta dificultad para dar criterios taxativos legales de considerar los grados de la culpa, dificultad propia de la variedad, contingencia y relatividad de las cosas humanas, los códigos guardan, en general, silencio al respecto.

95.—Ocurre ahora preguntar, si siendo la culpa uno de los modos psicológicos de delinquir, se ha de aplicar a su respecto las reglas generales sobre tentativa, participación, atenuantes y agravantes. A primera vista la respuesta parecería ser afirmativa, pues no hay disposición legal alguna que establezca lo contrario. La doctrina hace sin embargo sus salvedades.

¿Puede haber *tentativa* en la culpa? La ley nada dice al respecto; pero lo dice la doctrina, tanto judicial como de los tratadistas cuya contestación es negativa. Se considera que, o la tentativa subjetivamente supone el dolo, o la base objetiva de la incriminación supone un daño real (Rivarola, Carrara, Crivellari, Mittermaier, Berner, Alfmena, Liszt, el art. 42 del pro-



yecto de Villegas, Ugarriza y García, y el 12 del código de Méjico).

¿Cómo determinar, en efecto, la entidad del daño que habría producido el acto? ¿Habría sido una lesión o una muerte? ¿Una lesión leve o grave? ¿Cómo arreglar la pena en tales casos?

Por otra parte la represión de la tentativa de culpa es de una utilidad social por demás insignificante.

De aquí que, por regla general, las tentativas de culpa figuren en el catálogo de las faltas; a título de infracciones *sui generis*, con una penalidad que no consulta punto de vista objetivo determinado alguno.

De las relaciones entre la culpa y la *codelinuencia* se trata en el n° 168 del t. II.

96.—Tiene su lugar aquí la *ebriedad*, cuando no siendo intencional, en el sentido de embriagarse con el deliberado propósito de delinquir, pero sí voluntaria, ya sea porque el agente quiso embriagarse, o porque bebió sin continencia, pudiendo preverla como resultado de su ligereza, y aceptándola por lo tanto implícitamente, el delito que en tal estado cometiere le será imputable a título de culpa, si además fuese completa.

97.—Como la penalidad de la culpa tiene un máximo y un mínimo, cabe preguntar si debe procederse con arreglo a la norma establecida en el art. 40, según la cual en tales casos la pena se regulará en consideración a las circunstancias *aggravantes* o *atenuantes*.

La Suprema Corte nacional, en un juicio en que se aplicaba la ley de ferrocarriles, y la de la provincia de Buenos Aires, han hecho mérito de ellas.

Es la verdad, sin embargo, que será muy raro el caso en que haya de tenérselas en cuenta, porque más propiamente se relacionan con el dolo. Así, en cuanto a las *atenuantes*, sería más bien el caso de tomarlas en consideración en calidad de motivos suficientes para dar a la culpa carácter leve. Mas como la ley no distingue, de hacerlas valer sería en aquel sentido.

Establece el código español en el tercer apartado del art. 581, que los jueces no se sujetarán, al aplicar la pena a los



casos de culpa, a las reglas del art. 82 sobre consideración de las atenuantes y agravantes al fijar la pena en los delitos dolosos, doctrina que sigue el código de Méjico al establecer penas fijas para los casos de culpa.

98.—Se discute si, concurriendo con la del agente la culpa de la víctima, debe considerarse operada la *compensación*, de tal manera que se declare al primero irresponsable. Mientras Chauveau, siguiendo la doctrina de la Corte de Casación de Francia, no la admite (t. IV p. 111), Carrara, fundado en textos romanos, y refiriéndose a una doctrina que dice generalmente admitida, sostiene la afirmativa; pero agrega que en su opinión el motivo para admitirla consiste en la ausencia de razón política para reprimir un acto que no habría pasado sin la culpa de la víctima. (Parte especial ts. I p. 107 y II p. 80). Pone el ejemplo del viajero que anima al cochero a un acto imprudente, del que resulta él con lesiones. Aconseja sin embargo proceder con la debida prudencia. En Alemania, según Schutze, citado por Carrara, prevalece la que, como causa del hecho, haya desempeñado un papel *preponderante*; de suerte que la doctrina alemana admitiría la compensación cuando el suceso se debiera más a la culpa de la víctima que a la del agente.

La cámara de lo criminal de la capital federal ha adoptado una doctrina intermedia: admite la influencia de la concurrencia de la culpa de la víctima como razón para atenuar la responsabilidad del agente.

No creo que en principio deba admitirse la compensación, toda vez que la culpa de la víctima deja subsistente la del agente, que es lo que la pena tiene en mira. Y si bien es cierto que sin la culpa de la víctima no habría acaso tenido lugar el hecho, esta circunstancias, como valor exclusivamente objetivo, más bien serviría para negar en lo civil derecho a la indemnización y en lo penal para atenuar la pena, conforme a la jurisprudencia recordada.

99.—Punto es el relativo a la *reincidencia*, que ha merecido las preferencias de la controversia, y que ha sido, como el





relativo a la codelincuencia con relación a la culpa, solucionado de modo contradictorio.

Se admite en general que procede tener en cuenta la reincidencia tratándose de hechos meramente culposos, no así cuando unos son culposos y otros dolosos. Esta, que es la opinión de Carrara ("Opusculi" t. II, p. 155), ha sido seguida por el código italiano, que resuelve el caso expresamente en el art. 83 inc. 2º, disponiendo que no se computará la reincidencia cuando unos delitos sean culposos y otros dolosos, y v. v., y por Crivellari (t. II p. 404), quien, comentando esa disposición, da como razón que el imprudente no demostrará su falta de atención y sus ligereza ejecutando un hecho demostrativo de perversidad, y v. v.

Respecto de los delitos meramente culposos, sostiene Carrara en el lugar citado, después de advertir que en la legislación moderna se admite la reincidencia, que si la imputabilidad penal en la culpa reconoce como fundamento la negligencia voluntaria, es evidente el interés que la sociedad tiene en reprimir aún el *hábito de la osociedad*, cuando por ello sufre la pública seguridad; a lo que agrega la consideración de que la reincidencia es admitida tratándose de contravenciones.

Concordando con este parecer, la cámara de la capital federal ha dicho en un fallo:

"Si la sociedad ent'ende que es justo y en su interés está "defenderse, tanto de los que proceden dolosamente como de "los que obran con negligencia o imprudencia, y encuentra que "a la mayor temibilidad de los primeros, demostrada por su "recaída en el delito, corresponde una agravación en la pena, "es de buena lógica admitir que esa agravación corresponde "por igual a los segundos, cuando de la misma manera ponen "de manifiesto un mayor peligro para la seguridad social. Agré- "guesse a esto que la misma razón para excluir la culpa de la "agravación por reincidencia existiría para excluirla por razón "de reiteración".

"Debe tenerse presente, por otra parte, que en la doctrina "y en la legislación comparada se excluyen únicamente, como "lo hace el art. 15 de la ley 4189 (50 del código vigente), los "delitos militares y los políticos, excepción que demuestra que "los delitos cometidos por culpa quedan incluidos en la regla".

En contra los proyectos alemán e italiano, y a favor el suizo, conforme con Stoos y Cuello Calón.

**100.**—Al par que los *dólosos*, esta clase de delinquentes ha dado lugar a una *clasificación* de carácter subjetivo. Es bien conocida la de Angiolini que los divide en cuatro categorías. Coloca en la primera a los culpables por falta de sentido moral y de altruismo, figurando entre ellos los industriales que imponen a los niños trabajos excesivos, y los que por matrimonio o fuera de él transmiten enfermedades infecciosas. Hace figurar en la segunda a los culpables por inexperiencia, ineptitud o ignorancia en el arte o profesión, como puede ocurrir a un médico, partera, constructor, arquitecto, ingeniero, mecánico, etc. Dedica la tercera a los culpables por defecto en el mecanismo de la atención y de la asociación de ideas, caso frecuente en los cazadores y conductores. Los de la cuarta son finalmente aquellos culpables por razón de la influencia del medio o a consecuencia de fatiga física o mental, como puede acontecer a un obrero.

**101.**—Son tres los *sistemas* conocidos en materia de legislación sobre la culpa: uno que en la parte general da la noción de la culpa (códigos mejicano, austriaco, búlgaro y ruso); otro que no da la noción de la culpa y legisla sobre la penalidad al tratar de los delitos en particular, susceptibles de ser cometidos por culpa (códigos argentino, francés, holandés, alemán, húngaro, noruego, griego, italiano, paraguay y uruguayo); otro, en fin, que erige la culpa en una figura particular de delito en la parte especial (códigos español y chileno).

Han seguido el primero el proyecto de Tejedor y el de Villegas, Ugarriza y García, y los códigos argentino derogado y paraguay derogado, que no era otra cosa que el proyecto de Tejedor.

Se ha dicho que, siendo posible la culpa en un número reducido de delitos, no sólo hay impropiedad en incluir en la parte destinada a los preceptos aplicables al mayor número de ellos reglas de carácter excepcional, sino que introduce la duda acerca de la clase de delitos susceptibles de cometerse por culpa.





La observación no reviste en mi sentir la importancia que aparenta. La doctrina, que sigue con más facilidad que la ley la evolución de las ideas y de las nuevas necesidades, puede sentir la necesidad de extender a delitos hasta entonces no comprendidos el alcance de un precepto de carácter general, que es lo que ha ocurrido, como puede comprobarse con el estudio de la evolución de la legislación comparada. La verdadera ventaja del segundo sistema consiste en que puede establecer para cada clase de delitos una penalidad específica y por lo tanto más apropiada.

Las diferencias hechas notar en los recordados sistemas, conducen además a la siguiente conclusión. Que la calificación que corresponde según el sistema español es de carácter subjetivo (*Imprudencia temeraria*), cualquiera que sea la naturaleza de la consecuencia ilícita (muerte...). en tanto que según los otros es de carácter objetivo (homicidio por culpa, lesiones por culpa). Todos ellos sin embargo establecen la penalidad con relación a la que correspondería al hecho considerado como doloso.

Los delitos a que en general se aplican las disposiciones relativas a la culpa son los siguientes. Contra la vida y la integridad personal; matrimonio ilegal; contra la propiedad (quiebras); contra la seguridad pública (estragos); contra la salud pública; de sustracción o destrucción de documentos depositados o custodiados en oficinas públicas; de sustracción de caudales públicos; de fuga de presos. (Código del Cantón de Valais).

Es esta la limitación establecida por la legislación comparada y la doctrina, sistema al que responde en general el código, según puede verse en los arts. 84, 94, 136, 177, 189, 196, 203, 254, 255, 262 y 281 (homicidio, lesiones, matrimonio ilegal, quiebra, estrago, delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicaciones, contra la salud pública, contra la paz y la dignidad de la nación, violación de sellos y documentos, malversación y evasión).

**102.**—El código establece la pena de prisión en los casos de muerte, quiebra, estragos, delitos contra la seguridad de los medios de transportes y comunicaciones, contra la salud pú-



blica, contra la paz y dignidad de la nación; la de inhabilitación, en su caso, y en los demás, y en algunos de ellos, la de multa.

Ha originado el sistema de penalidad objetiva algunas críticas, fundadas en la consideración de que no es posible tener en cuenta el punto de vista objetivo de la naturaleza y extensión del daño para el establecimiento de la pena, toda vez que el agente no ha contemplado esas circunstancias. Pero la observación es de una importancia únicamente relativa, puesto que si el fundamento de la responsabilidad en la culpa radica en la posibilidad de evitar el daño, ¿cómo desconocer la íntima vinculación existente entre el daño y su previsibilidad? Si imprudentemente manejo un arma en presencia de varias personas, he de prever necesariamente como única posibilidad de daño una lesión o una muerte.

Es pues indudable que no es posible apartar, al menos en absoluto, el criterio derivado de la naturaleza y extensión del daño, desde que se lo pudo evitar porque se lo previó o debió prevérsele como consecuencia probable o posible del acto, para referirlo en el sistema de la penalidad a uno de orden exclusivamente psicológico.

Por lo demás, hay en esta materia la tendencia a reducir la penalidad en lo posible a la multa, y a la inhabilitación profesional en su caso.

---



## APENDICE







- I.— Fundamentos de la mayoría del tribunal (Cámara de apelación en lo criminal y correccional de la capital federal, diciembre 23 de 1921) por la no aplicación de la nueva ley penal en lo benigno antes de la fecha fijada para su vigencia (voto del doctor J. Ramos Mejía; al que adhirieron los doctores A. Estrada, J. H. Frías y R. Seeber).
- II.— Fundamentos de la minoría por su aplicación inmediata (voto del autor de esta obra, al que adhirieron los doctores D. J. Frías y E. F. Newton).

I

Fallo de la mayoría

“Las leyes, expresión de la soberanía nacional, sólo rigen después de su promulgación y publicación, y con las modalidades fijadas por el poder legislativo. Cuando este poder fija un plazo para que la ley entre en vigencia, la promulgación de la ley sólo produce el efecto de hacer que el término fijado empiece a correr y la ley no rige hasta y vencimiento de ese término. Estos principios nacen de las facultades de cada poder y de su recíproca independencia, y por lo tanto si el art. 303 del nuevo código penal dice textualmente: “El presente código regirá como ley de la nación seis meses después de su promulgación”, y si éste ha sido promulgado el 29 de octubre de 1921 (Boletín Oficial 3 de noviembre de 1921), es para mí de toda evidencia que el nuevo código no entra a regir hasta el 29 de abril de 1922, y que hasta la fecha no quedan derogados, ni el código actual ni las leyes que el nuevo deroga expresamente. Estos mismos principios han sido aplicados en materia penal por la jurisprudencia francesa en los casos citados por Garçon, “Code Penale annoté”, tomo I, página 33, n.º 45, y como antecedente nuestro puede citarse el hecho de que la ley 1920, que sancionó el actual código penal, fijó un término para





que entrara en vigor y los tribunales no la aplicaron hasta la fecha fijada; al menos no aparece ninguna sentencia que lo aplique con anterioridad.

“Siendo así, el poder judicial no puede, bajo pretexto de una interpretación que los términos claros y categóricos de la ley hacen improcedente, declarar vigente un código que por mandato expreso del legislador no debe regir hasta una fecha determinada. El argumento fundado en la retroactividad de la ley parte de una petición de principio, pues da por vigente la ley posterior que es lo que se discute; si no hay ley vigente, no hay cuestión de retroactividad.

“Por otra parte, la aplicación actual del nuevo código traería inconvenientes de otra naturaleza que conviene evitar: el código no ha sido publicado oficialmente y no existe, por lo tanto, un texto auténtico que pueda ser aplicado por los tribunales, invocado por los litigantes, ni conocido por el pueblo; y aplicándolo desde ahora, cuando no lo ha sido desde su promulgación, es fijar para vigencia una fecha arbitraria, que sería una para la justicia ordinaria, otra para la federal y otra para cada una de los distintas jurisdicciones de la república, incongruencia que se ha querido evitar fijando un término para la vigencia.

“Voto, por lo tanto, en el sentido de que el nuevo código penal, no debe ser aplicado hasta el vencimiento del término fijado por su art. 303 o sea el 29 de abril de 1922.”

## II

### Fallo de la minoría

“El tribunal se encuentra avocado a la solución de un punto por cierto interesante, cual es el referente a la aplicabilidad del nuevo código penal, antes del plazo fijado para su vigencia y aun antes de su publicación oficial. Y lo hace en acuerdo extraordinario, y no en cada uno de los expedientes en que se plantea la cuestión, por no poder obtenerse en ninguno de ellos la mayoría del total de sus miem-



bros, y con el fin de uniformar la jurisprudencia en asunto de tanta trascendencia.

“Y bien; la cuestión, clara en su apariencia, parecería no ofrecer dudas, puesto que el art. 303 dispone que el código entrará en vigor seis meses después de su promulgación, y, por lo tanto, habiendo sido promulgado el 29 de octubre del año en curso, no entrará en vigor hasta el 29 de abril del año venidero.

“Interpretada la disposición en su estructura verbal, no podría ni siquiera proponerse la cuestión, si no fuera que tanto aquí como en Francia, en casos análogos, se la ha planteado, lo que por sí solo demuestra que la aparente claridad gramatical del texto no impide interpretarlo de distinta manera.

“Y ello se explica, sin mayor esfuerzo, dado que la ley debe ser interpretada, más que por su engañosa exterioridad, por la intimidad intrínseca de su contenido, no siempre con ella en armonía, porque, como reza un conocido aforismo, la letra mata y el espíritu vivifica, sentencia que Alberdi traduce diciendo que la ley es un Dios mudo, que habla por boca del juez, que es quien, al aplicarla, la hace por la interpretación sabia o injusta.

“Y si la interpretación de la ley es siempre necesaria, siendo una mera fórmula de expresión del derecho, en su adaptación a la realidad, siempre variable, de los fenómenos que constituyen su objeto, debe actuar según su propia finalidad, la que no siempre se acusa en su fría y rígida envoltura, y se la descubre, en cambio, en el motivo o razón que la informa.

“Hans Reichel estudia en su libro “El juez y la sentencia” la evolución de las doctrinas jurídicas sobre la interpretación de la ley y la función judicial, y hace ver cómo se marcha del absolutismo legal de la justicia ciega e infecunda hacia la libertad interpretativa de la llamada *escuela del derecho libre*, que aspira a convertir al juez en coladora-consciente y eficaz de la obra del legislador.

“Por cierto que esta tendencia encuentra en materia penal un campo más apropiado, como una necesidad deriva-



da de la naturaleza de las cosas y una exigencia de las actuales orientaciones de la ciencia criminal, en las que resueltamente se ha colocado el nuevo código, tendientes ellas a dar a los jueces, y aun a las autoridades encargadas del cumplimiento de las penas y medidas de readaptación social de los delinquentes o peligrosos, la mayor amplitud posible de criterio y de acción, tanto en la interpretación de los textos cuanto en la individualización de la pena, como el medio más racional y útil de realizar la obra de defensa social.

“¿Cómo acogerse entonces a la claridad gramatical de la ley, cuando está de por medio la inviolabilidad de bienes jurídicos de inapreciable valor, como son la vida y la libertad, si con sólo investigar el motivo que la anima puede llegar a descubrirse su desacuerdo con la forma verbal que lo expresa, evitándose el dolor y la responsabilidad de realizar una irreparable injusticia, al amparo de los atavíos de una engañosa justicia?

“Y si las razones de orden general hasta acá expuestas bastan a poner de manifiesto la necesidad de no conformarse con la aparente claridad del artículo 303, ella se impone con mayor energía, considerando, en particular, que el nuevo código, como el derogado, como toda ley penal, contiene disposiciones que sólo regirán los actos futuros, y otras que, por ser más benignas, también regirán los pasados, produciendo a su respecto efectos retroactivos. Cabe entonces, lógicamente, averiguar si el plazo fijado para la vigencia del nuevo código comprende únicamente a las primeras, o si también comprende a las segundas; duda del todo justificada, dado que habiendo reconocido el legislador la inutilidad e inconveniencia de ciertas severidades, y dispuesto, en consecuencia, su eliminación, y debiendo las disposiciones respectivas producir efectos retroactivos y de pleno derecho, todo lo que se haga, entretanto, será obra perfectamente inútil, puesto que, vencido el plazo fijado, tendrá que ser deshecha.

“Si, pues, la necesidad de la interpretación se impone sin la menor duda, no obstante la claridad del texto, debe



ella prescindir de la expresión gramatical y atenerse a su espíritu, procurando descubrir el fin que el legislador ha tenido en vista al establecer dicho plazo.

“Y es claro por demás que ese plazo tiene por objeto, como en todos los casos análogos, dar tiempo y oportunidad para que la nueva ley sea conocida, y evitar, de esa manera, que su aplicación irrogue a las personas perjuicios imprevistos, nunca impedir que las beneficie.

“Es indudable entonces, que el plazo carece de objeto, cuando, como en el caso, su conocimiento es únicamente necesario para los jueces, por tratarse, no de causar un perjuicio, sino de beneficiar con un favor que ni el mismo interesado puede rehusar, puesto que produce sus efectos con carácter retroactivo y de pleno derecho.

“No se trata, por consiguiente, de una interpretación violatoria de la garantía de justicia que consagra el art. 18 de la constitución, como se ha objetado, porque si bien conduciría a condenar en virtud de una ley posterior al hecho, como es para favorecer y en manera alguna para perjudicar, lejos de ser violatoria, es concordante y protectora de esa garantía, como que lo que ésta tutela es la inviolabilidad del derecho contra la injusticia de una condena, no la injusticia de una condena contra la inviolabilidad del derecho.

“La aplicación de la nueva ley en lo más benigno no requiere, en consecuencia, para su inmediata aplicación, aun antes de su publicación, otros requisitos que el de su promulgación y el de su conocimiento auténtico por parte de los encargados de aplicarla.

“Y no es exacto que, al aplicársela en las condiciones y sentido expresado, se aplique una ley inexistente, porque su promulgación le da vida y existencia y la incorpora al régimen jurídico del estado, haciéndola ejecutoria, aunque por ello no la haga obligatoria antes del vencimiento del plazo establecido para su vigor, lo que en el caso no es menester, por no tratarse de la aplicación de disposiciones que comporten responsabilidades para nadie. Si el nuevo código no existiera como ley, no habría necesidad de derogarlo por



otra, en el caso que se quisiera impedir entrara en vigor en la fecha fijada. Existencia y vigor son cosas distintas que no es posible confundir.

“Con el mismo criterio habría que sostener que, habiéndose dispuesto la derogación del código actual, dejará de existir después del 29 de abril del año entrante; y, sin embargo, por mandato expreso del art. 2 del nuevo, ese código seguirá regiendo los hechos anteriores, en todo lo que sea más benigno que el nuevo, con lo que al mismo tiempo queda contestada otra objeción, cual es la referente a la improcedencia de la aplicación simultánea de dos códigos: el promulgado y el derogado.

“Es, pues, indudable que si es menester interpretar el art. 303 con arreglo a la razón y al propósito del legislador, es imposible aceptar que haya éste entendido detener los efectos retroactivos de la ley, comprendiendo las disposiciones respectivas en el plazo fijado para su vigor, porque ello importaría colocarlo en una situación contradictoria y absurda, situación que la justicia está en el deber de evitar, interpretando la obra del legislador en concordancia con los principios del derecho, la equidad, la justicia y la lógica, sin incurrir por ello en ninguna petición de principio.

“Y esa situación sería contradictoria y absurda, desde que aparecería el legislador reconociendo y corrigiendo, por una parte, la injusticia de ciertas inútiles e innecesarias severidades, por medio de disposiciones cuyos efectos tienen carácter retroactivo y se producen de pleno derecho, y obligando, por otra, a los jueces a mantener ese mismo estado de injusticia, con la realización de una obra, además de estéril, dañina.

“Y si esa situación sería ya irritante en asuntos civiles, es de todo punto intolerable, tratándose de una ley penal, por ser ésta una ley que compromete los más caros derechos del hombre, y en la que la prohibición, la sanción y el rigor, reconocen como única y suprema razón necesidades vitales de seguridad y salud colectivas, desaparecidas las cuales, aquellas medidas no se explican ni se justifican.



“Bastaría en realidad, sin extremar la demostración con la hipótesis de una verdadera monstruosidad, como sería la de la aplicación y ejecución de la pena de muerte, abolida por el nuevo código, con admitir la posibilidad de la represión de un delito suprimido o la prolongación de una prisión reducida, para que la justicia procurara por todos los medios conjurar el peligro de una injusticia evidente e irreparable.

“Bastaría, por otra parte, agregar la consideración de que no es posible reducir o eliminar el antagonismo existente entre retroactividad y suspensión, por medio de una interpretación por la que se da prevalencia a lo formal sobre lo intrínseco, a lo contradictorio sobre lo armónico, a lo transitorio sobre lo permanente, a lo accidental sobre lo substancial, a el mal estéril, en fin, sobre el beneficio fecundo.

“Es cierto que existen cuatro fallos del tribunal de casación de Francia y otro del tribunal de Sena, citados por Garçon, que ha sentado la doctrina contraria. Pero no solamente son ellos de fecha relativamente lejana y pecan de axiomáticos, sino que allí mismo la tesis contraria cuenta con el apoyo de juriconsultos tan reputados como Aubry y Rau, quien a su vez se refiere a otros, cuando dice en el t. I, p. 52 de su obra “Droit Civil”: “Se admite también “que las leyes penales que atemperan el rigor de las penas impuestas por la legislación anterior, son inmediatamente aplicables después de su promulgación”. En el mismo sentido, A. Morin, “Repertorio de Derecho Criminal”, t. I, p. 805, y E. Villey, anotando uno de esos fallos, “Sirey”, año 1894, p. 292.

“Para terminar, quiero hacerme cargo de una objeción de hecho: se produciría, se dice, una verdadera anarquía judicial en el país, pues mientras unos tribunales aplicarían un código, otros aplicarían uno distinto. Contesto que no la evitaremos con abstenernos, si mañana algunos resuelven aplicar el nuevo. Además, no encuentro razonable que, por conseguir unidad de acción y evitar de ese modo conjurar todos los perjuicios, se deje, ante la imposibilidad de conseguirlo, de evitar los seguros y al alcance del tribunal. Por



otra parte esa situación se produjo durante mucho tiempo antes de la sanción del código actual, se produce actualmente con el sistema federal en materia jurisdiccional y de procedimientos, especialmente en lo relativo a los delitos cometidos por la prensa y en lo referente a la reiteración, la reincidencia y el cumplimiento de los penas de cárcel, y se encuentra prevista en el art. 2.º del código civil. Ni en la ley, pues, ni en el hecho, existe esa solidaridad.

“Por todo lo expuesto, y habiendo comprobado el tribunal por medio de la secretaría, que uno de los códigos publicado es el mismo promulgado, con una sola diferencia sin importancia, es mi parecer que, habiendo sido promulgado el nuevo código y publicada su promulgación, y conociendo por lo tanto el tribunal la ley auténtica, debe dársele aplicación en lo benigno y retroactivo.”

# INDICE

## TOMO I

### CAPITULO PRELIMINAR

- El proyecto italiano y la transformación del derecho penal**  
I. — a) Juicio sobre el proyecto italiano. b) De la "peligrosidad social" del delincuente como fundamento de la responsabilidad en el mismo. II. — De la transformación del derecho penal contemporáneo .....

11

### SECCION PRIMERA

#### NOCIONES PRELIMINARES

#### De la evolución histórica del derecho penal

- CAPITULO I:** 1. — Antigüedad y evolución de la justicia penal. Conceptos antiguo y moderno. Beccaria y la revolución francesa. 2. — Principios viejos e instituciones nuevas. El derecho oriental, griego, romano, germánico, medieval. 3. — Movimiento de codificación mundial del derecho penal, desde el siglo XIV a la fecha .....

23

#### Fundamento del derecho de represión

- CAPITULO II:** 4. — a) Clasificación de las teorías de derecho penal sobre el fundamento del derecho de represión. b) Escuela clásica. c) escuela positiva. Clasificación de las disciplinas criminales. d) Escuela crítica e intermedia. "Unión internacional de derecho penal" y su congénere de Chicago. e) Estado actual de la cuestión: resumen de los puntos precedentes. f) Escuela correccionalista. g) Tendencia americana. h) El derecho criminal en el dogma socialista. 5. — El delincuente. a) Caracteres: físicos y psíquicos; psicología. b) Clasificación. 6. — Fundamento del derecho de imponer penas. Teoría moral, contractual, utilitaria y ecléctica. 7. — Represión (sistema del código) y prevención. 8. — Factores del delito. 9. — Medios preventivos. 10. — "Criminología" y "derecho penal". 11. — El derecho penal y otras ciencias auxiliares .....

37

### SECCION SEGUNDA

#### DEL DELITO

#### Consideraciones generales

- CAPITULO III:** 12. — a) Distintos aspectos bajo los cuales puede considerarse el delito: etimología de la palabra "delito" y su preferencia sobre el vocablo "crimen", etiología, concepto, definición, sujetos, estructura, morfología y consecuencias. b) Etimología. c) Concepto: natural y jurídico. d) Definición y examen de sus términos. La acción y la omisión. Legalidad de los delitos y las penas. La voluntad.





El vicio y el pecado. La moral, la opinión pública y la ley. e) Conclusión. Nueva tendencia según Dorado. 13. — Sujetos activo y pasivo. La capacidad física y la moral. Las personas incapaces y las jurídicas. 14. — Estructura del delito: elementos. Materia con que se relaciona cada elemento. Punto de convergencia con las circunstancias. 15. — Circunstancias. 16. — Consecuencias del delito. 17. — Del daño o consecuencias objetivas. 18. — De las consecuencias subjetivos o legales. 19. — Del delito y la falta. Concepto y distinción. Facultad de legislar sobre ella.....

75

#### De la clasificación de los delitos

CAPITULO IV: 20. — Clasificación, y calidad, cantidad y grado en los delitos. Distintos puntos de vista para la clasificación. 21. — Del método que corresponde seguir. 22. — De la clasificación de los delitos en el código. 23. — Cuadros demostrativos y clasificación de J. C. W. Thyrén.....

97

#### De la ley penal

CAPITULO V: 24. — Razón de ser, objeto y límites del derecho penal. 25. — Definición y contenido. 26. — Caracteres. 27. — División. 28. — a) Legalidad de los delitos y las penas. b) Fuentes del derecho penal. c) Leyes penales vigentes y leyes que el código deroga. 29. — a) Interpretación de la ley penal. b) El tecnicismo de la ley. 30. — La ignorancia y el error de derecho .....

109

#### De la formación del derecho penal argentino

CAPITULO VI: 31. — Formación del derecho penal argentino. Proyectos y leyes dictadas desde la época de la emancipación. 32. — Juicio sobre el proyecto de 1917. Sus antecedentes e historia de su formación. Sus criterios y principales reformas. 33. — a) Observaciones al proyecto de 1906, y las formuladas al de 1917 a la comisión del senado. b) Juicio sobre el código. 34. — Inconveniente de la mala aplicación de una buena ley. ....

125

#### Del imperio de la ley penal con relación al tiempo, al territorio, las personas y las leyes especiales

CAPITULO VII: 35. — Irretroactividad de la ley penal. Su fundamento. El principio en el código civil y en la constitución. Tendencia contraria. 36. — Retroactividad benigna. Su fundamento. Materia que puede ser su objeto. Los casos ya juzgados y la reapertura de los procesos. Cuestión sobre la aplicación del nuevo código en lo benigno inmediatamente de promulgado. 37. — Distintos sistemas seguidos en materia de retroactividad. Aplicación combinada de ambas leyes: la ley intermedia más benigna. 38. — ¿Corresponde al juez o al reo decidir cuál es la ley más benigna? 39. — Imperio de la ley penal con relación al territorio. 40. — Distintos sistemas. 41. — Excepciones. 42. — Sistema argentino. Leyes y tratados diversos. 43. — El Tratado de derecho penal internacional de Montevideo, de 23 de enero de 1889, y ley de extradición. 44. — La ley penal en su relación con las personas. 45. — Aplicación de las dis-



posiciones del código a la materia regida por leyes especiales .....	149
<b>De las relaciones del derecho penal con la constitución</b>	
CAPITULO VIII: 46. — La constitución como fuente del derecho penal. 47. — En cuanto a la necesidad de asegurar con sanciones penales la existencia del estado, la forma de gobierno adoptada y el libre y regular funcionamiento de sus poderes. 48. — En cuanto a la necesidad de asegurar con sanciones penales los derechos y garantías individuales. 49. — En cuanto a las facultades del congreso para legislar en materia penal. Legislación sobre faltas. 50. — En cuanto a la definición de algunos delitos. 51. — En cuanto al establecimiento de la responsabilidad criminal de ciertas personas en determinados delitos. 52. — En cuanto a la aplicación de las penas. Jurisdicción y Jurados. 53. — En cuanto a la ejecución y cumplimiento de las mismas. Cárceles, indulto y conmutación de penas. 54. — En cuanto a ciertas restricciones impuestas a los poderes legisladores. 55. — La unidad penal y los inconvenientes derivados del sistema federal argentino .....	169
<b>La prensa y el código penal</b>	
CAPITULO IX: 56. — Cuestiones diversas relacionadas con la libertad de imprenta. 57. — El art. 32 de la constitución y el código penal. Antecedentes del artículo. 58. — Interpretación judicial. Doctrina de la Suprema Corte. 59. — Sus consecuencias. 60. — Doctrina contraria. Interpretación gubernativa y legislativa. 61. — Conclusión. Provincias que tienen leyes de imprenta. 62. — Fallo de la Suprema Corte. 63. — Discusión del art. 32 en el seno de la comisión examinadora, e informe escrito y exposición oral de motivos ante la convención provincial. 64. — Solución que da al punto el código penal .....	181
<b>El derecho penal en sus relaciones con las leyes civil y comercial, la jurisdicción y los procedimientos</b>	
CAPITULO X: 65. — Estudio comparado del derecho penal con el civil, en sus concordancias, divergencias y contradicciones. 66. — En cuanto a su objeto, importancia y carácter. 67. — En cuanto al sujeto activo y al sujeto pasivo del acto ilícito. 68. — En cuanto al concepto y realización del delito. Clasificación de los delitos. 69. — En cuanto a los elementos del delito. a) Elemento legal. b) Elemento material. c) Elemento moral. d) Responsabilidad. 70. — Con relación al daño. 71. — Con relación a la acción. a) Clases. b) Su ejercicio. 72. — En cuanto a la sanción. 73. — Del resarcimiento. 74. — En cuanto a la extinción de la acción y de la sanción. 75. — Dependencias recíprocas. Cuestiones prejudiciales. 76. — Las nulidades y los medios de prueba. 77. — El tecnicismo jurídico, el estado civil y el parentesco. 78. — La ley penal y la comercial. 79. — La ley penal, la jurisdicción y los procedimientos .....	199



**De la responsabilidad penal**  
**CAPITULO XI:** 80. — El fundamento de la responsabilidad penal en: a) la escuela espiritualista; b) la escuela positiva; c) las escuelas intermedias. 81. — El fundamento de la responsabilidad en la ley ..... 229

**Del dolo y del móvil**  
**CAPITULO XII.** — 82. — La voluntad como elemento interno del delito y como fundamento moral de la responsabilidad. El dolo, la culpa y el accidente. Definición del dolo. Acto ilícito y consecuencias imputables. No se requiere ni el acto ilícito, ni el dolo, ni el dolo determinado; basta con la voluntariedad en el acto, y la ilicitud y previsibilidad en el resultado del mismo. 83. — De la comprobación de la voluntad criminal. 84. — Modalidades del dolo y su influencia legal. 85. — El dolo imputable no concurrente en la realización del delito. 86. — El móvil. Su diferencia con el dolo, sus modalidades y su importancia en la penalidad ..... 251

**De la culpa**  
**CAPITULO XIII:** 87. — Valor de los vocablos culpa, negligencia e imprudencia. 88. — Necesidad de incriminar la culpa. Fundamento moral de la responsabilidad por culpa. 89. — Condiciones de la culpa: en lo material, lo legal y moral. Diferencias con el dolo y el accidente. Definición. Concurso de dolo y de culpa. 90. — Culpa por actos ilícitos. No basta la mera infracción de los reglamentos. 91. — Posibilidad de evitar el daño. Caracteres de las consecuencias posibles. Formas genéricas de la culpa: negligencia y ligereza o imprudencia. 92. — Criterios de la previsibilidad del evento, subjetivo y objetivo. 93. — Formas específicas de la culpa: infracción de reglamentos; culpa profesional; el error y la ignorancia; el cumplimiento de deberes oficiales; defensa de los derechos. 94. — El grado de la culpa. Criterios. La culpa levísima. 95. — La tentativa. La culpa y la codelinuencia. 96. — La ebriedad. 97. — Las atenuantes y las agravantes. 98. — La compensación. 99. — La reiteración y la reincidencia. 100. — Clasificación de los delincentes culpables. 101. — Sistemas de legislación. Delitos susceptibles de ser cometidos por culpa. 102. — Penalidad de la culpa. .... 263

#### APENDICE

**Inaplicabilidad de la ley nueva en lo benigno antes del término fijado para su vigencia**  
 I. — Fundamentos de la mayoría del tribunal (Cámara de apelación en lo criminal y correccional de la capital federal, diciembre 23 de 1921) por la no aplicación de la nueva ley penal en lo benigno antes de la fecha fijada para su vigencia (voto del doctor J. Ramos Mejía; al que adhirieron los doctores A. Estrada, J. H. Frías y R. Seeber). .... 285  
 II. — Fundamentos de la minoría por su aplicación inmediata (voto del autor de esta obra, al que adhirieron los doctores D. J. Frías y E. F. Newton). .... 286

# FE DE ERRATAS



Página	línea	dice	debe leerse
17	5	reitto	delitto
18	13	nombra	nombrada
31	2	rempre	reprime
31	39	ausciaco	austriaco
35	19	"Teresiana"	"Teresina"
36	7	1z78	1878
46	25	penal	penas
49	28	ha	a
61	16	decirse aun	decirse que aun
62	31	se	ser
67	39	ha	(ha
70	6	toman	forman
90	20	store	stare
94	4	tutela	curatela
112	7	el	al
119	34	era	ora
125	Hase omitido el título DE LA FORMACION DEL DERECHO PENAL ARGENTINO		
129	30	neral y	neral unos y
131	36	y extradición	y la extradición
132	35	las asperezas	las que suavizaron las asperezas
133	39	morticantes	mortificantes
136	23	en otras	entre otras
137	17	promovió	promovióse
139	25	dignas	digna
140	33	los	las
141	16	agregaré una	agregaré tan sólo una
150	30	le	se
160		Ver la nota a).	
183	2	14	32
226	36	Ver la nota b).	
251	30	81,	81, y
259	14	cia meramente	cia no siempre meramente
263	17	98.—	98. — La compensación. 99. —
263	19	de la	de
275	7	menor,	menor
276	18	pudiviendo	pudo
276	19 y 20	y aceptándola por lo tanto	pues habiéndola aceptado
277	29	mira	cuenta
279	17	como	lo que

Nota a). Habiendo escrito esta obra antes de la sanción del nuevo código, ha pasado inadvertida, al revisarla, la p. 160, en la que aparece como vigente la derogada ley de septiembre 14 de 1863.

Nota b). Hay que agregar los arts. 265 y 271.